



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

112
C-122102-1

C. 122.102 "Asesoría de Incapaces uno Lomas de Zamora c/ N. J. L. s/Acciones de Impugnación de Filiación"

Suprema Corte:

I. La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora dictó sentencia confirmando la decisión de fs. 51/ 52, 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 (fs. 64/66).

II. 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 (fs. 89/93).

Esgrime que, en la materia, se tiende a preservar el principio constitucional de seguridad jurídica mediante la limitación en el tiempo del ejercicio de la acción de impugnación de la filiación; lo que evita el perjuicio respecto de quien aparece como hijo.

Es la propia ley --dice- la que se encarga de establecer la excepción temporal, reconociendo exclusivamente al hijo como único legitimado para impugnar en cualquier tiempo su reconocimiento filiatorio; ello a condición de así decidirlo una vez alcanzada la mayoría de edad o grado de madurez suficiente.

De allí, sostiene, que resulta impropia la interpretación que efectúan los sentenciantes de las funciones del Ministerio Público Tutelar al reconocerle plena legitimación para impugnar el reconocimiento filial. Que la actividad de este funcionario se encuentra reservada a integrar un sistema de asistencia y apoyos al niño en el ámbito judicial; por lo que resulta inaceptable consentir la convalidación de lo actuado por el Asesor de Incapaces a quien la propia ley le impide arrogarse en el sub-lite la representación de su hijo; máxime cuando la misma es ejercida por sus progenitores, respecto de quienes no pesa ninguna causal de exclusión.

III. Plantea el recurrente la cuestión del alcance de las atribuciones del Ministerio Público en cumplimiento de la función tutelar, consistente en garantizar los derechos

de las personas que carecen de capacidad suficiente para ejercitarlos por sí mismas (arts. 24, 100 y 103 del C.C. y C.).

Al respecto, cabe recordar la pacífica doctrina de V.E., 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 deficiente 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).

También sostuvo V.E. 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**" (el destacado me pertenece).

"Es así 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. Tan amplios términos tienen su razón de ser en el interés público de ver protegidos la persona y el patrimonio de los menores (recuérdese la nota de Vélez al art. 58 del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-122102-1

referido Código y la propia organización del Ministerio de Menores en la legislación de fondo -arts. 491 a 494-, como institución peculiar del país)".

"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-II-1990 en "Acuerdos y Sentencias ", 1990-I-240; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil- Parte General", Edit. Abeledo Perrot, 12ª. edición, Tº I, págs. 398/399; Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil- Parte General", Edit. Abeledo Perrot, 19ª edición, Tº I, 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-II-2008-.

Más recientemente, ya sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación -aunque todavía no vigente-, esa 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 22-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 las Personas

en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, 2008, -citados en el voto del Ministro de Lázari, en la causa aludida-); reposicionamiento que también se refleja en la nueva regulación sustantiva, que en su art. 103 determina que la intervención del Asesor puede ser “complementaria” de la de los representantes legales de los menores (representación dual) en todos los procesos en que se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias -cuando tales derechos estuvieran comprometidos y existiera inacción de los representantes legales-, dicha actuación habrá de convertirse en “principal” con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el goce de la tutela de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores.

Se destacó igualmente que si bien esta función no resulta totalmente novedosa, toda vez que la doctrina ya asignaba tales alcances al artículo 59 del Código de Vélez, hoy aparece de modo explícito en la redacción del art. 103, cuyas previsiones debe integrarse con lo que al respecto dispone el artículo 38 inc. 4° de la ley 14.442, reglamentaria a nivel provincial de las funciones inherentes al Ministerio Público Tutelar.

De conformidad, cito la reflexión de Gustavo D. Moreno en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” (Directora Silvia Eugenia Fernández), Ed. Abeledo Perrot, Tomo III, págs. 2695 y ss., en torno a las funciones del Asesor de Menores e Incapaces que ha diseñado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: “debe reconocerse su intervención como una “garantía orgánica” o un “plus de garantía de derechos” en el marco de la exigibilidad de todos los derechos de la infancia como de la salud mental, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849; de raigambre constitucional, art. 75, inc. 22, CN), de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280), y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ley 26.378); como las leyes nacionales de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) y de Salud Mental (ley 26.657)”.

