

En Viedma, a los 27 días del mes de mayo de dos mil dieciséis, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, asistidos por la Secretaria del Tribunal, para resolver en los autos recaratulados: "C. A. B. C/ P. A. M del R. S/ FIJACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS" (expte N° 1505/14/J7 y RECEPTORIA N° G-1VI-419-F-2014), en trámite por Expte. N° 8025/2016 del Registro de este Tribunal, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se decide plantear y votar en el orden del sorteo practicado, la siguiente cuestión: ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria a fs. 60/65 de los presentes? Y, en su caso ¿qué decisión corresponde adoptar?

La Dra. María Luján Ignazi dijo:

I. Frente al resolutorio suscripto el día 13.11.15 que, tomando razón de las copias certificadas agregadas a fs. 41/55 y de lo manifestado por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces a fs. 58 como asimismo de lo dispuesto por el art. 26 del CCyC, declarase la nulidad de todo lo actuado ante la minoridad de la convocada al proceso (M. del R. P. A), dejando además constancia que esa circunstancia recién es advertida porque no fue oportunamente denunciada por la Defensora de Pobres y Ausentes N° 5 (ver fs. 59), se alza el actor con el patrocinio de esta última representante del Ministerio Público de la Defensa e interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio (ver fs. 60/65). De allí que denegado el primero, en la convicción de la Sra. Juez actuante que los argumentos vertidos no logran conmover los tenidos en cuenta para el dictado del referido despacho, se procedió a conceder el restante con efecto suspensivo, disponiendo la elevación de los presentes a esta Alzada (fs. 66).

II. Que en fundamento de la vía recursiva compuesta articulada, el actor -por derecho propio con patrocinio letrado- manifiesta que la nulidad decretada le causa un daño de imposible reparación ulterior al tiempo que violenta la normativa legal vigente (arts. 26 y 638 del CCyC) y las directrices emanadas de la Convención sobre los Derechos del Niño a más de las observaciones del Comité de Derechos del Niño de la ONU, por cuanto afecta su derecho al igual que el de su hija a mantener contacto. Pues, la nulificación del presente proceso implicará el mantenimiento de la falta de comunicación imperante.

Entiende, además, que media una errónea aplicación de la ley, toda vez que la solución dada al caso no contempla la capacidad progresiva de la parte demandada para estar en juicio. Ello, especialmente en este proceso que versa sobre derechos que ella puede

ejercer, ya que mal podría estar habilitada para el ejercicio directo de la responsabilidad parental y no poder ser llevada a juicio por ello. Asume así que una justa interpretación del art. 644 del CCyC autoriza a sostener que el rol de quienes ejercen la responsabilidad parental sobre el progenitor adolescente ha quedado circunscripto a la posibilidad de oponerse a la realización de los actos que puedan resultar perjudiciales para el niño.

A ello agrega que estamos en presencia de un supuesto de nulidad arbitrariamente decretada, al apreciar que previo a su declaración debió juzgarse si la omisión de intervención del Defensor de Menores trajo aparejado algún perjuicio a las personas menores de edad cuyos intereses se encuentran en litigio. Para de ese modo pretender en instancia revisora arguye que las nulidades procesales deben interpretarse restrictivamente, reservándose la sanción aplicada frente a la exteriorización de una efectiva indefensión.

Por último, alega incurrida una falta de valoración del interés superior de las niñas involucradas, ello toda vez que mal puede valorarse el mismo respecto de la joven madre si ésta no ha sido escuchada.

III. Que dispuesto notificar a la Defensora de Menores e Incapaces (ver fs. 59) a fs. 67 se hace presente la Dra. María Cecilia Donate quien, tras manifestar que toma conocimiento de estas actuaciones, se limita a señalar que de considerarlo adecuado y procedente se dará inicio a acciones tendientes a privar de responsabilidad parental al peticionante en estos autos, asumiendo la carga de notificar al Juzgado.

IV. Que a fs. 68, previo a elevar los autos a esta Alzada se dispuso dar intervención a la Defensora de Menores e Incapaces N° 1 quien se expresa a fs. 69/70 propiciando la confirmación de la decisión nulificante adoptada. Así se manifiesta en la consideración que, al menos por un acto de delicadeza, la jovencita necesita ser asistida por su madre o su representante legal en esta contienda donde debe enfrentar a su agresor en la demanda judicial.

V. Que haciendo mérito del rescate formulado respecto de los términos tanto de la posición del impugnante (fs. 60/65) como de la decisión cuya revisión se persigue (fs. 59) a más del razonamiento seguido por el Ministerio Público Pupilar (ver fs. 69/70), debe entenderse habilitada la instancia revisora. Tal valoración se impone en la medida en que el caso exige, en definitiva, determinar los alcances de los arts. 26 y 644 del CCyC ante la nulidad declarada frente a la pretensión de convocar en calidad de “demandada” a una joven madre invocando a esos efectos, con la asistencia de la

Defensora Oficial N° 5, la plena capacidad de la adolescente en cuestión para estar en juicio en tal carácter. Ello, teniendo presente que para así acometer se hace mérito del principio de capacidad progresiva trazado por la Convención sobre los Derechos de los Niños y hoy incorporado directamente al Código Civil y Comercial Nacional a través de distintas preceptivas.

