

INTERVENCION DEL MENOR EN EL PROCESO

Publicado en "VERBA IUSTITIAE" - Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales - Año VIII - N° 14 - Pág. 103 - Año 2002

El proceso es una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones. Parte es quien pretende y frente a quien se pretende, o dicho más ampliamente, quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión.

Pueden ser partes todas las personas, esto es, todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, siempre que la legislación civil no las haya expresamente declarado incapaces (arts. 51 y 52). Capacidad que adquieren desde su concepción en el seno materno y que pierden con la muerte (arts. 70 y 103).

Pero no siempre el que puede ser parte en un proceso está habilitado para 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. De ahí que, toda persona capaz para ser parte tiene capacidad procesal, si no se halla incurso en alguna causa de incapacidad, las cuales revisten carácter taxativo y limitado (Guasp, "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1977, pág.170; Palacio-Alvarado Velloso, "Código...", t.II-320; Arazi, "Derecho Procesal Civil y Comercial", t.I-111).

Menores son las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años, diferenciándose entre impúberes o adultos según que tengan o no catorce años cumplidos (arts. 126 y 127 C.C.). La incapacidad respecto de los primeros es absoluta, porque no tiene excepción alguna, mientras que es relativa para los menores adultos, ya que supone una condición básica de incapacidad, teniendo sólo capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar (art. 55 C.C.).

Menor impúber

El menor impúber en tanto persona susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones goza de capacidad para ser parte desde su concepción en el seno materno, pero carece de capacidad procesal, o sea, de aptitud necesaria para realizar, por sí mismo, actos procesales válidos. Esto es así ya que carecen de discernimiento y porque son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria (arts. 921, 54 inc.2º y 1041 C.C.). Deben actuar por ellos, en el proceso, sus representantes necesarios, sin perjuicio de la intervención promiscua que corresponda al Ministerio de Menores (arts. 56, 57 inc. 2º y 59 C.C.).

Menor adulto

Tanto cuando el menor adulto es actor como cuando es demandado, puede comparecer por sí en juicio, autorizado por sus

padres, lo que denominaré, menor adulto autorizado, o actuar sus padres en representación de aquél.

Menor adulto autorizado

Autorizar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es dar a uno 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.

Los menores entre los 14 y los 21 años se encuentran sometidos a la representación procesal necesaria de sus padres o tutores. Sin embargo, son varias las excepciones que la propia ley establece respecto de esa incapacidad (art. 55 Código Civil). Y la primera franquicia que la legislación de fondo consagra es la del menor adulto autorizado para estar en juicio que edita el art. 264 quater, en su apartado 5º, que debe interpretarse conjuntamente con el art. 282 del mismo cuerpo legal, y que dice: *en los casos de los inc. 1º, 2º y 5º del art. 264, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para...autorizar (al hijo) para estar en juicio.*

En principio, los actos de ejercicio de la patria potestad realizado por uno de los padres suponen el consentimiento del otro, presunción legal que emerge del art. 264 inc. 1º 2do. pár. del Código Civil, salvo en los supuestos enumerados en el art. 264 quater, en que se requiere el consentimiento expreso de ambos padres, y, entre los que se encuentra el de autorizar al hijo para estar en juicio.

Cuando la norma alude al hijo, ha de entenderse menores adultos, no sólo porque el art. 282 la limita a ellos, sino porque los menores impúberes sólo pueden actuar en el proceso a través de sus representantes necesarios, ya que carecen de discernimiento para los actos lícitos (art. 921 C.C.) y porque son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces (arts. 1041 y 54 inc. 2º C. C.).

Requiere la autorización del menor para estar en juicio, el consentimiento expreso de ambos padres, pero ello no implica que ineludiblemente debe ser dado por escrito, sino que la forma de esos actos será la instituida por el orden jurídico para cada uno de ellos. La expresión positiva de la voluntad puede manifestarse verbalmente o por escrito, o por otros signos inequívocos, al leer de art. 917 del Cód. Civil, y además, los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado (art. 914 C.C.)(Lloveras, "Patria potestad y filiación", pág.199; Bossert-Zannoni, "Régimen legal de la filiación", pág.312).

