



El Ministerio Público: la Representación Promiscua de Niñas, Niños y Adolescentes

DRA. SILVIA CHEMES | Defensora General del Distrito Judicial N° 19, Esperanza (SF).

myf

240





Introducción

La representación procesal de los niños y /o adolescentes por parte del Ministerio Público es un tema que abarca los nuevos conceptos de la normativa del flamante Código Civil. La intervención que vamos a analizar deberá involucrar normas del derecho constitucional, del derecho internacional, y sobre todo trabajar sobre la protección del niño y el derecho de defensa atendiendo a su capacidad progresiva. Preguntarse por una nueva naturaleza y funciones del Defensor, y una representación promiscua diferente con una mirada ya no encausada en las normas jurídicas que limitan su accionar.

En primer lugar he de destacar que nuestra nueva normativa mantiene los ya antiguos medios para suplir la incapacidad, que son la representación y la asistencia. En la primera se prescinde absolutamente de la voluntad de sujeto, atribuyendo la totalidad del poder de acción al representante. En la asistencia se recurre a dos voluntades, la del incapaz y la del asistente.

El incapaz cuenta con el representante que la ley le ha procurado, cubriéndolo el Código de protección. Por otra parte el niño víctima goza de múltiples derechos exigibles en diferentes ámbitos. El derecho de defensa y la representación promiscua acompañan al niño en un amplio abanico de situaciones



que exceden el marco de lo judicial y que van desde efectivizar la asistencia social en un servicio de salud hasta la psicológica producto de una violencia familiar.

El derecho de defensa del niño se ha planteado en distinto ámbitos frente a vulneraciones en su integridad física y psíquica, de allí el resguardo consagrado en la Constitución Nacional, art. 75 inc. 22 quien coloca a la Convención de los Derechos del Niño en su jerarquía al igual que lo hace la ley 26.061.

La Convención sobre los Derechos del Niño regula esa defensa del niño a partir –sobre todo– de lo normado en el art. 12 y concordantes y lo dispuesto en el art. 40 de la Convención. Las Directrices de Riad y las Reglas de Beijing, son un importante cuerpo de leyes que reconocen los derechos específicos de los menores en el proceso garantizando las normas básicas de representación. En lo relativo al interés superior del niño el art. 12 de la Convención sobre el Derecho del Niño a ser escuchado asume gran identidad, y todo el ar-

ticulado en si propugna la defensa del niño ejercida por sus representantes, por sí mismo con asistencia letrada y la presencia del Ministerio Público.

La Representación Promiscua

El art. 59 del C. Civil establece: «A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.»

Así el Código dispone para los incapaces una representación dual, la representación necesaria y la paralela representación promiscua del Ministerio Público, a través de una rama específica del mismo: el Ministerio de Menores. Es su intervención esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, cau-

sando su ausencia de nulidad.

Naturaleza y funciones:

El Código le ha dado una intervención de asistencia y control en todos los casos que existan menores, incapaces o ausentes.

El Ministerio de Menores es una rama específica del Ministerio Público, destinada a la protección y representación promiscua de todos los incapaces.

El término «representación promiscua» se utiliza para denotar que la actuación del Ministerio de Menores es conjunta con la de los representantes necesarios y no excluyente. (Busso)¹

Como se ha sostenido, la representación legal de los incapaces se estructura con un espíritu tuitivo y dicho aserto encuentra su máxima expresión con la implementación por nuestro sistema legal de un organismo perteneciente a la esfera del Poder Judicial, el que sin contar con potestad jurisdiccional, es llamado para concretar acciones de

controlador y resguardo del menor como incapaz de obrar.