Con lo expresado, y siempre que el apelante entiende debidamente enderezada la acción contra una adolescente progenitora, quiere dejarse claro que a través de este resolutorio se ha de develar la pertinencia o no de habilitar la petición de accionar directamente contra una joven madre a los fines de determinar el régimen comunicacional de la niña involucrada en el conflicto, ante la falta de legitimación declamada oportunamente por el Ministerio Público Pupilar en su dictamen de fs. 58 que expresamente dijera atender la Sra. Juez a quo al sancionar de nulidad al proceso. Es decir, desprendidos, en principio, de las particularidades (agresor) del sujeto activo involucrado en estos autos. Pues ellas, en definitiva, pueden abonar o colocar en crisis la respuesta que da el ordenamiento jurídico, desde que, a priori, no resulta posible pensar que el mismo no brinde una solución para el caso, toda vez que no cabe suponer que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al dictar las leyes (Fallos 330:1910 “Ramos, Ernesto c/Ingenio Ledesma S.A.A.I.”, sent. 24.04.07).

Encaminar el resolutorio a ello obliga, primero, a tener presente que además de no encontrarse objetado por el quejoso que la joven contra quien inicia la acción es menor de edad, tal circunstancia se deduce de las copias de las sentencias dictadas en sede penal (ver fs. 41/49 y 50/55). Ello, habida cuenta que si a octubre/ 2012 la misma contaba con 12 años de edad, a la fecha ronda los 16 años. Y, segundo, al amparo de las reglas interpretativas de la ley que establece el art. 2 del CCyC, exige partir de una premisa básica y por ello fundamental, que “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales” (art. 26 de igual ordenamiento).

Pues, el juego armónico de esa precisa disposición con el art. 100 del mencionado cuerpo normativo, lleva irrefutablemente a determinar que, en forma embrionaria, la persona menor de edad tiene su capacidad de ejercicio limitada. Tal conclusión, habida cuenta que por determinación de esta última preceptiva éstos -conceptualizados como incapaces de ejercicio- son aquellos que ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer “por sí” y esa es una característica primaria de los menores de edad.

A ello se suma que, bajo la concepción que la persona humana goza de aptitud para ser

titular de derechos y deberes jurídicos y que la ley sólo puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simple actos, o actos jurídicos determinados (art. 20 del CCyC), en el marco preciso de la dinámica dada al instituto de responsabilidad parental diseñado por el Código Civil y Comercial se ha establecido un mandato legal de representación que reside primeramente sobre los padres (art. 101, inc. b del citado texto normativo).

En abono de lo dicho, resalto, en primer lugar, que el instituto de “responsabilidad parental” presupone, por un lado, la titularidad de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales de los hijos menores de edad, y, por otro, el ejercicio o conjunto de facultades y responsabilidades que se tienen respecto a la persona y bienes de los hijos (Conf. “Tratado de Derecho de Familia” –Dir. Adriana N. Krasnow-, T III, La Ley, pág. 890). De allí que la función de representación que le cabe a los padres en las cuestiones de índole personal y económica que involucran a sus hijos no es una mera potestad, sino un deber impuesto por la ley positiva (conf. “Código Civil y Comercial de la Nación”, T IV-2, pág. 478).

Ahora bien, digo que esa es una premisa primigenia porque ningún operador puede desconocer la influencia del principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes anclado en la constitucionalidad, y con ello en la convencionalidad (art. 75 inc. 22 de la CN), del derecho privado. Es que a partir de reconocer a esta franja etaria de la población como sujetos de derechos con ciertas especialidades en atención a su condición de personas en desarrollo y el grado de mayor vulnerabilidad que se deriva de esa situación (Conf. Marisa Herrera en “TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA”, T. III, edit. La Ley, pág. 911 y sgtes ), se generó un cambio sustancial en el orden jurídico -y también cultural- que persigue dejar atrás la concepción paternalista que consideraba a los niños como simplemente “incapaces” (pág. 919) pero sin destruir las funciones de los padres ni, mucho menos, los deberes de éstos. Por el contrario, simplemente busca limitar esa función determinando que no es absoluta.