Exige el precepto legal el **consentimiento expreso de ambos padres** en los supuestos de hijos menores matrimoniales de padres no separados, ni divorciados y sin matrimonio nulo (inc. 1º art. 264), así como en los casos de separación, divorcio o nulidad de matrimonio (inc. 2º, art. cit.) o de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos (inc. 5º, idem). Es decir que, tratándose de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, cuyos padres convivan o no, ha menester que las voluntades de ambos concuerden, que ambos

presten autorización para un acto tan importante y trascendente como es que el menor actúe por sí mismo en un proceso.

Están fuera del alcance de la norma, esto es, de la conjunta voluntad de los progenitores, los supuestos de los incs. 3º, 4º y 6º del art. 264, los que analizaré, por separado.

En caso de **fallecimiento o ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los padres** (inc.3º), es el otro progenitor el titular de la patria potestad y, por ende, el único facultado para acordar la autorización.

La ley asimila la ausencia con presunción de fallecimiento a la muerte natural, con los mismos efectos que de ella se derivan, supuesto implícitamente contemplado en el inc. 1º del art. 306 como de extinción de la patria potestad (arts. 22 y sgts. de la ley 14.394), ya que la propia ley limita la suspensión del ejercicio a la ausencia regulada por los arts. 15 a 21 de la ley citada (art. 309 C.C.)(Ludueña, "Patria potestad: algunos aspectos civiles y procesales", Revista Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Morón, año IV-nº6, pág.81).

En los casos de **privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio** (inc. 3º), continuará ejerciéndola el otro (art. 310). Por lo tanto, será el único facultado para otorgar la autorización para que su hijo actúe en juicio. Esto es así mientras la privación se mantenga, ya que no es definitiva, no es irreversible como otrora. El padre o la madre pueden ser **restituidos** en la autoridad por decisión del juez, como dice el art. 308 C.C., renaciendo entonces el consentimiento conjunto, ya

que ningún habitante de la Nación será privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19 de la Constitución Nacional).

Contemplan finalmente los incisos 4° y 6° del art. 264, las hipótesis del **reconocimiento voluntario** del hijo extramatrimonial por uno solo de los progenitores, o por quien fuera declarado su padre o su madre por sentencia judicial, siendo éstos, por ende, los únicos facultados para otorgar la autorización.

Si ambos padres fueran judicialmente declarados tales (arts. 246 inc. 2do. y 247 C.C.), conjuntamente deben prestar la autorización, al ser aplicable el inc. 5° del art. 264 y, por ende, quedar comprendido este supuesto en el primer párrafo de la norma en análisis.

Es motivo de opiniones encontradas la hipótesis del reconocimiento voluntario por parte de uno de los padres y del forzoso por parte del otro. Dándose esta circunstancia excepcional, entiendo que el reconociente voluntario desplaza en la patria potestad a quien ha debido ser compelido a asumir su rol y nexos biológicos y, por ende, es aquél el único habilitado para conferir la autorización para estar en juicio (Lloveras, ob. cit. pág. 183; Belluscio-Zannoni, "Código Civil...", t.6-pág.81).

Imposibilidad para prestar el consentimiento

Tratándose de hijos matrimoniales o extramatrimoniales cuyos padres convivan o no, y mediando imposibilidad para que uno de ellos preste su consentimiento, resolverá el juez la autorización

o la denegatoria, según sea lo más conveniente para el interés familiar (art. 264 quater in-fine C.C.).

Esta directiva dada por la ley a los jueces en los casos en que se solicita su intervención, se orienta hacia la protección, no del interés de uno solo de ellos sino de lo que convenga al interés familiar. La prescripción apunta así a impedir el ejercicio antifuncional o abusivo de la patria potestad, la que define el art. 264 como el conjunto de derechos y deberes que se atribuye a los padres, pero en directa correspondencia con la protección y formación integral, tal como tiene decidido la Corte Suprema ("E., de V.D.M. c/ V.D.J.", L.L. 1988-D-122; J.A. 1988-II-426).

La superioridad del interés familiar resulta incuestionable aún más hoy, en mérito a la irrupción en nuestra Constitución de los principios contenidos en los tratados internacionales, que ha hecho señalar a Bidart Campos que los mismos tienen supremacía sobre las normas civiles, las que, por otra parte, no pueden interpretarse en el perímetro clásico del derecho civil (S.C.B.A., voto del Dr. Pettigiani en cs. 59.680, 28/4/98, E.D. 181-229, L.L.B.A. 1999-167).