Las funciones del Defensor:

Los Defensores, llevan a cabo una trascendente tarea tanto en la esfera de lo judicial como de lo extrajudicial. Así, como criterio general, encarna la voluntad de la ley de deparar a los incapaces una asistencia controlada por el Poder Público.²

Highton considera que el alcance de las funciones de asistencia y control del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota en la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz, al ser que en determinadas circunstancias, cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, el Asesor de Menores, será representante directo.³

La jurisprudencia ha dicho que: «La intervención del asesor de menores debe conjugar los derechos inherentes a la persona y los intereses de los incapa-

ces con la observancia de las leyes y del orden público, como una de las finalidades del ordenamiento jurídico; y si bien protege el interés particular de los individuos aisladamente considerados, representa en definitiva la suma de los intereses de la colectividad.» Como lo expresa Fernando H. Castro Mitarotonda en su publicación «cuando el asesor letrado actúa como representante promiscuo de los incapaces, su intervención debe ser considerada como la actuación de un órgano jurisdiccional llamado a asegurar la justicia, y por eso su misión no es defender a todo trance los intereses de los incapaces, sino velar por la recta aplicación de las leyes y vigilar en todo momento que sus intereses estén garantizados en lo que ellos tengan de legítimo».⁴

La s.c.B.A ha sostenido «... 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 carácter de representante promiscuo y de parte legíti-

ma y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo penal de nulidad». Se dijo también que «en todo supuesto judicial o 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.»⁵

El Ministerio Público de Menores interviene en representación de un niño en particular de manera complementaria con los padres o el tutor, o de manera autónoma por omisión o defecto en la representación ejercida por los padres o el tutor. Pero además, tiene la representación de todas las personas menores de edad, con legitimación suficiente para iniciar acciones en resguardo de derechos de incidencia colectiva de los niños.⁶

El artículo 145 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe establece que, además de las funciones que les acuerden otras leyes, les compete a los Defensores Generales 1) Intervenir en los asuntos judiciales y extrajudiciales que se relacionen con la persona o intereses de menores, incapaces, ausentes o pobres, a fin de asumir la defensa de sus derechos en todas las instancias. La representación de pobres que ejercen los Defensores Generales se acredita mediante carta-poder, que se otorga ante cualquier secretario. El deber de patrocinar a los pobres está subordinado a la procedencia o conveniencia de la pretensión, la que es apreciada por los defensores atendiendo a la prueba disponible. Pueden tomar los recaudos que estimen convenientes para que los pobres demuestren su condición. El patrocinio tiene, sin otro requisito, los mismos efectos que la declaración judicial de pobreza; 2) actuar como conciliadores; 3) intervenir ante el fuero civil, comercial y del trabajo, como parte esencial en todos los asuntos contenciosos o voluntarios que se relacionen

con menores, incapaces o ausentes; 4) fiscalizar la conducta de los representantes legales de menores, incapaces o ausentes, sobre la conservación de los bienes de éstos, por intermedio del Ministerio Pupilar; 5) Tomar las medidas necesarias para proveer de representación legal a quien no la tiene; 6) intervenir como parte esencial en los procesos penales donde haya menores o incapaces cuyos representantes legales sean querellantes o querellados, demandantes o demandados, por delitos cometidos contra la persona o bienes de sus representados; 7) asumir la defensa penal de los imputados cuando sean designados por el presidente del tribunal o por el juez de la causa; 8) intervenir en lo relativo al régimen de menores regulado por leyes nacionales; 9) agotar los recursos legales contra las resoluciones adversas a sus representados, consintiéndolas solamente cuando juzgan perjudicial la prosecución de la causa, y oponerse a las demandas deducidas por los representantes de los incapaces, cuando la estimen inconsistentes, inconvenientes o lesivas a sus intereses; 10) for-

mular reserva de derechos y deducir recursos, aunque medie consentimiento o allanamiento de los representantes legales, en todas las demandas incoadas contra menores, incapaces o ausentes; 11) concurrir mensualmente a los institutos de detención y penitenciarios en que se alojen sus defendidos, para informarles sobre el estado de sus causas; 12) Tomar conocimiento personal y directo de sus defendidos, antes de la defensa en el plenario. Cuando aquellos se hallan excarcelados, procurarán citarlos para que concurran a la defensoría a los efectos previstos en el párrafo anterior; 13) inspeccionar los establecimientos públicos y privados destinados a la internación de incapaces y solicitar medidas para su buen trato y asistencia; 14) llamar y hacer comparecer a sus despachos a cualquier persona cuando sea necesario para el desempeño de su ministerio. Asimismo, dirigirse a cualquier autoridad o institución privada, requiriendo informes o solicitando medidas de interés para menores, incapaces o ausentes; 15) requerir de los registros y oficinas públicos, sin car-

