Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

21621/2015

G V, A c/ G V, G M Y OTRO s/MEDIDAS PRECAUTORIAS

Buenos Aires, de abril de 2016.- PM

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Contra la sentencia interlocutoria de fs. 13/18 interpone recurso de apelación la parte demandada. Sus agravios atacan el *decisum* por considerar que es una derivación arbitraria del derecho vigente y que la actuación de la magistrada es parcial y sesgada. Sostiene que el discernimiento de su hija A se encuentra violentado por su madre, siendo ella la verdadera accionante no la hija. En consecuencia, impugna que se presente A por sí con representación letrada por "carecer A de la libertad psíquica". Afirma que la actuación de la jueza de primera instancia ha exacerbado el conflicto en el que se encuentra con la madre de A –que hace diez años no le permite ver a su hija—y que ha alentado la participación activa de su hija en la disputa de los adultos, en contra de su superior interés.

Finalmente, insiste con el hecho de que se vulnera su derecho de comunicación con su hija, sostiene que tener en su Facebook privado una foto de su hija no constituye una "injerencia ilegal".

II. 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 aquellos el valor que corresponda, seleccionando lo que resulte decisivo para fundar la sentencia. Esto significa que la Sala podrá prescindir de los planteos que no sirvan para la justa solución de la *litis*.

III. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 27.077 (B.O n° 33.034 del 19-12-2014), que modificó el art. 7 de la ley 26.994, el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por esta última, que fuera promulgada por decreto 1795/2014 (B.O. n° 32.985 del 8-10-2014), ha entrado en vigencia el 1 de agosto pasado por lo que, dada la cuestión relativa a la vigencia de las normas sucesivas en el tiempo, se hace necesario determinar los alcances del nuevo texto legal en el presente caso.

Al respecto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fija en su artículo 7° las reglas a seguir en estos casos estableciendo que: *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".*

Como se aprecia, en materia de derecho intertemporal, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo y salvedad hecha de la evidente omisión incurrida en el primer párrafo del adverbio "aún", el nuevo cuerpo legal ha decidido mantener el mismo texto y sistema que el derogado art. 3° del Código Civil, según reforma de la ley 17.711.

De esta manera, con las aclaraciones ya realizadas en materia contractual, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren –en este caso regirá los tramos de su desarrollo no cumplidos- y también, a las consecuencias no agotadas de relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley.

A mayor abundamiento, diremos que los suscriptos participan de la opinión de que todo lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación debe seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia. Es que, como con acierto lo recordaba Vélez Sarsfield en su nota al viejo art. 4044 -luego derogado por la ley 17.711- “el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir”. En definitiva, son las previsiones del Código Civil y Comercial las que se han de aplicar a la especie.

De todos modos, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe esta decisión, y cualquier otra, no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya solo porque lo recuerde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1º y 2º), sino porque así lo manda la Constitución Nacional (cfr. art 31 y art 75 inciso 22°). Sin duda, tampoco pueden soslayarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico; los que se sintetizan en el mandato de “afianzar la justicia”, contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana.

#26864185#151183904#20160415091408925

IV. Es incuestionable que el derecho positivo actual ha incorporado los conceptos de *autonomía* y *capacidad progresiva* de los niños y adolescentes; que obviamente apunta no ya a la capacidad de derecho o de goce sino a la *capacidad de hecho o de ejercicio*. En efecto, dicha capacidad de hecho surge-- en primer lugar-- de los preceptos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, integrante del bloque de constitucionalidad federal en la Argentina a tenor del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Repárese que su art. 5 dispone que los padres, los tutores, u otras personas encargadas legalmente del niño, deben impartirle a éste *"dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"*. El art. 12 hace alusión a la necesidad de escuchar las opiniones de los niños *"en condiciones de formarse un juicio propio", "teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez"*. El art. 14, en fin, reconoce el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y agrega que los adultos encargados de su cuidado deberán *"guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades"*.

En segundo lugar, debe resaltarse que la ley del niño 26.061 ha avanzado notoriamente en la referida dirección. Su art. 19, inc. a), atingente al derecho del niño a tener ideas propias, creencias o culto religioso, señala que ello será *"según el desarrollo de sus facultades"* (aunque con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico), y emplea la expresión *"ejercerlo"*, en relación a aquellos derechos, *"bajo la orientación"* de sus representantes legales. El art. 24, inc. b), precisa que las opiniones del niño "sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo". El art. 27, inc. d) y e), por último, autoriza al niño a *"participar*


#26864185#151183904#20160415091408925

activamente en todo el procedimiento" (judicial o administrativo), y a *"recurrir ante el superior"* cualquier decisión que lo afecte.

