

C. 103.079 “P. B., E.. P., C.. s/ Priv.
de Patria Potestad y
estado de adoptabilidad”.

Suprema Corte de Justicia:

La Sala Tercera de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, confirmó la sentencia de la Sra Jueza de Menores que dispuso que la Sra Defensora Oficial a cargo de la Unidad de Defensa N° 7 de La Plata, asumiera el patrocinio de la menor madre E.P.B. atento la ausencia de su representante legal, para contestar en tiempo y forma la demanda en su contra entablada -v. fs.57/59-.

Disconforme con ese decisorio se alza la Sra Defensora Oficial, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que luce a fs. 77/88.

Denuncia que la Alzada ha aplicado erróneamente el artículo 27 de la ley 26.061, al colocar a cargo de la Defensoría Oficial la función de “abogado del niño”, la cual no puede desempeñar en virtud de no ser una institución especializada como requiere la citada disposición.

Agrega que dicha tarea, debe ser desempeñada por un profesional designado con las condiciones es previstas en los artículos 47 a 63 de la mencionada norma.

Sostiene que la representante legal de la menor, quien hasta la fecha no ha perdido el ejercicio de la patria potestad, ha comparecido a juicio; por lo que de considerarse que ha existido abandono respecto de su hija, se impone la designación de un tutor. Convalidaría la procedencia de su reclamo, la disposición de la Cámara en cuanto ordena la citación de la madre de la accionada, quien se hallaría a la fecha del decisorio en crisis, en la República del Paraguay.

Aduce que yerra la Alzada cuando funda la improcedencia de designación de un tutor ad litem aplicando el artículo 282 del Código Civil

que reglamenta la venia supletoria, pues no sería el supuesto de la tutoría planteada.

Por último, expresa que se ha vulnerado la doctrina legal de esa Suprema Corte que sostiene que la intervención del Asesor de Menores es, además de mera asistencia o representación promiscua, de defensa, para suplir la omitida por los representantes legales o complementar ésta, en la forma que se considere adecuada.

En este sentido aduna que dentro del Ministerio Público, son los Asesores de Menores quienes más se acercan a la especialización que exige la norma, pues pueden además asumir la representación directa de conformidad con lo normado por el artículo 23 de la ley 12.061. Interpretada así esta disposición, sostiene, no se vulnerarían las normas del Código Civil que regulan la capacidad para estar en juicio.

Considero que asiste parcialmente razón a la Sra Defensora Oficial, pero por los motivos que pasaré a explicitar, adelanto, que a mi entender, el decisorio en crisis debe ser confirmado.

Liminarmente habré de realizar una suscita síntesis de la génesis del resolutorio apelado.

Sin adentrarme en las circunstancias que motivaron el inicio de los autos: “P.B.E., c. P.B.C.n s/ Privación de Patria Potestad y Estado de Adaptabilidad”, cabe destacar que la Sra Asesora de Menores incoa, en su carácter de representante del niño C.D.B., de actualmente cinco años de edad, formal demanda de Privación de Patria Potestad contra la madre del pequeño, doña E. P. B..

Dicha demanda es radicada por ante el Tribunal de Menores N° 5 del Departamento Judicial La Plata, en virtud de encontrarse el causante amparado por dicho órgano jurisdiccional – v. autos: “P., C. s/ Intervención” que corren por cuerda-.

La Sra Jueza de Menores corre formal traslado de aquélla, y comienza allí el itinerario procesal de la joven P. B. para lograr, nada más ni

nada menos, que la satisfacción de su derecho a acceder efectivamente a la justicia, conforme consagra el artículo 15 de nuestra Carta Magna.

En una primera instancia, antes aún del reclamo formulado por el Ministerio Público, -en la causa que lo antecediera- la joven madre contaba con el patrocinio de letrado de la matrícula, con cuya asistencia letrada efectivizó diversas presentaciones en autos -v. fs. 156 autos s/ Intervención-.

