SUMARIO: I. Inquietud- II. Introducción – III. Actuación Procesal del Niño por sí. - IV. Representación por la madre y conflicto de interés. - V. Asesoría de Incapaces – VI. Conclusiones.

Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria

PROCESOS CON PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

El tutor especial en la acción de impugnación de reconocimiento extramatrimonial ejercida por el reconociente

Gallo Verónica Liliana – Sarbucci María de las Mercedes
Monferrand n.º 2382 Trenque Lauquen Pcia de Bs As CP 6400
2392 56 455634 - veronicagallo21@hotmail.com

Breve Síntesis:

La acción de impugnación de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, ejercida por el reconociente, no acarrea la designación liminar de tutor especial al niño o adolescente, porque:

A- podría suceder que el niño tuviera capacidad procesal suficiente y la ejerciera actuando por sí con patrocinio (v.gr. si fuera adolescente, art. 677 párrafo 2do CCCN);

B- podría acontecer que la madre lo representara en juicio y no se vislumbrara en su concreta intervención ningún conflicto de intereses;

C- incluso la inacción de la madre podría ser suplida por la intervención principal de la Asesoría de Menores.

La figura del tutor especial o *ad litem*, viene a representar aquellos menores que no cuenten con el grado de madurez suficiente – están limitados en su capacidad de ejercicio- y asimismo se avizore que su representante natural o legal no puede ejercer la representación toda vez que entre ambos existen intereses contrapuestos.

Paticipa de Premios Asociación Argentina de Derecho Procesal y elDial.com.

I- INQUIETUD

El presente trabajo nace a partir de la práctica profesional durante el trámite de la acción de impugnación de reconocimiento prevista en Art 593 [1] del Código Civil y Comercial de la Nación,[2] donde comenzó a utilizarse la figura del tutor especial del art 109 CCCN a pedido de la Asesor de Menores según el art 103 CCCN y, en alguna ocasiones, por decisión oficiosa del juzgado. La práctica de su designación fue haciéndose cada vez más frecuente. En la mayoría de los casos, ante el silencio por parte de los tutores designados en cuanto a la aceptación del cargo, se fijaba fecha para un nuevo sorteo, con un resultado similar.

Esta situación se tradujo en una consecuencia negativa: la demora de los juicios, afectando la garantía del debido proceso al impedir el acceso eficaz y rápido a una definición judicial. Peor aún, considerando la condición de vulnerabilidad de los menores por su edad, [3] vulnerabilidad que a nuestro entender se agrava por el propio funcionamiento del sistema judicial que demora resolver sobre derechos inherentes a la persona como es la identidad.

Ello nos llevó a pensar y estudiar diferentes asuntos: la capacidad procesal del menor demandado; la figura del tutor especial (para qué supuestos

---

[1] "El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos."

[2] De ahora en adelante, CCCN.

[3] "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico" (Sosa, Guillermina Leontina "Sujetos vulnerables en el proceso y en la interpretación del derecho", publicado en La Ley 21/09/2018, 1 · LA LEY 2018 – E, 839.-

está previsto, si corresponde en la acción de impugnación de reconocimiento); la figura del Asesor de Menores.

II- INTRODUCCIÓN

A través de la acción de impugnación de reconocimiento prevista en el art 593 CCCN, el ordenamiento legal permite, al hijo y también a los terceros que invoquen un interés legítimo, la impugnación de un reconocimiento hecho fuera del matrimonio. La falta de vínculo genético entre el hijo y quien ha efectuado el reconocimiento es el presupuesto de hecho para esa acción.

Dando por supuesta la legitimación activa al propio reconociente [4] -aspecto que no vamos a tematizar aquí- , el legitimado pasivo es el hijo menor de edad. No es legitimada pasiva la madre porque su estado de familia no cambia, tenga o no tenga éxito la impugnación del reconociente.

Pero, ¿quién actúa en juicio defendiendo el interés del hijo menor de edad?

Al ser interpuesta la acción por el propio reconociente, comenzó a ser corriente designarle al niño -sin distinguir entre adolescente o no adolescente- un tutor especial (art 109 CCCN) para que lo represente, en la inteligencia de existir *prima facie* una colisión de intereses entre la madre y el menor de edad, y, así, para garantizar su derecho de defensa (art 18 Const.Nac.). En un principio tales designaciones se hicieron ante el requerimiento del Asesor de Menores de Incapaces, para posteriormente realizarse, en la generalidad de los casos, de oficio.

Queremos develar si, en la situación que nos ocupa, es correcta o no es correcta esa liminar designación de un tutor *ad litem*.

III- ACTUACIÓN PROCESAL DEL NIÑO POR SÍ

---

[4] FAMÁ, .María Victora "Derecho de Familia", La Ley Buenos Aires Año 2017 t. II "Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida" , pág. 293 a 300.

