

Sala “D” – Autos: “B, M I y otro c/ O, J A s/ Privación de la patria potestad” (expte. n° 74.917/2013 – J. n° 10)

Buenos Aires, 28 de junio de 2016.

**VISTOS: Y CONSIDERANDO:**

I – Viene el expediente a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto en subsidio a fojas 79/80 por el señor defensor de menores e incapaces de Primera Instancia, mantenido a fojas 91/92 por la señora defensora de menores e incapaces de Cámara, contra la decisión de fojas 74/75 en cuanto deja sin efecto la publicación de edictos en la tablilla del juzgado y la publicación en el Boletín Oficial y Diario Popular.

II – En autos se persigue la privación de la responsabilidad parental del señor J A O padre de la niña A A O quien fuera condenado a 16 años de prisión por el delito de abuso sexual agravado de su otra hija S. C. L., encontrándose actualmente prófugo de la justicia.

Ante ello a fojas 54 se ordena la publicación de edictos en la tablilla del juzgado a fin de a citar al demandado a tomar intervención en autos bajo apercibimiento de designarse el Defensor Público Oficial.

Vencido el plazo, a fojas 61 se hace efectivo el apercibimiento, designándose al señor Defensor Público Oficial para que tome intervención en autos en representación del señor O.

A fojas 64, el doctor G. solicita se deje sin efecto su nombramiento por no haberse publicado edictos en los términos del artículo 343 del Código Procesal.

A fojas 74/75, la señora Juez de grado admite el planteo efectuado por el Defensor Público Oficial, revoca los decretos de fojas 54 y 61 y dispone la citación por edictos del demandado, los que deberán publicarse en el Boletín Oficial y Diario Popular. Ante ello y por carecer de recursos económicos para afrontar el pago de las publicaciones ordenadas, la señora B desiste de la acción (conf. fojas 76/77).

A fojas 79/80, el señor Defensor de Menores e Incapaces de Primera Instancia, solicita se revoque la publicación de edictos en la forma que ha sido ordenada, por entender, entre otros fundamentos, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 146 “in fine” del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no resulta procedente.

A fojas 81 la señora Juez de grado desestima la reposición contra la decisión de fojas 74/75 y concede la apelación interpuesta en subsidio. Su traslado, conferido a fojas 81, es contestado a fojas 84/85 por el señor Defensor Público Oficial de Pobres y Ausentes, quien sostiene que la cuestión debe declararse abstracta, por haber sido consentido por el defensor de menores e incapaces el desistimiento efectuado a fojas 76/77 y por ser su actuación complementaria al de la progenitora.

III – En primer término corresponde destacar que el desistimiento efectuado por parte de la señora B no alcanza al derecho de A A de mantener viva la acción, pues la gravedad de los hechos que dan origen a la presente conducen a concluir que la actuación del señor Defensor de Menores e Incapaces en autos, lejos de ser accesoria como se sostiene a fojas 84/85, se torna principal a tenor de lo dispuesto por el artículo 103 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sucede que en situaciones como la de autos donde se encuentran involucrados los derechos de un menor la solución a la que arribe el tribunal debe atender al “interés superior del niño”, por así imponerlo el sentido común y la Convención de los Derechos del Niño. Este concepto representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta pertinente y útil asociar dicho “interés del niño” con sus derechos fundamentales.

Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos. Debe establecerse en cada caso si la voluntad o acción de los padres o guardadores afecta los diversos derechos del niño o adolescente (Grossman, Cecilia, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, L.L. 1993-B- 1089 y CSJN, Acordada n° 05/2009 que adhiere a las “Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aprobadas por la “Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana”).

El interés de los menores tiene dos finalidades básicas: 1) ser una pauta de decisión ante un conflicto de intereses; 2) establecer un criterio para la intervención institucional destinada a protegerlo. El principio otorga parámetros de carácter objetivo: frente a la colisión con un interés del adulto, debe priorizar el mayor beneficio para aquellos (conf. Suprema Corte de Buenos Aires, “B., S. M. c/ P., V. A.”, del 4/02/09, Revista Derecho de Familia”, 2009-III, página 21).

Si a ello se suma que, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de estos casos (CSJN, Fallos 318:1269, cons. 10; 322:2701; 324:122) aplicando entonces los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional les otorga. Así el interés superior del menor subyace en todo el plexo normativo de que se trata (fallo 328:2870).

En esta inteligencia, no cabe duda que la decisión de grado lesiona gravemente los derechos de la niña por quien debe particularmente velarse, afectando su acceso efectivo a la justicia al haberse ordenado la publicación de edictos en dos diarios cuyos costos no pueden ser afrontados por la progenitora quien ya lo había indicado a fojas 70, al solicitar que la publicación se limitara al ámbito del Boletín Oficial, motivando la resolución a estudio el desistimiento de la acción por carecer de medios económicos para poder pagarlos.

Si a ello se suma que la presente acción carece de contenido económico, debe concluirse que, en el particular caso, resulta plenamente operativo lo dispuesto por el artículo 146 “in fine” del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto dispone la publicación de los edictos en la tablilla del juzgado, lo que así habrá de disponerse.

Por otra parte, el Tribunal comparte los fundamentos expuestos por doctor Atilio Álvarez en su dictamen de fojas 79/80, en cuanto a que la resolución apelada, en los términos en que ha sido dictada, atenta contra el principio de tutela judicial efectiva contenida en el artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Al respecto debe tenerse presente que la tutela judicial efectiva involucra no sólo el derecho de acceso a la jurisdicción y a los proveimientos adecuados, sino también a los medios ejecutorios eficaces. Significa, en primer lugar, el derecho que le asiste a toda persona a ser escuchada por los jueces cuando se plantee un conflicto intersubjetivo de intereses que implique violación o amenaza de un bien jurídico y en segundo lugar la posibilidad de que tal derecho se encuentre al alcance de todos los ciudadanos libremente y sin distinción (conf. Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, “Tratado de derecho de familia, según el Código Civil y Comercial de 2014”, tomo IV, páginas 430 y siguientes).

Por los fundamentos expuestos y dictamen de la señora defensora de menores e incapaces de Cámara de fojas 91/92, **SE RESUELVE:** Revocar lo decidido a fojas 74/75 punto II en cuanto manda a publicar edictos en el “Boletín Oficial” y “Diario Popular”, debiendo procederse conforme lo dispone el artículo 146 “in fine” del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. Regístrese, protocolícese, notifíquese a los domicilios electrónicos registrados en el Sistema de Administración de Usuarios (SAU) y a la señora defensora de menores e incapaces de Cámara en su despacho. La presente será remitida al Centro de Información Judicial a los fines de su publicación. Oportunamente, devuélvase a su juzgado de origen.

**Osvaldo Onofre Álvarez - Patricia Barbieri - Ana María Brilla de Serrat**