Más luego, con el envío de la documentación personal desde el Paraguay, se advierte que rige a su respecto el régimen de la minoridad en función de lo normado por el artículo 126 del Código Civil, de allí que en presentación formalizada a fs. 176 de los autos de mención, la misma requiriera a la Sra Magistrada de Menores la designación, del mentado profesional, como abogado del niño con los alcances que fija el artículo 27 de la ley 26.061 “De Protección Integral de los Derechos del Niño”.

Dicha petición no fue proveída, pues se estuvo a la espera de la acreditación fehaciente de la edad de la joven madre -v. fs.178-.

Interín, -retomando el iter procesal de estas actuaciones-, la Sra Asesora impetra la demanda que da inicio a las presentes, cuyo traslado se notifica en el domicilio constituido por el letrado propuesto para desempeñarse como “abogado del niño”-v. fs. 10 de estas actuaciones-.

A fs. 14, obra la renuncia al patrocinio del profesional, por lo que la Sra Asesora de Incapaces requiere la suspensión de los plazos procesales, hasta tanto se provea a la joven madre de la representación legal necesaria para estar en juicio -v. fs.17-.

La Sra Jueza de Menores provee favorablemente la petición del Ministerio Público, y a fin de garantizar a la madre del causante “...el derecho a la defensa en juicio, al debido proceso, a recurrir a la justicia, el derecho a producir pruebas y también la representación necesaria, conforme lo dispuesto en el art. 18 de la C.N., 19 y 21 pto 1 de la ley 12.061...”, resolvió dar intervención a la Defensoría General Departamental para que asigne una Unidad Funcional de Defensa que asista a la joven E. P. B., a

cuyo efecto suspendió el plazo para contestar demanda hasta tanto la referida Unidad de Defensa asuma el patrocinio dispuesto –v. fs.19-.

La Sra Defensora Oficial designada, manifiesta sus reparos en asumir la representación procesal de quien sostiene, no tiene capacidad para estar en juicio por su condición de menor de edad. Solicita consecuentemente la citación de la representante necesaria de la joven demandada para que asuma la intervención que por ley le corresponde –v. fs. 23-.

Obra a fs. 25 la manifestación de la accionada formalizada en sede del Juzgado minoril, dando cuenta del domicilio de su progenitora, quien habría vuelto a su país de origen sin intención de regresar.

Formalizada nueva intervención a la Sra Defensora Oficial, ésta devuelve las actuaciones en función de encontrarse impedida de patrocinar a una menor de edad o asumir la función de “abogado del niño” –v. fs. 34-.

Previo dictamen de las Sras Asesoras de Incapaces intervinientes, la Magistrada del fuero minoril, con fundamento en los artículos 3 de la C.I.D.N.; 34 incs. 4 y 5 y 36 inc. 1 del C.P.C.yC. y 27 de la ley 26061, dispone dar intervención a la Sra Defensora Oficial para que asuma el patrocinio de la accionada atento la ausencia de su representante legal, según constancias de la causa a las que ya he hecho referencia –v. fs. 39/40-.

Dicho resolutorio es apelado por la funcionaria de la Defensa Oficial, confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial e impugnado, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que he sido convocado a examinar.

Como lo adelantara, los cuestionamientos formulados por la Sra Defensora Oficial, resultan parcialmente procedentes.

No resulta a mi criterio audible, el agravio relacionado con la intervención que le compete al Ministerio Público Pupilar y con la violación de la doctrina legal de esa Suprema Corte elaborada al respecto.

Ello así, porque se pretende la asunción en autos del patrocinio de la joven accionada, de actualmente veinte años de edad, so pretexto de ser el

órgano mejor especializado en materia de minoridad de este Ministerio Público, lo que resulta contrario a la normativa que regula la función de esta rama diferenciada.

Ambas Asesoras de Menores intervinientes en estas actuaciones se han ocupado de ilustrar acerca de los límites de su competencia.