go, copias de instrumentos y las actuaciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones, suministrando los datos pertinentes; 16) solicitar medidas cautelares sin necesidad de constituir fianzas, en los casos en que la parte actúa con su patrocinio o representación; 17) percibir del adversario condenado en costas los honorarios regulados judicialmente en todo asunto en el que no ejerza representación promiscua; 18) ejercer en lo pertinente las funciones asignadas por la ley a los asesores de menores, en las sedes donde éstos no tienen su asiento; 19) cumplir con las diligencias que les encomiendan la Corte Suprema, el Procurador General y los defensores Generales de las Cámaras de Apelación; 20) ejercer las funciones de autoridad remitente e institución, intermediaria en relación a la Ley Nacional 17.156.⁷

Por su parte, los artículos 491, 492 y 493 del antiguo Código Civil, determinan funciones específicas del Defensor Oficial de menores. De esta forma el 491 establece que, deberá pedir el nombramiento de tutores o curadores

de los menores o incapaces que no los tengan; y aun antes de ser éstos nombrados, los habilita a pedir también, de ser necesario, que se aseguren los bienes, y se pongan los menores o incapaces en una casa decente. Asimismo el artículo 492 reza «El nombramiento de tutores y curadores, como el discernimiento de la tutela y curatela, debe hacerse con conocimiento del defensor de menores, quien podrá deducir la oposición que encuentre justa, por no convenir los tutores o curadores al gobierno de la persona y bienes de os menores o incapaces». El artículo siguiente ordena al Ministerio de Menores, intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores, como así también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores e incapaces, y en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores, cuando éstos no lo hiciesen y pedir la remoción de los mismos por su mala administración, como así también, ejecutar todos los actos que correspondan

al cuidado que le encarga la ley, y velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces.

Sanciones de Nulidad

La omisión de la intervención: La omisión de la intervención del Ministerio de Menores, como así también una participación insuficiente o extemporánea, constituyen una vulneración del régimen de representación promiscua establecido por ley, de la misma forma que, determina la inobservancia del sistema protectorio organizado por nuestro derecho en el cual dicha representación constituye una de sus trascendentes manifestaciones. Los efectos de la falta de intervención debida son claramente establecidos en los artículos 59 y 494 del Código Civil, que establecen la nulidad de lo actuado. Esta nulidad que determina la ley, es relativa y por lo tanto subsanable.⁸

Criterio de actuación del Defensor

Es función del Ministerio de Menores

emitir sus dictámenes conforme a derecho y no defender la postura más favorable a su representado. Por lo tanto, el asesor de incapaces debe dar en su dictamen la opinión más justa, independientemente de que convenga o no a los intereses del asistido, ya que como rama del Ministerio Público, es su misión velar por la observancia de la ley, al ser que representa los intereses de toda la comunidad, más allá de su función específica de asistencia de los incapaces. Por ello, cuando existan dos incapaces con intereses contrapuestos, no es necesaria la intervención de dos asesores de menores.

Aún cuando los dictámenes del asesor de incapaces son indispensables en forma previa a decidir cualquier cuestión en que estén en juego los intereses de los incapaces, no son vinculantes; por lo tanto el juez debe fallar conforme a derecho, independientemente de que la decisión que estime apropiada coincida o no con el dictamen emitido por la rama pupilar del Ministerio Público.

La jurisprudencia ha dicho que, el Ministerio de Menores, si bien protege el interés particular de los individuos aisladamente considerados, representa en definitiva la suma de los intereses de la colectividad; en consecuencia, cuando la pretensión del incapaz fuera injusta, el asesor faltaría a su deber propiciándola, porque contraría el verdadero interés del incapaz, que no es su prosperidad patrimonial sino su conformidad con la justicia.

Comparación con el abogado del niño

La actuación del Defensor de Menores, no debe confundirse con la del abogado del niño.