Por último, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) importó la concreción expresa del mandato convencional, prescindiendo por completo del binomio capacidad-incapacidad y adoptando el paradigma ya señalado de capacidad progresiva. Así, el art. 24, inc. b), 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 ordena 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. 639 del citado ordenamiento legal, 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”; y prescribe que “A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. O sea que, tal como lo hace el art. 26, no se toma a la edad como único dato referencial, sino que aquí directamente los parámetros a evaluar son, vale la pena reiterarlo, las *“características psicofísicas, aptitudes y desarrollo”* del niño.

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. Es decir, que corresponde valorar si 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, Nº 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. Nº 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. Nº 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).

En el entendimiento apuntado, tal como se pusiera de relieve en el considerando V del *decisum* dictado en el día de la fecha en el expediente conexo n° 39875/2014, el juez deberá evaluar si el sujeto concreto –el niño o adolescente en cuestión-- 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 cuál sea la cuestión de que se trate.

V. A la luz de los aludidos principios y normas citadas, valorando las impresiones recogidas en el encuentro mantenido con A en ocasión de la audiencia celebrada en los autos conexos antes citados (ver f. 165 del expte n° 39875/2014), así como la específica materia del presente juicio; ha de concluirse que la adolescente A G V posee la madurez psíquica y emocional y el entendimiento requeridos -con la consecuente capacidad de ejercicio- para ser autorizada a intervenir de un modo *directo e inmediato* en la defensa de sus propios intereses en el presente proceso promovido con el objeto de preservar su imagen e intimidad; lo cual es muy diferente en relación a otras cuestiones, como las ventiladas en el expediente 39875/14; a tal punto que se han decidido de una manera distinta.

En definitiva, sin perjuicio de lo que se resuelve en el día de la fecha en la mencionada causa conexa, por las razones explicitadas, el Tribunal considera que en este supuesto concreto A cuenta con una autonomía progresiva aceptable para participar de manera directa en la defensa de sus derechos.

VI. Lo expuesto no significa necesariamente que los niños y adolescentes que se hallen en las condiciones referidas puedan proceder a "imponer" la intervención de un letrado, sin control alguno del Tribunal. En efecto, interpretamos que el art. 27, inc. c), de la ley 26.061, no les confiere dicha facultad, al eliminarse del proyecto original la expresión "letrado de su confianza", reemplazándola por la fórmula vigente que es "ser asistido por un letrado".

Sobre el punto, si bien la reglamentación del decreto 415/2006 al art. 27 de la ley 26.061 hace referencia a que el derecho a la asistencia letrada "incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales" del niño o adolescente, ha de repararse que no se especifica que esa designación debe provenir de él; y, más aún, en el segundo párrafo de dicha norma se indica que "A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades", lo que da una idea de que, en todo caso, si hubiera una propuesta, sería de ese listado, y no sujeta al antojo de uno de los padres.

Lo que se acaba de precisar lo entendemos importante ya que, en el caso, la designación realizada por la adolescente A G V recae sobre dos letradas del Equipo de Abogados del Niño de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. En consecuencia, este Tribunal no tiene objeción

ninguna que realizar a la mentada propuesta, por cuanto se considera que, habida cuenta la modalidad de su actuación y de su retribución, no hay razón para dudar acerca de que su intervención no estará direccionada a apoyar la posición procesal de alguno de los progenitores, sino a defender el interés superior de la mencionada adolescente.

En cuanto al rol del Ministerio Público, el cual sostiene el progenitor debía suplir la actuación de su hija, cabe señalar que su actuación en el caso será complementaria del desempeño de la joven, junto con su asistencia letrada. Al respecto, vale la pena destacar que todos los funcionarios de la Defensa que han intervenido en el presente proceso han avalado la posibilidad de la hija de accionar por sí misma, a la vez que han dictaminado a favor de la pretensión de fondo.

VII. En cuanto a la cuestión cautelar, debemos apuntar que el Código Civil y Comercial de la Nación establece en su art. 53 que para “captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, con muy pocas excepciones. Como señala la doctrina, “se parte de la premisa de que tanto la captación como la ulterior reproducción de la imagen de la persona implica una afectación a un derecho personalísimo” (ver Saux, Edgardo Ignacio en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir) “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., Tomo I, págs.. 287/288, comentario al art. 54).

Nótese al respecto que el derecho a la protección de la imagen de la persona retratada se funda en el derecho a la dignidad, pues ésta es la base de los derechos personalísimos. Así se desprende de los numerosos tratados integrantes del bloque de

constitucionalidad federal, tales como la Convención de Derechos Humanos y la propia Convención Sobre los Derechos del Niño. Una vez más resaltaremos al Código Civil y Comercial como una instancia de concreción material en el ordenamiento civil de los derechos fundamentales convencionalmente reconocidos. Adviértase la técnica legislativa que ha colocado en el nuevo Código, antes del art. 53, el art. 51 que refiere a la inviolabilidad de la persona humana, y el art. 52 que refiere a las afectaciones a la dignidad (ver Garsco, Marisa El nuevo Código Civil y Comercial, respecto del microsistema de la propiedad intelectual, RCCyC 2015 (octubre), 235).