Luce así a fs. 37/38 el dictamen de la representante promiscua enriquecido con la última doctrina elaborada sobre el tema.

Señala la Dra Ida Scherman: “Pero dichas actuaciones, las del abogado del niño, y las del representante legal o quien suple en caso de ausencia o conflicto tampoco se confunden con la que despliega el magistrado del Ministerio Público de Menores a quien el art. 59 del Código Civil le otorga la “representación promiscua” como parte legítima y esencial en todo asunto judicial y o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los niños demanden o sean demandados, o en que se trate de la persona o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que tuviere lugar sin su participación. Tal como lo señala Gustavo Moreno en Derecho de Familia N° 35, Lexis Nexos, Abeledo Perrot, p. 60/61, “Como se ve las diferencias con la figura que ahora crea el art. 27 inc. c), ley 26.061, son sustanciales: el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad; mientras que el Asesor de Incapaces es el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales la ley argentina le asigna al niño para defensa de sus derechos, también en consonancia con la representación establecida por el art. 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño. Y tan clara resulta la diferencia entre el abogado del niño y el Ministerio Público de Menores, que el dec. 415 de 2006- reglamentario de la ley 26.061- al reglamentar el del art. 27 expresamente señala: “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc- c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña o adolescente en el proceso judicial, todo ello sin perjuicio de la representación

promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”. No cabe confundir la participación del niño en los procesos a través del Ministerio Público de Menores como defensor, por mandato constitucional y legal de los derechos de los niños y adolescentes en la medida de su indisponibilidad, con la defensa técnica que en el marco de un proceso realizan los padres y los tutores con la asistencia técnica propia de un abogado, o el propio niño por sí con su abogado (art. 27 inc. c ley 26061) letrados a quienes se les asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto y prestan su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a sus clientes. Es así que siguiendo a D’Antonio –tal como señaláramos en la presentación anterior- el criterio de actuación que debe presidir la intervención de los magistrados del Ministerio Público de Menores es el de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición del niño o joven y aún cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por el representante necesario.” –v. fs. 38/38vta-.

Quien dentro de esta línea de pensamientos se expresó con claridad sobre el rol del Asesor de Menores en el nuevo contexto normativo de la infancia, fue la Dra Silvia Fernandez, Asesora de Incapaces de Mar del Plata, al abordar la temática en las últimas Jornadas Provinciales de Asesores de Incapaces desarrolladas en Necochea el pasado mes de Marzo. Comenzó su exposición expresando: ”Aspiro a que luego del desarrollo de estas ideas coincidamos en concluir a favor de la premisa inicial que motiva estas reflexiones, consistente en afirmar que con las nuevas leyes de infancia, el rol del Asesor de Incapaces como soporte legal imprescindible de tutela legal en la esfera judicial y extrajudicial, lejos de confundirse debe entenderse resignificado redimensionado.”

A su tiempo abordó los alcances de la representación de su Ministerio y sostuvo: “Se entiende como el derecho a contar con una representación en juicio. Ni el art 27 ley 26.061 ni la ley 13.298 lo mencionan expresamente, pero considero que la representación es una garantía mínima que debe