Como es sabido, la participación de una persona en un proceso puede llevarse a cabo a través de la autodefensa o por medio de una defensa técnica. Si un adulto necesita asesoramiento técnico, con mayor razón será imprescindible cuando la persona es menor de edad y se encuentra en situación de

vulnerabilidad. De allí, la necesidad de asociar el tema del derecho a participar en el procedimiento a la necesidad de ser informado y asesorado por un técnico en la materia.⁹ Se debe reconocer el derecho de los niños víctima, a tener un profesional que le brinde y le provea todo lo que la ley prevé para la defensa de sus derechos. La figura del abogado del niño, es relativamente nueva en nuestro país y ha comenzado a abrirse camino en doctrina y jurisprudencia, le ha dado gran impulso la sanción de la ley 26.061 que expresamente le reconoce entidad legal en su art. 27 y en su decreto reglamentario. El legislador, ha tenido la intención de que el menor participe en el proceso en el que se encuentran afectados sus derechos, cualquiera fuera su edad, con la asistencia técnica de un abogado especializado.

El profesional interviniente debe tener siempre en mira, actuar y asesorar al niño para lograr la defensa de sus derechos y que siempre se tenga en cuenta su interés superior.

Con relación al sistema de selección y designación del abogado del niño, la ley 26.061, art. 27, inc. C) y su decreto reglamentario, nos dan las pautas que deben seguirse, y al ser esta selección fundamental para el menor, no debe ser autoritaria. La capacidad de los niños, niñas y adolescentes, es un eje central en este punto, y ya existe jurisprudencia que alude al límite de 14 años como frontera de discernimiento. De todas maneras para resolver estas cuestiones, no debemos separarnos de lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuestión de la Capacidad Progresiva, debiendo siempre resolverse sobre el caso concreto, al ser que cada niño es una persona única e individual cuya capacidad de entender en las distintas esferas de su vida irá progresando de manera también única, individual e irrepetible.¹⁰ En el mismo sentido, la Defensoría Oficial de la Nación, en resolución N° 1234/06 expresó que resultaría contrario al principio de capacidad progresiva, supeditar su aplicación a edades cronológicas determinadas, sin atender al discernimiento

del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo. En la misma resolución la Defensoría determina que la figura del abogado del niño no será rigurosamente indispensable en todo proceso que lo involucre, pues la naturaleza del litigio podría no ameritar tal designación, en la medida en que se haya cumplido con el requisito de oír al niño. Sin perjuicio de esto, en aquellos casos en los que el juez advierta la complejidad del asunto o la existencia de intereses contrapuestos, tiene en sus manos designarle un letrado, y la omisión de éste recaudo, podrá provocar la nulidad de las actuaciones.¹¹

Por otro lado, el artículo 59 del Código Civil establece que: «Además de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena

de nulidad de todo acto o de todo juicio que hubiere lugar sin su participación». A partir de ello, se deduce que el Defensor Público de Menores e Incapaces no hace defensa técnica como el abogado del niño, sino que ejerce la representación promiscua como parte de buena fe, que generalmente es complementaria a la de los representantes legales de niñas, niños y adolescentes. De esta forma, la figura del «abogado del niño» incorporada por la ley antes mencionada, no deroga la figura del Asesor o Defensor de Menores, sino que se puede observar la voluntad del legislador de crear una nueva figura, diferente a la del Defensor y con distinto ámbito de aplicación, al ser que, la intervención del defensor de menores, se desarrolla en pronunciamientos conforme a derecho; no necesariamente es quien lleva la voz del niño al proceso, incluso muchas veces contrariando la posición del niño.¹²

En conclusión, el abogado del niño, debería ser quien acompaña, asiste o representa al niño, mientras que el Ministerio de Menores, es quien defiende

los intereses del Estado. Así pues, la figura del Defensor de Menores y la del Abogado del niño, conviven, sus funciones son totalmente distintas y, debe intentarse que ambas figuras constituyan un plus de defensa a la infancia.

La normativa del art. 103 del Nuevo plexo Normativo

El artículo 103 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, reza: «La actuación del Ministerio Público respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal».

- Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.
- Es principal:
- Cuando los derechos de los represen-

tados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;

- Cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;
- Cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

El Código comienza por determinar quiénes son los sujetos respecto de los cuales debe actuar el Ministerio Público. Dispone en la primera parte que la actuación del Ministerio Público en el ámbito judicial puede ser de dos formas: la complementaria o conjunta con los padres y/o los tutores y curadores (en el caso de los procesos en que se encuentren involucrados intereses de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida), y la principal (cuando se encuentren com-

prometidos los derechos de los representados y haya inacción de sus representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; cuando las personas menores de edad incapaces y con capacidad restringida carecen de representante legal y es necesario proveer la representación).