Negativa de los padres a darle consentimiento

De la negativa de los padres a darle consentimiento se ocupa expresamente el art. 282 del C.C. que, para mayor claridad, dejo transcrito: *si los padres o uno de ellos negaren su consentimiento al menor adulto para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el*

oponente, podrá suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio.

Al tratarse de actos jurídicos procesales que se propone realizar el menor adulto por sí y para los cuales la ley requiere expresa autorización de ambos padres, la venia judicial supletoria es una consecuencia rigurosa de la negativa a concederla.

Como la ley 23.264, al reformar el artículo utiliza, al igual que el derogado 282, la expresión "*intentar una acción civil contra un tercero*", mantiene vigente la polémica en torno a si sólo el menor adulto puede demandar a terceros o si también puede defenderse de una demanda promovida por un tercero, es decir, si puede actuar como actor o si también puede hacerlo como demandado. La doctrina está dividida.

Tanto cuando el hijo es actor como cuando es demandado, puede comparecer en juicio por sí, autorizado por sus padres o actuar éstos en representación del menor, posición amplia sostenida por Busso ("*Código Civil Anotado*", t.1-604), en la que también se enrolan Salas (*Código Civil Anotado*, t.1-158), Bossert-Zannoni, ob. cit., pág. 319, n °17 y Mendez Costa "*Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*", L.L. 1980-A-1023).

Si lo que se teme es su inexperiencia, está fuera de duda que ésta puede serle más perjudicial cuando él toma la iniciativa que cuando se limita a defenderse, escribe Borda ("*Tratado de Derecho de Familia*", 9na. edición, t.II-161). Nada obsta a ello, ya que el objeto de la autorización es que sea concedida cuando se estime que el menor tiene suficiente capacidad para ejercer la defensa de sus derechos, escribe Llambías ("*Código Civil Anotado*", t.I-945),

y nadie mejor que sus padres o el juez para considerarlo, agrega Novellino ("Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores", pág.281).

La postura restringida ha sido sostenida por D'Antonio ("Nuevo régimen de la patria potestad"; pág. 200) y Lloveras (ob. cit., pág. 233), aduciendo que si, a pesar de la discusión doctrinaria, la reforma dejó subsistente la referencia exclusiva al menor actuando como actor, así debe interpretarse.

Participo de la posición amplia. En primer lugar, porque las normas jurídicas no pueden ser interpretadas aisladamente, sino que debe confrontarse el precepto a interpretar con el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. No debe olvidarse la presunción de coherencia que reina en el sistema de normas. La interpretación debe efectuarse de tal manera que las normas armonicen entre sí y no de modo que produzcan choques, exclusiones o pugnas entre ellas, tal como tiene declarado la Suprema Corte (Ac. 55.689, J.A. 1966-I-13; E.D. 165-974).

Si el art. 264 quater 5° permite que los menores adultos autorizados por sus padres o por el juez, puedan estar en juicio, sin hacer distinción de su posición en el proceso, no puede válidamente sostenerse que el art. 282, que sólo alude a la venia judicial supletoria, pueda limitar estos supuestos a la circunstancia de que el menor sea accionante. Los mismos riesgos procesales se configuran tanto que actúe como actor o que lo haga como demandado, ya que puede reconvenir, transar, desistir, absolver posiciones...; nadie está en mejores condiciones que sus progenitores o el juez en su caso, para evaluar si el menor tiene

suficiente discernimiento, suficiente madurez para intervenir por sí mismo en un pleito, tanto más que siempre lo hará patrocinado obligatoriamente por un profesional del derecho (art. 56 C.P.C.C.), sin perjuicio de la promiscua intervención que le corresponde al Ministerio de Menores (arts. 59 y 493 C.C.)

Entiendo que el artículo alude a intentar una acción civil, ya que los términos procesales para contestar una demanda son perentorios y, a veces, incompatibles con la previa tramitación de una venia judicial supletoria en el caso de denegatoria de los progenitores, pero no lo impide.