entenderse comprendida. Veamos: el art. 27 encabeza su enunciado aclarando que las garantías previstas lo son "...además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del niño, en los tratados internacionales y en las leyes...". Tanto la CN, como la CDN y las leyes argentinas contienen la figura de la representación propia del niño. La primera representación natural es la de los padres (arts 264, 274 C.C.); junto a ella, la ley prevé la del Asesor de Menores (art 59 y concs C.C.). Podemos afirmar entonces que el Ministerio de Incapaces representa una específica garantía del debido proceso (que la ley tácitamente contiene en la referencia a "los derechos contenidos en la CN y leyes"). ¿Cuáles son las normas en que se funda esta figura como garantía legal-constitucional para el debido proceso del niño? A Fuentes Legales: La primordial, el art. 59 C.C.: sienta la regla de intervención, "en todo asunto judicial o extrajudicial" en que un incapaz sea parte o sus intereses se hallen comprometidos. Intervención cuya omisión se sanciona fulminantemente con nulidad. Otras normas contemplan también su actuación obligada; así: el art 66: confiere legitimación al Asesor de Incapaces para la denuncia del embarazo; art 144 inc 3: para la promoción del proceso de insania; art. 147: lo reconoce como "parte esencial" en el mismo; igualmente el art 150 para el proceso de rehabilitación; art. 177 inc 5: le confiere legitimación para oponerse a la celebración de matrimonio; art. 220: para pedir su declaración de nulidad; art. 255: legitimación para entablar la reclamación de paternidad extramatrimonial (que debe entenderse como legitimación autónoma, sin necesidad de consentimiento de la madre); art 272: para solicitar alimentos a favor de los hijos contra sus representantes legales; arts. 381, 414, 459 y concs.: establece la función de vigilancia y contralor de la actuación de los tutores, normas que se aplican al ejercicio de la curatela (art 475 C.C.); art 470: puede solicitar la curatela para los incapaces mayores de edad; arts. 491 a 494: establecen las funciones específicas del Ministerio Público de Menores. A su vez, la ley nacional 24.417 y provincial 12.569 (art. 4),

imponen al Asesor de Incapaces la obligación de recepcionar y elevar denuncias de violencia familiar o formularla cuando la víctima es menor de edad o incapaz. Por su parte, los arts. 234, 235, 236 del CPCC regulan su intervención en el proceso de protección de persona, con legitimación autónoma. Finalmente, deben mencionarse las leyes específicas que regulan su actuación: ley provincial 12.061, cuyo art. 23 (texto ley 13.634, art. 108) establece su imperativa intervención en todo asunto judicial o extrajudicial que interese la persona o bienes de incapaces, bajo sanción de nulidad y responsabilidad; lo habilita para peticionar por propia iniciativa ante la falta o conflicto con el representante legal o cuando resulte necesario para impedir la frustración derechos. A su turno, la ley nacional 24.946, art. 54 inc a) lo habilita a “entablar las acciones o recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios”...Como nos enseñara el Dr. Alejandro Molina, por imperativo de estas normas la representación de menores e incapaces viene establecida desde nuestra Ley Fundamental como una **verdadera garantía constitucional**: la garantía de defensa de menores e incapaces. De este modo, la “doble representación” tiene amparo constitucional directo; razón por la cual la omisión de intervención del Asesor ante el compromiso de derechos o bienes de incapaces, además de **nula** es **inconstitucional**. En efecto, la sanción prevista por el art. 59 C.C. nos señala que estamos ante defectos sustanciales que hacen a la defensa del derecho de la persona. Esta representación legal-constitucional delimita a su turno, para el Asesor de Incapaces un doble rol: Asesor–rol de parte: el art. 59 le otorga carácter de “parte legítima y esencial” en todo juicio en que intervenga un incapaz. El término empleado no es menor, y nos muestra la sabiduría del codificador, quien con esta calificación, obsequió a los incapaces el concepto procesal más generoso: el de parte, que implica un rol, un carácter autónomo de la idea de “representante”. En efecto, en el ámbito procesal, “parte” es quien tiene legitimación para accionar o contradecir y solicitar la realización de una relación jurídica, de su titularidad o de otro