En los casos en los que el Ministerio Público actúa en forma complementaria, la falta de intervención de dicho Ministerio Público causa la nulidad relativa del acto. Es decir que los actos realizados en el ámbito del proceso judicial sin la intervención de dicho magistrado pueden ser confirmados. El Código establece la actuación extrajudicial del Ministerio Público en caso de encontrarse comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida ante la ausencia, carencia o inacción de sus representantes legales.¹³

Una nueva naturaleza en su intervención

El impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución Nacional por el artículo 75, inciso 22, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley de Salud Mental, exigen un nuevo análisis de la institución protectoria y representativa que el Código regula en su artículo 103. Con relación a los niños, niñas y adolescentes, la Convención sobre los Derechos del Niño trajo aparejado un rol más democrático y participativo de aquéllos, en todos los asuntos que les conciernen. En este mismo sentido, la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que «Los niños no deben ser considerados 'objetos de protección segregativa' sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de de-

rechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...».

Podemos observar que en la nueva normativa del Código, se han receptado principios constitucionales, como el de «capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes», cuya consecuencia es otro principio: «a mayor autonomía, menor representación», el principio de interdisciplinariedad que surge de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de la ley de Salud Mental y del art. 31, inciso d, del código. El principio de participación de los niños/as de acuerdo a su edad y grado de madurez y de las personas mayores con capacidad restringida en todos los procesos que les arañen y su derecho a ser oídos, y también por el juez. El derecho a estar informada de la persona con capacidad restringida (art. 31, inc. d del Código). El derecho a participar en el proceso judicial de restricción y declaración de incapacidad con asistencia letrada (art. 31, inc. e, del Código).

Actualmente las leyes y en especial la 26.061 se refieren a la «participación activa» del niño, su «defensa activa», la figura de un «abogado del niño», la articulación del Ministerio Público con «las defensorías zonales», la creación de las «oficinas de promoción de derechos», la creación de los «centros de protección de derechos», los «servicios locales», los «servicios zonales». Se suman a la escena de la infancia una cantidad innumerable de actores, que hasta ahora estaban unificados en las figuras del juez y del Ministerio Público, por lo que los cambios en la actuación e intervención se imponen y el Ministerio Público una salvaguarda de todos ellos en el marco del proceso.

Toda la normativa legal, indica que la actuación del Ministerio Público debe acomodarse en la actuación judicial a todos los lineamientos reseñados, debe considerar el interés superior del niño en concreto (conf. Art. 1° del Código Civil) e intervenir en cada ámbito de su competencia y por la representación que le cabe.¹⁴

Actuación judicial complementaria del Ministerio Público

La intervención del Ministerio Público es representativa, de orden legal, de carácter necesario, es de control en el ámbito judicial para el ejercicio de la responsabilidad parental, y en el caso de los supuestos contemplados en el inciso a, resulta complementaria a la actuación de los representantes legales individuales.

En los casos en que la actuación del Ministerio Público es complementaria, la representación legal de las personas menores de edad, las personas declaradas incapaces y aquellas con capacidad restringida y apoyos para el ejercicio de su capacidad con representación, se integra y complementa con la otra que ejerce el Ministerio Público en todos aquellos actos, gestiones, juicios en los que se encuentren involucrados los intereses de los representados, bajo sanción de nulidad de los actos que se hubieren realizado sin su intervención. Esta nulidad es de carácter relati-

vo y que puede ser confirmada. De haberse realizado actos disvaliosos para los intereses del niño y habiéndoles causado perjuicios la omisiva de intervención, la nulidad debe ser invocada por el Ministerio Público ya que representa al perjudicado y es para proteger al menor, que se han establecido las nulidades como sanción. Por lo tanto, la representación que ejerce el Ministerio Público, es complementaria a la de los padres, tutores, guardadores o curadores o apoyos de las personas con capacidad restringida con facultades representativas.