En definitiva se trató de volcar al ordenamiento legal el compromiso asumido por el Estado de respetar las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que les son reconocidos (art. 5 Convención de los Derechos del Niño). E indudablemente siempre que al amparo de esa consigna “en suma, la autoridad parental decrece en un proceso dinámico al mismo tiempo que el niño crece y logra autonomía personal” (Conf. Kemelmajer de Carlucci,

Aída “El derecho del menor a su propio cuerpo” en Borda Guillermo (dir), “La persona humana”, Bs. As. La Ley 2001, pág. 258, citada por Mariela A. González de Vicel en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, T I, Abeledo Perrot, pág. 710), el codificador se ha visto en la necesidad de equilibrar el derecho de esta franja de la población a recibir protección adecuada y al mismo tiempo de participar en las decisiones que los involucra, como modo de posibilitar el ejercicio de la autonomía progresiva evitando, en la medida de lo posible, que corran riesgos innecesarios o irrazonables.

Con ese fin, la regla primaria que sienta el art. 26 del CCyC se ve matizada o más precisamente seccionada en su funcionamiento por propia disposición de ese articulado cuando señala que la persona “...que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...” (2do párrafo) y acota que “...tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona...” (3er párrafo).

Tan es así que, al diseñarse la responsabilidad parental de representación y asistencia, y no obstante mantenerse en el primer párrafo del art. 677 del CCyC la premisa básica -elaborada como resultado del entrelazamiento de los arts. 26, 1er y 2do párrafos, 100 y 101 inc. b) de ese cuerpo normativo- de que los padres pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados, inmediatamente se presume que el “hijo adolescente” cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con aquellos, o de manera autónoma con asistencia letrada. En resumidas palabras, sería este un supuesto de capacidad de ejercicio asentida por el ordenamiento jurídico, al permitirle asumir responsabilidades para las cuales tiene competencia.

Pero, si la estipulación medular del sistema jurídico es la capacidad de derecho (art. 20 del CCyC), como así también de ejercicio (art. 23) y ésta solo queda limitada cuando no cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente (art. 24, inc. b), ese principio de autonomía progresiva de la personalidad, que tiene por norte otorgar mayor relevancia a la voluntad de las personas en la toma de decisiones y en relación con la problemáticas que las aquejan, no puede conllevar a destruir aquella premisa general, ya que el sistema no deja de observar a esta franja de la población como susceptible de protección integral de sus derechos.

Se sigue del razonamiento expuesto que, ante la subsistencia básica de incapacidad de ejercicio (arts. 24, inc 2, 26, 1er párrafo, art. 100, 101 inc. b todas del CCyC), las prerrogativas ancladas o derivadas del principio de autonomía progresiva de la

personalidad relacionadas con la participación en un proceso (art. 26, 2do párrafo, y 677, 2do párrafo), desde que tienen por fin habilitar la intervención de un adolescente en la toma de determinadas decisiones, corresponde que sean ejercidas exclusivamente por éste a partir de un conocimiento informado de las consecuencias del trámite ritual. De lo contrario, si resultara viable traerlo a juicio en calidad de demandado por voluntad de un tercero, como en el caso, y no por decisión propia de la joven involucrada estaríamos destruyendo la premisa básica en la que se asientan las regulaciones atinentes a esta franja de la población.

Es que como operadores del sistema jurídico debemos tener en cuenta que la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada artículo sólo por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todos se entiendan teniendo en cuenta los fines de los demás y considerárselos como dirigidos a colaborar, en su ordenada estructuración, para que las disposiciones imperativas no estén sujetas a merced de cualquier artificio dirigido a soslayarlas en perjuicio de quien se tuvo en mira proteger (Conf. dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en autos “Asociación Gremial de Profesionales del Turf (TF 15.916 - I) c/DGI”, sent del 27.09.11 (Fallo 334:1027)). Y, en esa tarea interpretativa de la ley, tampoco es dable olvidar, que al decir de la Corte Suprema de Justicia el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de éstos (niños, niñas y adolescentes) en el sentido de que la decisión se define por la que resulta de mayor beneficio para ellos (conf. Fallos: 328:2870; 331:2047), que en el caso tiene una especial particularidad. Pues, se debe velar por los derechos de una niña de escasa edad y también de una progenitora adolescente que además ha sido víctima de agresión sexual por parte del aquí actor.

Todo expuesto para simplificar que la disponibilidad del legislador para reconocer a los jóvenes aptitud para la toma de decisiones de manera progresiva, desde que se erige como una prerrogativa puesta en cabeza exclusiva de aquellos cuya madurez en función de su edad se presume (art. 677, 2do párrafo, del CCyC), de ninguna manera puede habilitar que éste asuma la condición de parte demandada a instancia de un tercero que pretende traerlo a juicio, al grado de colocarlo en estado de rebeldía por no haber concurrido a la convocatoria efectuada, ya que, como lo tiene dicho la CSJN, la Convención sobre los Derechos del Niño ha reconocido que éste es un sujeto de derecho pleno, pero “sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico de incorporación y arraigo de los

valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática” (Fallos: 331:2691).