sujeto que puede estar o no en juicio. Esto significa que el Asesor de Incapaces tiene poder de petición independiente, por ser parte; no por derecho propio, sino pidiendo la protección de la pretensión del incapaz. Asesor rol de representante: conforme el mismo art. 59, el Asesor concurre en principio con los representantes necesarios, asistiendo y controlando su actuación (función natural). Se la califica como una “representación promiscua”, término con el cual se engloban dos significados: promiscuidad con los representantes legales y promiscuidad entre representados, por ostentar la representación de todos los incapaces sin distinción. En el primer sentido, deja esta promiscuidad cuando debe actuar en forma autónoma, ni bien advierta deficiencias en la representación necesaria o perjuicios para el incapaz; allí la intervención deja de ser coadyuvante para transformarse en principal y directa para impedir la frustración de derechos; pudiendo suplirla y aún contrariarla. Ello lo habilita para pedir la designación del representante necesario de que carezca el incapaz, a recurrir, demandar, reconvenir, etc. En el segundo sentido, ostenta la representación de todos los menores pudiendo incluso articular acciones en resguardo de derechos colectivos.”—Su disertación: “Nuevos perfiles de la defensa jurídica de niños y adolescentes en el Sistema de Protección Integral de Derechos. Rol del Asesor de Incapaces a la luz de las nuevas leyes de Infancia: de la cultura tutelar al proceso justo constitucional”-.

Aduno a lo que llevo dicho que ha sido V.E. quien dispusiera la nulidad de un proceso en el que se había soslayado la debida participación del Asesor de Incapaces, impidiendo consecuentemente el ejercicio de la representación promiscua. Sostuvo esa Suprema Corte: “El art. 59 del Código Civil le confiere al Asesor de Menores 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 tiene su razón de ser en el interés público de ver protegidos la persona y el patrimonio de los menores” (L. 83.196, sent. del 13-2-2008).

Con lo que llevo dicho estoy en condiciones de afirmar que muy por el contrario a lo sostenido por la quejosa, la doctrina de V.E. elaborada en relación con la participación del Asesor de Menores no ha sido violentada, así como tampoco lo ha sido, la normativa que regula su función.

Pretender asignarle la defensa técnica de la joven causante, no sólo resulta incompatible con el rol que le imponen el Código de Fondo y la ley del Ministerio Público, sino que pone en jaque y hace peligrar este nuevo desempeño que la ley de Protección Integral de los Derechos del Niño coloca en su cabeza, esto es, el de garante de la satisfacción de los derechos de la infancia.

Ello conllevaría sin más abdicar de su función natural, a la que extensamente he referido en párrafos anteriores, provocando la invalidez de todo pronunciamiento dictado en esas condiciones (Conf. CSJN, autos P 2501 XXXVIII, sent. del 17-10-07).

Distinta suerte ha de correr el agravio de la Sra Defensora Oficial, efectuado en relación con la errónea aplicación del artículo 27 de la ley 26061 por parte de la Alzada, en función del cual, le ha sido asignado el patrocinio de la joven madre demandada.

Ello así, toda vez que el mencionado dispositivo legal resulta aplicable, de conformidad con lo prescripto en su artículo 1º a las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en territorio de la República, siendo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de aplicación obligatoria, en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.

Este límite de protección especial, que en nuestra ley provincial claramente está fijada en los 18 años –art. 2 de la ley 13.298-, responde al concepto de autonomía progresiva del citado instrumento internacional, cuyo

espíritu apunta a una limitación progresiva de las incapacidades del joven. Esto así, señala Mizrahi, hasta que se arriba a un último escalón –los 18 años- en que para la Convención se completa el ciclo de desarrollo intelectual; y ello en la inteligencia que en dicho estadio el adolescente ya ha adquirido la madurez suficiente para ejercer por sí la totalidad de sus derechos en iguales condiciones que cualquier adulto. Por eso, agrega el autor, a partir de la referida edad, la normativa internacional deja de reglar sobre la materia porque la considera extraña a su ámbito. (“La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Análisis de la ley 26061, pág. 71 y stes, Ed. del Puerto).

La situación de estos jóvenes púberes próximos a alcanzar la mayoría de edad no pasó inadvertida sin embargo para nuestro codificador civil.

Claro está que la ley civil, fijó en los veintiún años el cese de la incapacidad, habilitando a partir de allí a las personas el pleno ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de autorización de sus padres, tutores o jueces –arts. 126 y 129 cód. cit-.