Actuación judicial principal

En los casos que enumera el inciso b del artículo 103, «cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes», la actuación autónoma se impone; «cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes». En conclusión, la actuación principal o autónoma, se debe cuando la representación

necesaria (padres, tutores, guardadores, curadores, apoyos con facultad representativa) no ampara los derechos de la persona o los bienes del representado, por inacción, exceso o defecto de la intervención, y dicha actuación puede resultar contraria a las peticiones de los representantes legales y debe ser oído el representado en estas situaciones de conflicto; «cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación», el Ministerio Público debe solicitar al Juez la urgente designación de representante necesario para hacer cesar el estado de indefensión de la persona vulnerable. El artículo 33 del Código Civil legitima al Ministerio para promover las acciones de restricción a la capacidad del sujeto y declaración de incapacidad. Por último, conforme a la modificación introducida en la etapa legislativa, es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial de la sentencia declarativa e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado.

El Ministerio Público como órgano

constitucional (art. 120 CN) es el representante para la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de las personas declaradas incapaces del art. 32 segunda parte del Código, con capacidad restringida (art. 32, primera parte del Código) y de los inhabilitados hasta el momento de la sentencia, salvo que posteriormente exista conflicto judicial entre los sistemas de apoyos para la toma de decisiones y la persona inhabilitada.

Actuación extrajudicial

El artículo 103 en su última parte, reconoce explícitamente legitimación al Ministerio Público para que actúe ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales cuando estén comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de los menores.

Al decir de Plovovich, «...es alentadora y promisoría la preocupación del legislador para conseguir la real efectividad de los derechos humanos, dentro

de los cuales se encuentran precisamente los mencionados en este párrafo, pero no resulta clara la formulación del texto. Si a lo que se aspira es a lograr efectividad en la protección de los derechos económicos sociales, la actuación del Ministerio Público debió ser prevista en forma amplia, en lo judicial y/o extrajudicial; la mayoría de los antecedentes de intervención de la representación promiscua es por vía judicial, mediante la interposición de recursos de amparo en resguardo de la salud, la vivienda, la educación de los menores. Si lo que se intenta es reforzar la protección y se facultó al Ministerio Público a efectuar reclamos ante los órganos administrativos en representación del menor, cuando sus representantes legales no lo hicieren, debió decirse de modo explícito.

Los derechos económicos sociales, llamados de la segunda generación, como el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, se perciben por la mayoría de los individuos como valores inalienables del ser humano. Se caracterizan por la presencia de obligaciones

de hacer o de dar por parte del Estado. La Constitución argentina sanciona de manera expresa, en su parte dogmática, la protección de los derechos laborales individuales y colectivos, el derecho a obtener los beneficios de la seguridad social, la protección integral de la familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna (art. 14 bis CN) y otorga jerarquía constitucional, entre otros, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales. Pese a que tiene reconocimiento constitucional de modo explícito, durante largo tiempo en doctrina se establecieron diferencias entre unos y otros, debatiéndose si estos últimos constituían verdaderos derechos o sólo obligaciones morales. Luego de la nueva Constitución Nacional de 1994 y la incorporación de tratados, cambia la mirada de sólo la protección de los derechos humanos y el Estado asume la obligación de garantizar su cumplimiento y articular mecanismos adecuados para preservarlos y hacerlos compatibles con los condicionamientos económicos y patrimoniales cuando han de concretarse

en la interacción social. En esta materia no es posible admitir un doble estándar: no se puede, por un lado, afirmar que hay que cumplir inexcusablemente la obligación cuando se enuncia en un pacto o convención y por otro lado, que hay obligaciones que constituyen una mera obligación moral.¹⁵

Los menores se encuentran entre las personas en situación de vulnerabilidad y en numerosas ocasiones ven afectados derechos de esta categoría, ya sea vivienda, salud, educación, y los representantes legales se encuentran en situación de carencia material o cultural, desconocen cuáles son los organismos a los cuáles recurrir en busca de ayuda o, lo que es peor, desconocen que son derechos exigibles por parte de sus representados, o aceptan como normales situaciones que son irregulares, como es proveerse de agua que no reúne las condiciones sanitarias, concurrir a recibir educación en lugares que no son acordes a la prestación del servicio, etc. De allí que el art. 103 en su parte final, se acupe de respetar, proteger, garantizar, promover estos

derechos y pone en cabeza del Ministerio Público la obligación de actuar en representación de los menores.