Ello, máxime cuando, diseñando una doctrina que entiendo se mantiene en el tiempo no obstante el cambio legislativo acontecido, los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda no dudaron en señalar que las prescripciones relativas a la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo” (Conf. Fallo 335:1136, voto particular en autos “M. G. c/P., C. A “, sent. del 26.06.12).

Entonces, y a modo de conclusión, asumiendo que la autonomía progresiva actúa dentro del seno familiar como diluyente de la responsabilidad parental en función de la edad y la madurez que se supone en el joven, como modo de poner límites a aquella respecto de los hijos menores que oscilan entre los 13 y 18 años de edad, debe declararse que el actor no tiene acción para iniciar demanda directa y exclusivamente contra la joven madre en búsqueda de obtener un régimen comunicacional con su retoño, aun cuando ésta tenga legitimación, y de ello no debe dudarse, para estar en juicio con apoyo en el art. 644 del CCyC. Esto último debe declararse toda vez que si por disposición de esta preceptiva el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, su competencia para actuar, en el caso, es esencial y primaria.

Es que bajo la consigna de reconocer derechos no puede refrendarse una posición que en definitiva pueda tener capacidad de conculcar una expresa garantía constitucional que hace a la debida defensa en juicio (art. 18 CN), principalmente cuando el principio del “interés superior del niño” establecido en el art. 3.3 de la Convención del Niño –aprobada por Ley 23.849- obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de éstos pueden verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten (Fallos 331:2047). La circunstancia de ser mamá quizás forzosamente conlleve madurez y habilite a la menor de edad a tomar decisiones sobre su pequeño retoño (art. 644 del CCyC), pero de manera alguna la convierte en sujeto hábil para estar en juicio en calidad de demandada con las cargas inherentes a ese carácter, si ésta no es una opción por ella ejercida, la que en todo caso debe ser oportunamente instada por su representante legal o por el propio juzgado.

Por último y sólo a mayor abundamiento ha de señalarse que no resulta válido confundir el derecho a ser oído con el carácter de parte que inviste todo aquel que reclama y frente

a quien se reclama la satisfacción de una pretensión en un proceso determinado, toda vez que esta condición más que el ejercicio de un derecho importa la asunción de una serie de expresas, perentorias y precluyentes cargas procesales.

Además, si el art. 680 del CCyC dispone que el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos y el art. 644 refiere la actuación del progenitor adolescente conjunta con cualquiera de sus padres a partir de una decisión libre e informada, a contrario sensu sostengo que para los restantes casos debe contar al menos con una venia de aquéllos, tal como lo exige el art. 645 del referido ordenamiento, por lo que se debe dar tal oportunidad de ejercicio de responsabilidad parental.

Por las razones expuestas, y en la convicción que se ha logrado descifrar el justo alcance de la premisa básica contenida en el primer párrafo del art. 26 del CCyC, en cuanto dispone que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, para posteriormente, y en principio, colocar el ordenamiento esa representación en los padres (arts. 100 y 101, inc. b) determinando supuestos limitantes a ese deber/facultad (2do y 3er párrafos) como prerrogativas reconocidas con exclusividad al menor de edad, propicio al Acuerdo: I. No hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, confirmar el decreto de nulidad adoptado a fs. 59, en tanto aquél (accionante) no tiene acción directa y exclusiva para demandar a una madre adolescente, más allá de la legitimación que ésta sí ostenta para estar en juicio como facultad a partir de una decisión libre e informada. II. No imponer costas atento a la intervención de una representante del Ministerio Público de la Defensa y al modo como se resuelve (art. 68 2do párrafo del CPCyC). ASÍ VOTO.

El Dr. Ariel Gallinger dijo:

Por compartir los argumentos expuestos por la Sra. Juez que me precede en orden de votación, adhiero a la solución propuesta sufragando en igual sentido. MI VOTO

La Dra. Sandra Filipuzzi de Vázquez dijo:

Atento a la coincidencia de criterios de los Sres. Magistrados que me preceden en orden de votación, me abstengo de sufragar.

Por ello y en mérito al Acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE:

I. No hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, confirmar el decreto de nulidad adoptado a fs. 59, en tanto aquél no tiene acción directa y exclusiva para demandar a una madre adolescente, más allá de la legitimación que ésta sí ostenta para estar en juicio como facultad a partir de una decisión libre e

informada.

II. No imponer costas atento a la intervención de una representante del Ministerio Público de la Defensa y al modo como se resuelve (art. 68 2do párrafo del CPCyC).

Regístrese, protocolícese y notifíquese a las partes. Fecho y firme bajen los autos al juzgado de origen. ARIEL GALLINGER - PRESIDENTE, MARIA LUJAN IGNAZI-JUEZ, SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ - JUEZ. ANTE MI, ANA VICTORIA ROWE - SECRETARIA