Para empezar a dar respuesta al interrogante debemos analizar si el niño demandado puede intervenir por si o si debe hacerlo a través de su madre a los fines de realizar actos procesales válidos y prevenir eventuales nulidades.

Estamos hablando de la capacidad procesal de los niños –capacidad de ejercicio- y no, en cambio, de la capacidad para ser parte –capacidad de derecho- que toda persona tiene (arts. 22 y 23 CCCN).

El CCCN dejó de lado el vetusto binomio capacidad – incapacidad y abrió paso a una construcción novedosa y particular a cada caso asentada en la autonomía progresiva: la autodeterminación de los niños para comprometer y disponer de sus derechos -en relación a aspectos trascendentales de su personalidad, familia, salud, patrimonio etc. -, siempre que el grado de madurez suficiente lo habilite. A mayor autonomía, menor ámbito de actuación del representante. Se trata de una capacidad progresiva, como la recepta el CCCN en el art 639 inc b: "*... a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos*." [5]

Desde esa perspectiva, hay que distinguir.

(I) Si el legitimado pasivo es un niño que aún no ha cumplido la edad de 13 años (art 25 CCCN), es una persona que tiene limitada su capacidad de ejercicio, así que, a los fines de garantizar su defensa en juicio, deberá actuar a través de su madre en tanto representante legal (arts 26 1er párrafo 100, 101 inc. b y 677 1er párrafo CCCN). No obstante, Toribio E. Sosa piensa que si el niño no adolescente cuenta con la madurez suficiente pese a no haber alcanzado aún los 13 años de edad, podría actuar en proceso por sí, tal y como si fuera un adolescente (art. 24.b, 26 párrafo 2° 1ª parte, 661.b y 679), si contara con una dispensa judicial a través de una resolución que corone un proceso de jurisdicción voluntaria.[6]

---

[5] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y MOLINA DE JUAN, Mariel F. "La Participación del niño y el adolescente en el proceso judicial". Publicado en RCCyC 2015 (Noviembre) 3. DJ04/05/2016,10 en on line AR/DOC/3850/2015

[6] "Capacidad procesal del niño", en "Derivaciones procesales del Código Civil y Comercial", Directores: Amalia Fernández Balbis y Marcos L. Peyrano, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2017.

(II) si el legitimado pasivo es un adolescente (entre 13 y 18 años de edad, art 25 CCCN) , este podrá actuar a través de su madre (arts. 26 1er párrafo y 677 1er párrafo CCCN), aunque también podrá actuar por sí conjuntamente con su madre o de manera autónoma con patrocinio letrado (art. 677 párrafo 2do CCCN). Como puede apreciarse, siendo un adolescente el demandado es cuando más juegan los nuevos paradigmas introducidos en materia de capacidad progresiva. No obstante, algunos autores, como Carlos E. Camps, plantean que si el demandado va a ser un adolescente es recomendable un previo proceso de conocimiento breve . "Entendemos que para que estos menores puedan ser considerados con "edad y grado de madurez suficiente" para ejercer por sí sus derechos y, asimismo, estar en juicio de igual modo, deberán contar con una sentencia judicial que, luego de la prueba-necesariamente interdisciplinaria, conf. Art.706, CCyC- así lo establezca". [7]

Comoquiera que sea, allí cuando el niño pueda válidamente actuar por sí en el proceso de impugnación de paternidad extramatrimonial iniciado contra él, no necesitará ser representado por su madre, así que menos aún por un tutor *ad litem*.

IV- REPRESENTACIÓN POR LA MADRE Y CONFLICTO DE INTERESES

Pero, ¿y si el niño carece de edad y madurez suficiente para actuar válidamente por sí en el proceso de impugnación de paternidad extramatrimonial iniciado contra él?

En tal supuesto, corresponde que la madre actúe por él en su representación, o, en caso de conflicto de intereses entre el hijo y la madre, por un tutor *ad litem* (art. 109 inc. a CCCN).

Pero, ¿qué es un conflicto de interés? Kemelmajer de Carlucci escribe: "... la expresión conflicto de interés es polisémica, o sea, tiene significados y

---

[7] " Camps Carlos E. "La Capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil". Publicado en RCCyC 2016 (Marzo) 3.DJ 22/de junio/2016, 1. cita Online: AR/DOC/535/2016.-

funciones variadas, habiendo sido calificada de proteiforme y difusa, y descripta como con “diferentes caras” … “me limito a señalar cuáles son las situaciones de las que voy a ocuparme; son aquellas en las que “ los intereses de un sujeto, que tiene poder de decisión, aparecen en contradicción con los que otra persona a la cual debe representar, defender o al menos respetar”. [8]

Puede decirse que son intereses personales antagónicos, posicionamientos distintos que hacen que la representante esté imposibilitada de llevar adelante la voz del niño desprendida de sus propios posicionamientos. En sentido genérico a decir de Carnelutti “un conflicto entre dos intereses surge cuando la situaciones favorable a las satisfacción de una necesidad confronta con la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta”.- [9]

Son presupuestos para la existencia de un conflicto de intereses en sentido estricto: 1) Intereses contrapuestos e incompatibles entre sí y 2) Riesgo de que la persona en quien se deposita la confianza pueda llegar a actuar indebidamente. Se trata entonces de una situación que puede dar lugar a conductas indeseables, independientemente de que dichas conductas se produzcan o no.