Añadiendo que le cabe “asumir una representación que importe la actuación en todo supuesto en que los derechos del niño o de la persona con padecimiento mental, requieran una actuación judicial o extrajudicial, ya sea en coordinación con los representantes



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-122102-1

individuales, legales y necesarios -coadyudando en la representación, en tanto el planteo se ajuste a derecho y a las necesidades de la persona incapaz-; **o actuando en reemplazo y hasta en contra de los representantes legales (padres, tutores, curadores) o sistemas de apoyo, cuando éstos no amparan a la persona por falta, exceso o defecto en su intervención**” (el destacado me pertenece).

iii. Conforme lo expuesto, 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.

En orden al fundamento de su actuación, señalo que puntualmente hay en este proceso elementos de prueba que tienen valor autónomo y que permiten inferir, con importante grado de certeza, una situación irregular respecto de la paternidad del señor N., y en orden al reconocimiento de hijo que oportunamente efectuara (v. partida de fs. 5; pericia genética de fs. 22/26 y 28); hecho que motivó el inicio de la causa penal de trámite por ante el Juzgado de Instrucción, Correccional y de Menores n° 2 de Paso de los Libres, Provincia de Corrientes, en el que con fecha 3 de marzo de 2017 se dictó el procesamiento del citado Nocera, que reza como sigue en la parte que aquí interesa: **“RESUELVO: 1°).- PROCESAR a J. L. N., D.N.I. N° , y a Z. B. B., D.N.I. N° , ambos, de las demás circunstancias personales obrantes en autos, por la comisión ‘prima facie’ del delito de SUPOSICION DE LA IDENTIDAD Y FALSEDAD IDEOLOGICA en CONCURSO IDEAL, previsto y penado por los artículos 139 inciso 2° y 293 en razón del artículo 54, todos del Código Penal Argentino, en calidad de coautores materiales.- 2°).- DECRETAR la PRISION PREVENTIVA de los procesados N. y B. las que no se harán efectivas, por haberse concedido la Exención de Prisión al primero y por no evidenciarse alguna restricción contenida en las previsiones del artículo 315 del CPP, para la segunda, (artículo 3 08 del Código Procesal Penal).- 3°) Hágase saber, agréguese copia al principal, regístrese, cúmplase con la Ley N° 22.117, oficiese y notifíquese.- Fdo. Dr. Daniel Leonardo Insaurraque, Juez. Juz. de Inst. Correc. y Menores N° 2, Paso de los Libres-Ctes.”** (v. fs. 9/ fs. 28 e informe que acompaño).

Resalto la relevancia de la cuestión bajo análisis, pues 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 (fs. 6/8, 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.).

La jerarquía de los derechos que aquí aparecen vulnerados, interesan sin duda alguna al interés público, y a la consideración primordial del interés del niño, que debe guiar la solución del caso en orden a restablecerlos con el menor costo posible, entendido esto último en términos de economía y celeridad procesales, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces.

En esta línea de pensamiento, la intervención del Ministerio Público Tutelar no puede limitarse a un mero análisis superficial de las actuaciones que se someten a su conocimiento, como parece pretenderlo el recurrente, sino que debe extenderse a una evaluación sustancial en torno a analizar si los derechos del menor cuya inobservancia emerge



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-122102-1

de aquellas se encuentran adecuadamente reclamados y defendidos por sus representantes legales. En caso contrario, plantear concreta y claramente los remedios que corresponde arbitrar para su subsanación, y la remoción de los obstáculos que pudieran existir, formulando las peticiones que fueran menester para la defensa de los intereses que le han sido encomendados por imperativo mandato de la ley.

Y 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.

IV. En virtud de lo expuesto, opino que V.E. debería confirmar el pronunciamiento recurrido y, por lo tanto, rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo análisis.

La Plata, 26 de abril de 2018


Julio M. Conte Grand
Procurador General