No lo dice la norma general del art. 264 quater, pero si aclara el art. 282 que la autorización judicial supletoria puede darse cuando se trata de juicios civiles, extensivos a los juicios comerciales. Lo que se contrapone a lo civil, es lo penal, lo que no puede ser objeto de venia judicial es la autorización para iniciar querrela criminal, por las responsabilidades que de ello se derivan (Belluscio-Zannoni, ob. cit., T.6-835; Novellino, ob. cit., pág. 282).

Procedimiento

No prevé el artículo 282 C.C. cuál es el procedimiento aplicable para obtener la venia judicial supletoria en caso de denegatoria de uno o de ambos padres, ni tampoco establece el art. 264 quater in-fine cuál es el procedimiento mediando imposibilidad de prestarlo por parte de alguno de los progenitores.

Al no haberlo determinado, es menester acudir por analogía a la pauta general brindada por el art. 264 ter, que marca la directiva en la materia, esto es, el procedimiento más breve previsto por la ley local. En nuestro digesto adjetivo es el que edita el art. 818, referido a la autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos, y que dice: *cuando la persona interesada, o el ministerio pupilar a su instancia, solicitare autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos, se citará inmediatamente a aquélla a quien deba otorgarla y al representante del ministerio pupilar, a una audiencia que tendrá lugar dentro de tercero día y en la que se recibirá toda la prueba...*

El procedimiento, que no tiene forma de juicio, se resolverá en una audiencia que se convocará dentro de los tres días de la fecha de presentación. En su libelo inicial, el menor explicitará los motivos en que funda su pedido y él o los interesados fundarán su oposición al momento de celebrarse la audiencia.

Aunque la norma disponga que en esa audiencia se recibirá toda la prueba, el término probatorio puede ampliarse para recibir la que excediere su marco y cuya producción sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos, pudiendo el juez requerir toda la información que considere necesaria. Ello así, porque el norte de la autorización supletoria es resolver, en definitiva, lo que sea más conveniente al interés del menor, sin olvidar el interés familiar, como se dijera ut-supra.

Será juez competente el del domicilio del menor (art. 5° C.P.C.C.), y son partes el menor y quien o quienes deban dar la

autorización, sin perjuicio de la promiscua intervención que al Ministerio de Menores le compete (art. 59 C.C.).

La resolución que acuerde o deniegue la autorización es apelable en relación (art. 242, 2º C.P.C.C.), por los intervinientes y el Ministerio de Menores.

En la autorización para comparecer en juicio, queda comprendida la facultad de pedir litis expensas, tal como expresa la norma en su párrafo tercero.

Corresponde la designación de un tutor especial en la misma resolución que concede al menor adulto autorización para comparecer en juicio, no sólo porque así lo dispone la norma en análisis, sino porque se da uno de los supuestos de controversia con quien debe representarlo y debe ser reemplazado (art. 397, inc. 1º, C.C.)(Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t.IV-692; Morello y otros, "Códigos...", t.I-B-270; Palacio "Derecho Procesal Civil", t. VIII-415).

Intervención en juicio de los padres por sus hijos menores

Al tener el menor capacidad de derecho pero carecer de capacidad de hecho, es menester, para desenvolverse, que alguien complete su capacidad. La representación jurídica de los hijos es una de las formas de protección de los incapaces, suprimiendo los impedimentos a su incapacidad (art. 58 C.C.).

Los padres que se encuentren en ejercicio de la patria potestad, representan legalmente a sus hijos, tanto en el ámbito

judicial como en el extrajudicial. Representación que edita el art. 274 del C.C. en los siguientes términos: *los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados...*

Se desprende de la norma que el padre y la madre son los **representantes legales** de sus hijos menores, en tanto no se encuentren suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o privados de su autoridad, según lo prescripto por los arts. 307 y 309 del Cód. Civil, pero resulta imperioso hacer algunas precisiones:

I- cuando el ejercicio de la patria potestad es **exclusivo**, supuestos de los incisos 3° y 4° del art. 264 del C.C., la representación es ejercida por ese progenitor. Esto se da cuando uno de los padres ha fallecido, ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento, ha sido privado de la patria potestad o ha sido suspendido en su ejercicio; o tratándose de hijo extramatrimonial, media reconocimiento unilateral.

II- cuando el ejercicio de la patria potestad es **unilateral**, supuestos de los incisos 2° y 5° 2da parte del art. 264 del C.C. la representación del hijo menor corresponde al padre ejerciente de la autoridad.