Previo a ello, se distinguen dos situaciones rigurosamente precisadas en el ordenamiento legal, estableciéndose dos categorías dentro del sistema de minoridad sobre la base de los años cumplidos: impúberes o adultos, según tengan o no 14 años de edad -art. 127-. Mientras para los primeros, la incapacidad es absoluta -art. 54 inc. 1º-, es relativa para los segundos, gozando de capacidad para aquellos actos que las leyes les autoriza a otorgar –art. 55 Cód. cit-.

La calidad de parte, el ser la adquiere desde su concepción en el seno materno, esto lo hace susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones siempre que el ordenamiento civil no ponga reparos a ello –arts 51 y 52-.

Sin embargo y he aquí de dar razón a la Sra Defensora, no siempre quien puede ser parte en un proceso está en condiciones de actuar por sí

mismo, requiere además capacidad procesal, esto es, la aptitud para poder realizar con eficacia actos procesales de parte. La capacidad procesal, va de la mano de la capacidad de hecho o de obrar del derecho civil.

La joven demandada en su calidad de púber posee aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de capacidad para ser parte de conformidad con los dispositivos normativos antes reseñados, pero carece de aptitud procesal, o sea, de la aptitud necesaria para realizar por sí misma actos procesales válidos. Estos devendrían nulos por obra de lo normado por los art. 921 y 1041 del Digesto Civil, pues están sujetos a una representación necesaria –la de sus padres-, sin perjuicio de la intervención promiscua que corresponde al Ministerio de Menores, que, como se vio, no subsana la ausencia de aquélla – arts. 56, 57 inc. 2º y 59 del Código Civil-.

La posibilidad de intervención directa de estos menores adultos en un proceso, sea como actores o demandados, no pasó, como se dijo, inadvertida a nuestro codificador, pues la previó con autorización de sus progenitores o de un magistrado.

Autorizar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es dar autoridad o facultad para hacer alguna cosa, y la ley permite expresamente que, los menores adultos autorizados por sus padres o por el juez, puedan estar en juicio. Esta es, precisamente, la primera franquicia que el codificador confiere a los jóvenes de 14 años en adelante, sólo se precisa de la conformidad de sus padres, o en ausencia de ésta, de la autorización de un magistrado.

El artículo 264 quater en su apartado 5º debe interpretarse conjuntamente con el art. 282 del Código de fondo. Y si bien se requiere del consentimiento de ambos padres, la doctrina ha coincidido que aquél puede no ser escrito, y que la expresión de voluntad puede manifestarse verbalmente o por otros signos inequívocos, entre los que se menciona, la ejecución de un hecho material consumado o comenzado –arts. 914, 917 del cód. cit- (Conf. Lloverás, “Patria Potestad y filiación”, pág. 199).

De la imposibilidad de los padres de dar su consentimiento al joven, o de su expresa negativa, también se ocupa el legislador al prever la dispensa o autorización judicial para ello –art. 264 quater in fine y 282 del cód. cit-.

La normativa tiende a impedir el ejercicio abusivo o antifuncional de la patria potestad, pero ello, como lo tiene decidido la Corte Suprema de Justicia, en correspondencia directa con la protección y formación integral de los hijos (Conf. CSJN, “E., de V.D., M c/ V.D., J” en LL, 1988- D-122).

Es por ello que en la audiencia prevista por el art. 818 del digesto procesal para que el magistrado tome conocimiento del joven y de los motivos por los cuales sus padres denegaron su pedido de autorización para estar en juicio, se recibe toda la prueba de que las partes intenten valerse, y en presencia del Asesor de menores el joven será escuchado acerca del por qué de su petición. El Magistrado resolverá lo más conveniente al interés del menor adulto, designando, como bien señala la representante de la Defensa Pública, un tutor especial en la misma resolución en que concede al menor adulto autorización para estar en juicio, no sólo porque así lo dispone la norma, sino porque el hecho de impedir sus progenitores al joven hacer valer o defender sus derechos en juicio, conlleva sin más uno de los supuestos de controversia con quien debería representarlo, por ello, es que debe ser reemplazado –art. 397 inc. 1º Cód. Civ.-.

