

Dictamen del Procurador General, Expte N.º C. 122.102-1 “Asesoría de Incapaces uno Lomas de Zamora c/ N. J. L. s/Acciones de Impugnación de Filiación”

FECHA | 26 de abril de 2018

ANTECEDENTES | La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora dictó sentencia confirmando la decisión, que reconoció al Asesor de Incapaces legitimación para actuar en nombre del hijo menor de edad en la impugnación de filiación, y rechazó la caducidad de instancia impetrada por el demandado.

Contra dicho pronunciamiento, el señor J. L. N., por derecho propio interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando la violación y/o errónea aplicación de los artículos 103 y 593 del Código Civil y Comercial.

CURSO LEGAL PROPUESTO | El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, opinó que debería confirmarse el pronunciamiento recurrido y, por lo tanto, rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo análisis.

SUMARIOS | **Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Asesor de Incapaces. Legitimación para actuar.** Queda despejada la habilitación del Asesor de Incapaces como legitimado directo o principal para el inicio y prosecución del “sub lite”, tal como lo ha decidido la Alzada.

Asesor de Menores e Incapaces. Intervención. La pacífica doctrina del Alto Tribunal, establecida aún con anterioridad al nuevo Código Civil y Comercial: “... aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad”. “Asimismo, en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y, con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada” (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. del 19-VIII-1980; Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 y L. 64.499, sent. del 5-VII-2000 y Dictamen P.G., causa L.83.196, del 26-XII-2002).

Funciones del Asesor de Menores. La Suprema Corte sostuvo en la materia: “Se ha declarado que las funciones del Asesor de Menores, más que de representación legal

propiamente dicha -que es ejercida por el representante necesario- son de asistencia y contralor, las cuales sin embargo no se agotan en una actuación conjunta con el representante legal del incapaz toda vez que en ciertas circunstancias cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, aquél será representante directo”.

Menores. Intereses. Intervención del Asesor de Incapaces. “Además en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf causas Ac. 27.759, sent. del 19-VIII-1980 en “D.J.B.A.”, 119-682, Ac. 41.005, sent. del 27-11-1990 en “Acuerdos y Sentencias “, 1990-I-240; Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil Parte General”, Edit. Abeledo Perrot, 12º. edición, Tº I págs. 398/399; Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil- Parte General”, Edit. Abeledo Perrot, 19º edición, Tº L, pág. 379; Highton, Elena I., “Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control”, en “La Ley”, 1978-B-904; Bossert, Gustavo-Zannoni, Eduardo “Manual de Derecho de Familia”. Edit. Astrea, 1988, págs. 449; Ortiz de Rozas, Abel “Manual de Derecho de Familia”, Edit. Lexis Nexis, 2004, pág. 426)” -del voto del Ministro Genoud en causa L. 83.196, sent. del 13-I-2008-.

Intervención del Ministerio Público Tutelar. Nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada. Ya sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación -aunque todavía no vigente-, la Suprema Corte provincial haciendo referencia a la intervención del Ministerio Público Tutelar, se ha manifestado dando cuenta del nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada que establece nuestro ordenamiento jurídico en general y civil y comercial en particular (conf S.C.B.A., causa 117.505, sent. del 122-IV-2015).

En esa línea, un nuevo protagonismo le ha sido reconocido al Asesor, refiriendo que su intervención ha cobrado un posicionamiento superior a partir de la Constitución, y de las normas convencionales especialmente referidas a los derechos de niños y niñas, con la Imposición de adecuaciones procesales que garanticen el pleno goce del acceso a la justicia de quienes se encuentran en condiciones desventajosas para el ejercicio de derechos propios (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 CADH y 2, 3.1, 5, 6, y 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, O.G. N°17/28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y los Derechos Humanos del Niño”, art. 75 inc. 22 y 23 CN, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Página las Personas 3 de 8 en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, 2008, -citados en el voto del Ministro de Lazzari en la causa aludida-).

Interés superior del niño. Tratados internacionales. Estados partes. Se trata de dilucidar el estado de hijo, en el que se encuentran comprometidos altos valores humanos, familiares y personales, que hacen al interés general, a cuyo resguardo acude el Ministerio Público, y por definición el Asesor de Incapaces cuando se trata de garantizar la efectividad de los derechos del niño; en el caso, a su identidad y a su verdadera identificación, en términos penales “prima facie” alterada gravemente en concurso ideal con falsedad ideológica (arts. 139 inc. 2 y 293 del C.P.).

El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional ha consagrado la jerarquía en ese nivel de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU, en New York el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la ley 23.849 de nuestro país, a partir de la reforma operada en 1994. De este valioso instrumento, que extiende su influencia y primacía sobre toda la legislación infraconstitucional sustantiva y adjetiva nacional, y obviamente provincial (art. 31, Constitución Nacional), resulta que conforme al art. 3º “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen ...los tribunales... una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, debiendo los Estados Partes adoptar todas las medidas no sólo administrativas y legislativas, sino de cualquier otra índole “para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”(art. 4º) entre los que cabe mencionar el que les asiste “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art:7.1.). “a preservar su identidad”(art. 8.1.).

Es en supuestos como el bajo análisis, donde se patentiza la importancia de las atribuciones del Ministerio Público Tutelar, desplegadas con diligencia al máximo de su potencial en protección y garantía de los derechos de este niño, cuya identidad jurídica no se compadece con la biológica; y en cumplimiento de la manda supraconstitucional del art. 8.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.