Si los padres del menor se encuentran separados de hecho o media separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio o, respecto de hijos extramatrimoniales, los padres no convivan, el representante en juicio será el progenitor a quien se le haya atribuido la guarda del hijo. Esto es así, ya que la

representación constituye uno de los atributos de la patria potestad y, por ende, corresponde a quien tenga el ejercicio de este derecho.

III- Cuando el ejercicio de la patria potestad es **compartido**, supuestos de los incisos 1º y 5º 1era. parte del art. 264 Cód. Civil, esto es, hijo matrimonial o extramatrimonial cuyos padres convivan, la representación del hijo menor corresponde a ambos.

En estos casos, si bien la representación es ejercida por ambos progenitores, es suficiente la presencia de uno solo de ellos para promover o proseguir un proceso, ya que se presume la voluntad coincidente del otro, excepto que éste manifieste su oposición, tal la regla contenida en el art. 264 inc. 1º 2do. párrafo del Código Civil (Puig Brutau, "Fundamentos de derecho Civil", Bosch, Barcelona, pág.199; Mendez Costa-D'Antonio, "Derecho de Familia", T.III-232; Lloveras en Bueres-Highton, "Código Civil", t.I-1239; Borda, ob. cit., pág.160).

Distingue el art. 294 del Código Civil los actos de disposición de los conservatorios, disponiendo que estos últimos pueden ser otorgados indistintamente por el padre o por la madre.

Se vincula el acto conservatorio a lo que es urgente o ineludible para mantener en su integridad los bienes que componen un patrimonio, aquéllos que no se refieren a negociaciones de futuro o proyectos de administración a desarrollarse en el tiempo, sino que se agotan en su realización (Belluscio-Zannoni, ob. cit, pág. 843).

La actuación procesal de uno de los padres es un acto conservatorio de los bienes del menor y puede ser cumplida en

forma indistinta, pero de mediar un acto de disposición procesal deberá concurrir la voluntad coincidente del otro progenitor o, en su caso, la supletoria del juez.

En este sentido, la jurisprudencia es coincidente en afirmar que cabe admitir la actuación procesal de uno solo de los padres en la acción por indemnización de daños y perjuicios que se habrían ocasionado al menor por un hecho ilícito, pues la representación de la madre en la secuela regular del proceso se encuadra en las previsiones contenidas respecto de los actos conservatorios de los bienes del menor, sin perjuicio de advertir que para cualquier acto de disposición procesal sobre los mismos deberá concurrir la voluntad del padre (Cám. Nac. Civ., Sala E, E.D. 149-518; Sala F, L.L. 1996-C-220; Cám. Civ. y Com. Morón, Sala I, 28/10/93, R.I. 462/93; Cám. Civ. y Com. Dolores, 17/9/98, R.S. 281/98; Cám. Civ. y Com. San Martín, 18/6/92, R. S. 471/92).

En todos los supuestos en que los padres actúan en representación de su prole, la calidad de parte en el proceso corresponde al menor y no a sus padres que actúan en su representación (Salas, op. cit., pág. 155; Novellino, ob.cit.).

Siendo que la representación procesal es una consecuencia del vínculo, se impone el interrogante si debe o no acreditárselo en la primera presentación. Al respecto la doctrina y la jurisprudencia están divididas.

Cuando la persona se presenta en juicio por un derecho que no le es propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar, con su primer escrito, los

documentos que acrediten el carácter que inviste. Así lo edita el párrafo primero del artículo 46 del código ritual.

Pero, a renglón seguido, agrega la norma que los padres que comparezcan en representación del hijo no tendrán la obligación de presentar las partidas, salvo que el juez, de oficio o a pedido de parte, lo disponga.

Esta excepción al principio general, lejos de beneficiar al menor lo perjudica porque da lugar a planteos o incidencias que alongarán el proceso inútilmente, por lo que es aconsejable justificar el vínculo en la primera presentación (arts. 79 y 80 del C.C.), por razones de economía procesal (art. 34, 5° "e" C.P.C.C.), y porque el interés superior del menor ha de presidir toda esta materia (art. 18-1 Convención sobre los derechos del niño; Borda, ob. cit., pág. 161).