Pero como bien señalan los Magistrados de Cámara, no se configura aquí una situación de contraposición de intereses entre la joven madre y su representante necesaria. De hecho esta última consintió, oportunamente, la actuación procesal de aquélla con el patrocinio de un abogado de la matrícula, al presentarse en autos sin efectuar cuestionamiento alguno. Podríamos pensar en un supuesto de imposibilidad en otorgar esa autorización requerida por la normativa, dada la distancia geográfica y la premura en su materialización, o en una exteriorización informal de la misma, como he hecho referencia a cierta postura doctrinaria, más no en una

negativa que denote un ejercicio abusivo de la Patria Potestad con el consecuente choque de intereses.

Y si los padres pueden autorizar a sus hijos a estar en juicio y designarse su letrado de confianza para que patrocine sus intereses, no observo por qué no puede el Magistrado que ha sido de alguna manera instado para otorgar la dispensa en caso de ausencia o negativa de aquéllos, concederles esa licencia de escoger aquel profesional allegado al joven a quien confiarle la defensa, nada más ni nada menos, que de un derecho de naturaleza personalísimo.

En un antecedente similar, el Tribunal de Familia de Mar del Plata, resolvió al igual que la Alzada que: “se ha interpretado que a la luz del artículo 282 del Código Civil, no resulta obligatorio para el juez designar un tutor ad litem, en tanto esta norma establece una facultad, no una obligación; por lo que de así requerirlo el adolescente, el juez podrá permitirle tener su propio abogado patrocinante..., haciendo mérito del interés superior y la autonomía progresiva...” (Trib. Flía N° 2, “ Expte n° 7648/06 Valdez, María s/ Autorización, sent. del 9/8/2007).

Creo necesario destacar aquí, en coincidencia con lo expresado por la funcionaria de la defensa pública, que esta novedosa figura del abogado del niño que sólo contiene la normativa nacional, puesto que la ley 13.298 y su complementaria 13634 nada dicen al respecto, requiere de la participación activa de profesionales especialmente entrenados para captar y representar la voluntad de los niños. Obsérvese que no se condiciona su ejercicio a edad o grado de madurez, que sí ha delimitado la copiosa doctrina e incipiente jurisprudencia nacional desarrollada en torno de su aplicación.

En aquel ámbito, la resolución de la Sra Defensora General de la Nación n° 1234/06, recomienda, a los Sres Defensores de Menores e Incapaces, que en los supuesto en que los niños requieran de la asistencia técnica de un letrado, insten a los organismos administrativos de aplicación de la ley 26.061. Expresamente sostiene: “ II-...Todo ello en orden a que el

criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas –sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo- no responde al principio de capacidad progresiva” o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño y/o adolescente.”

Obiter dicta, sin que ello implique adelantar la opinión de este Ministerio Público acerca de la aplicación de aquella figura en el ámbito provincial ni en relación a su desempeño por parte de los Sres Defensores Oficiales, sólo advierto que la designación automática por parte de un Magistrado, ante el mero pedido de un niño, lejos está de contemplar su interés superior y de considerarlo como sujeto de derecho. Es que no evaluar sus competencias, ni distinguir la trascendencia de su participación en “ese” particular proceso de conformidad con sus condiciones personales, claro está, evaluado por profesionales competentes en la materia, dista de entrar en sintonía con la propia télesis de la ley, pues no debemos olvidar que toda medida que se adopte en relación a un niño debe obligadamente contemplar su superior interés, entendido éste, como pacíficamente ha sostenido V.E. por la mejor solución a ese supuesto determinado en una situación normal y regular pero contingente, que ante un conflicto, exigirá justificación puntual (Conf- SCBA, C 101776, sent. del 26-12-2007).