Así las cosas, dado que nos encontramos frente a un derecho fundamental inherente a la persona—que esgrime la adolescente-- carecerá jurídicamente de relevancia el deseo de su padre de exhibir sus fotografías en una red social. Es que el derecho enarbolado por su hija presenta una doble protección, mientras que su progenitor no ha podido ampararse en precepto constitucional o convencional alguno que permita que el interés de A ceda frente a su deseo, lo reiteramos, de exhibir la fotografía de su hija. A ello se añade que, de conformidad a la prescripción legal contenida en el art. 3°, *in fine,* de la ley 26.061, *cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*.

Debe ponerse de relieve, asimismo, que en virtud del mandato legal y convencional "ha de ser el interés primordial de los niños y adolescentes el que ha de *orientar y condicionar toda decisión de los Tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos*; y ello conforme a reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Federal (CSJN, 6/2/2001, "Fallos", 324:122; 2/12/2008, "Fallos", 331:2691; 29/4/2008, "Fallos", 331:941; entre muchos otros). En la misma orientación, el artículo 706 del Código Civil y Comercial,

referido a los principios generales de los procesos de familia, preceptúa en su ap. c. que *la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.*

En tal inteligencia, la desvinculación de A con su progenitor –muy lamentable por cierto--que es objeto de específico tratamiento en el expte. n° 39875/2014, también en grado de apelación ante esta alzada, y a la vista para este acto– carece de toda incidencia para resolver la cuestión que nos convoca en las presentes actuaciones; de manera que la resolución a aquí adoptar no sería diferente si, por caso, se mantuviera una buena relación entre padre e hija y, más aún, aunque los progenitores convivieran. No obstante, cabe señalar que el Tribunal percibe que aquella problemática se halla enraizada en el interés del padre de publicar las imágenes de su hija en la red social Facebook; respondiendo a un deseo propio del Sr. G V. Sin embargo, vale la pena insistir, esta aspiración del progenitor –aunque se la calificara como un derecho legítimo--debe necesariamente ceder frente al derecho fundamental de su hija sobre su propia imagen (ver art. 3, último párrafo, de la l5y 26.061).

A la luz de todo lo precedentemente expuesto, es posible concluir que el derecho a la imagen enarbolado por la joven accionante goza no sólo de la verosimilitud requerida para la procedencia de una petición cautelar, sino de una protección especial en virtud de su carácter de adolescente; sin que su padre haya podido presentar al Tribunal un derecho de igual raigambre que deba ser atendido. Más todavía, aunque el progenitor exhibiera un derecho de igual jerarquía también tendría que ceder conforme a lo reseñado en el párrafo anterior. En tal entendimiento, habrá de confirmarse la medida cautelar decretada a fs. 13/18 respecto del progenitor apelante.

VIII. Por último, corresponde aquí dejar aclarado que no se ha notificado aún a la abuela paterna la medida cautelar decretada a su respecto en la resolución de fs. 13/18, por lo que nada nos corresponde decidir. Por ende, dado que la decisión de grado no se encuentra firme en relación a ella, permanecerá abierto su derecho a plantear la vía recursiva que considere pertinente.

IX. Se confirmará pues la resolución de primera instancia en lo que hace exclusivamente a la apelación deducida por el padre de la adolescente. Las costas se impondrán en el orden causado por dos razones. Una, por la naturaleza especialísima del tema debatido en el que entran en juego hondos sentimientos familiares. La otra, porque legítimamente el Sr. G G V pudo haberse considerado con derecho a litigar como lo hizo.

X. Como consecuencia de las razones expresadas, el Tribunal **RESUELVE:** 1. Confirmar la resolución de fs. 13/18 en lo que respecta al cuestionamiento del progenitor y en todo lo que fuera objeto de agravios. 2. Las costas se impondrán en el orden causado. Regístrese. Notifíquese al Ministerio Público de la Defensa en su despacho. Devuélvase, encomendando al Juzgado de origen las notificaciones pertinentes. Sin perjuicio de ello, publíquese (Ac. 24/13 CSJN).

Fecha de firma: 15/04/2016
Firmado por: DR. MAURICIO LUIS MIZRAHI , JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: DR. CLAUDIO RAMOS FEIJOÓ, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: ROBERTO PARRILLI, JUEZ DE CAMARA

#26864185#151183904#20160415091408925