En fin, el art. 109 inc. a CCCN habla de conflicto de intereses, concepto amplio que debe definir el juez en cada caso particular, pero que no puede decirse que exista en abstracto y a *priori* sin conocerse la postura concreta de la madre; de modo que, sin conocerse la postura de la madre ante o por el solo planteamiento de la demanda, se concluye que no corresponde la designación liminar de un tutor *ad litem* en reemplazo de la madre.

---

[8] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida “ Conflicto de Intereses en la Ciencia y en la investigación”, publicado en Jurisprudencia Argentina . 2018 -III, 987 Cita online: AP/DOC/469/2018).-

[9] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida “ Conflicto de Intereses en la Ciencia y en la investigación”, publicado en Jurisprudencia Argentina . 2018 -III, 987 Cita online: AP/DOC/469/2018).-

V- ASESORÍA DE INCAPACES

Podría suceder que la madre, representante legal de su hijo menor de edad, incurriera en inacción o ausencia de intervención efectiva: no compareciera a estar a derecho, o compareciera pero no contestara la demanda, o incluso que compareciera pero se allanase sin más ni más, etc..

No saber explicita y claramente si está a favor o en contra de que interés no es conflicto de interés existente.-

Creemos que la inacción o ausencia de participación efectiva - lo que pudiera virtualmente asimilarse a inacción de la progenitora- no justifican la designación de un tutor *ad litem*, pudiendo subsanarse con la participación principal del Asesor de Incapaces (art 2 y 103 inc. b.i. CCCN).-

Situación similar desarrollan Juan P Olmo y Nurit Mendiondo: [10] ambos autores explican a través de un caso jurisprudencial cuándo la actuación complementaria del Asesor de Menores muta a principal. En el caso jurisprudencial que comentan, la madre de una niña desistió de la acción de privación de la Responsabilidad parental entablada contra el progenitor condenado penalmente por abuso sexual, debido a la falta de recursos económicos para los gastos de publicación de edictos a fin de notificar al demandado que se encontraba prófugo. El Juez de primera instancia hizo lugar al desistimiento y el Asesor de Menores e Incapaces en ejercicio de su actuación principal apeló el desistimiento ordenado, lo que motivo que la Cámara finalmente revocara la decisión.

Si bien la actuación del Asesor de Menores es complementaria en todos los proceso en que se encuentren involucrados los interés de menores (art 103 primer párrafo CCCN), muta a principal cuando existe inacción del representante legal -v.gr. no contesta la demanda- y hay derechos en juego comprometidos – v.gr. acceso a la justicia e identidad del menor- para que a través de su actuación

---

[10] OLMO Juan Pablo Mendiondo Nurit "Actuación principal y complementaria del Ministerio Público: el artículo 103 CCyCN" Ministerio Público de la Defensa Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia 2016 .-

principal se hagan efectivos esos derechos. En esta línea algunos autores sostienen que la actuación principal (con autonomía de los representantes legales) se encuentra legitimada en los casos de inacción por los representantes, en la exigencia del cumplimiento de deberes de los representantes, y en la carencia de representación. La circunstancia de que en la mayoría de los casos la representación del asesor sea complementaria a la de sus representantes legales, no obsta a que en el caso particular, de ser necesario asuma la representación autónoma y principal, prevista en nuestra legislación vigente. [11]

VI- CONCLUSIONES

Respondiendo a la cuestión de si la acción de impugnación de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, ejercida por el reconociente, acarrea la designación liminar de tutor especial al niño o adolescente, nos expedimos por la negativa, porque:

a- podría suceder que el niño tuviera capacidad procesal suficiente y la ejerciera actuando por sí con patrocinio (v.gr. si fuera adolescente, art. 677 párrafo 2do CCCN);

b- podría acontecer que la madre lo representara en juicio y no se vislumbrara en su concreta intervención ningún conflicto de intereses;

c- incluso la inacción de la madre podría ser suplida por la intervención principal de la Asesoría de Menores.

La figura del tutor especial o *ad litem*, viene a representar aquellos menores que no cuenten con el grado de madurez suficiente – están limitados en su capacidad de ejercicio- y asimismo se avizore que su representante natural o legal no puede ejercer la representación toda vez que entre ambos existen intereses contrapuestos.

---

[11] Gustavo Moreno, “Tratado de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes” Directora Silvia Eugenia Fernandez. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 1ra ed.. t.III, pag.2696 a 2718.-