Retomando la línea argumental de este dictamen, considero que la Alzada ha efectuado una correcta aplicación del artículo 282 del Digesto Civil, al permitir a la joven de veinte años de edad, participar con el patrocinio de abogado particular o Defensor Oficial, del proceso en el que se persigue la pérdida de la patria potestad que detenta en relación a su pequeño hijo.

Al igual que en oportunidad de emitir dictamen en Ac 100.470, actualmente a decisión de V.E., advierto que en el particular caso que nos ocupa, resulta de aplicación lo normado en el artículo 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que obliga a la Argentina como

Estado parte a velar porque ningún niño sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. El artículo continúa “2- En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.

Al respecto ha sido el Comité de los Derechos del Niño quien en su observación general nº 5, al analizar qué medidas deberían adoptar los estados parte para dar efectividad a los derechos reconocidos por la Convención señaló: “V- Posibilidad de invocar los derechos ante los Tribunales: 24- Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos de derechos humanos...Por consiguiente, los Estados parte deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debe incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole que sea necesaria”.

Sólo deseo rescatar con lo que llevo dicho, que detrás de esta discusión nomológica, subyace el pedido de una madre para presentarse ante un Magistrado a defender el vínculo con su pequeño hijo; como contracara, el derecho de éste a crecer bajo el amparo de aquélla.

Y como sostiene Bidart Campos: “Por detrás de todo el embrollo legalista se sitúa un tema fundamental y prioritario, cual es el de decidir si la legitimación procesal de quien intenta una acción –o intenta repelerla- queda librada, única y exclusivamente a lo que establece la ley o si, al contrario, la

raigambre indudablemente constitucional de la legitimación no permite que el voluntarismo discrecional de la ley sea el que otorga o deniega. Por algo y por mucho el actual derecho constitucional procesal y el derecho procesal constitucional muestran las bisagras que no pueden desunirse entre lo procesal y lo constitucional. La legitimación –activa y pasiva- es una de las cuestiones básicas en orden al derecho constitucional e internacional a la tutela judicial efectiva, razón por la cual la reglamentación legal queda subordinada al plano supralegal del bloque de constitucionalidad. La conclusión más simple y sensata que se puede extraer de lo antedicho es ésta: con la legitimación procesal hay que ser generoso y no egoísta, de forma que, en caso de duda seria, ha de estarse a favor de la legitimación y no en contra.” (aut. cit., “Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación de un menor”, en LL 2002-C, 719).

Agrego a lo sostenido por el célebre constitucionalista, que como aclara el propio Vélez Sarsfield, un código nunca es la última palabra de la perfección legislativa, ni el término de un progreso. Por esa razón, la revisión de la legislación debe ser continua, no única, para lograr que cada una de las disposiciones de un código o de una ley, sea el desarrollo y la aplicación en lo civil del Código de los Códigos, la Constitución (citado por Grosman en “El legado de Vélez Sarfield al derecho de los niños”, en Academia de Derecho y Ciencias Sociales, año 2000-III, pág. 353 y stes.).

Por todo lo hasta aquí expuesto, considerando que la interpretación desarrollada por la Alzada en torno a la aplicación del artículo 282 del Código Civil al supuesto de marras, contempla el debido proceso de conformidad con lo preceptuado por los artículo 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 8° del Pacto de San José de Costa Rica, 11 y 15 de la Constitución Provincial, propicio a V.E., la confirmación del decisorio apelado.

De compartir V.E. mi postura acerca de la inaplicabilidad del art. 27 de la ley 26.061 al sub lite, la solución que propicio brindará la posibilidad a

la joven madre de contar con el patrocinio letrado de un abogado de su confianza, función que será asumida por la Sra Defensora Oficial, de darse los presupuestos del artículo 21 inciso 1º de la ley 12.061.

La Plata, 4 de junio de 2008.

Fdo. Maria del Carmen Falbo. Procuradora General.