Conclusión

Podemos decir que el Código modifica el concepto de «representación promiscua» que establecía el Código derogado con relación a la intervención del Ministerio Público y promueve las intervenciones en general para el ámbito judicial. Mantiene como garantía de protección para las personas que lo necesitan la doble representación, la de los padres, tutores, guardadores, curadores o apoyos para la toma de decisiones con facultad representativa y la del Ministerio Público, a la cual denomina complementaria o autónoma según el caso en el proceso judicial. La norma sistematiza y determina las intervenciones judiciales para cada caso y por ende sujeta el carácter de la intervención a los criterios de actuación y procedimiento desarrollados en las otras instituciones tuitivas impregnadas para sus expresiones de los es-

tándares internacionales de derechos humanos, a saber; reconocimiento de la capacidad progresiva, escuchar al niño, interdisciplinariedad, participación activa de las personas que requieren su representación en los procesos judiciales, la posibilidad de designar el propio adolescente un abogado para que lo asista. Considerando el cambio de paradigmas, los sistemas tuitivos de protección se han humanizado. Explícitamente se reconoce también, la actuación extrajudicial del Ministerio Público, ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales y siempre y cuando estén comprendidos los derechos económicos, sociales y culturales de los incapaces.¹⁶

Por su parte, la Procuración General de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en la Instrucción General Número 2, emitida en fecha 20.03.2015, expresó en sus considerandos: «...que a fin de evitar violaciones a los derechos de niñas, niños y adolescentes en las órdenes de desalojo y lanzamiento, atendiendo a las normas de derecho internacional

de derechos humanos y teniendo en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de los Derechos del Niño, los derechos a un nivel de vida adecuado y a una vivienda digna a garantizar a niñas, niños y adolescentes que están previstos constitucionalmente en el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional y previstos en nuestra legislación interna (ley Nacional N° 26.061 y ley Provincia N° 12967) y además en el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño, dispone que: los Defensores Generales de la Provincia concurren a los desalojos ordenados judicialmente cuando se refieran a núcleos familiares que tengan a su cargo niñas, niños o adolescentes, con el objeto de arbitrar los mecanismos conducentes a la protección del interés superior de ellas y ellos, garantizándose su derecho a ser oído, bregado por su derecho a una vivienda digna, a la convivencia familiar y a un nivel de vida adecuado. Que deberán peticionar a los jueces com-

petentes que tengan que tomar decisiones referentes al lanzamiento de un inmueble ocupado por menores de 18 años que dicha medida les sea notificada a fin de posibilitar su concurrencia a las mismas; deberán garantizar previamente los mecanismos de emergencias consistentes en el alojamiento alternativo provisorio para dichas personas y su grupo familiar e interceder ante los organismos estatales a fin de que éstos arbitren las políticas de vivienda y hábitat tanto a nivel provincial, municipal o comunal.

De esta forma, se abre un nuevo paradigma que indudablemente se refuerza con la incorporación de tratados y convenciones ya enunciados que genera para el estado la obligación de procurar su cumplimiento y articular mecanismos adecuados para garantizar las condiciones económicas y patrimoniales del individuo. Los menores se encuentran entre las personas en situación de vulnerabilidad y en numerosas situaciones ven afectados derechos a la vivienda salud, educación. Los representantes legales generalmente des-

conocen cuales son los organismos y derechos exigibles para sus representados. De allí que el art 103 en su parte final se ocupe de respetar, proteger, garantizar y promover estos derechos y poner en cabeza del Ministerio Público la obligación de actuar en representación de los menores.

El camino del Defensor - Figura rigurosamente indispensable

El camino del defensor lo traza la legislación internacional. La convención sobre los derechos del Niño –sin olvidar las Directrices del Riad y las Reglas de Beijing–, constituye el instrumento rector cuando existen intereses de niños, niñas y/o adolescentes.

Cambia el paradigma: el niño, sujeto de derechos: La Convención Internacional sobre los derechos del Niño , que ve al niño como sujeto de derecho, a diferencia de la anterior «doctrina de la situación irregular» que lo enfoca como un objeto de protección». El cumplimiento de la Convención implica, entonces, la necesidad de superar una vi-

sión de la infancia de principios de siglo, en la cual el objetivo de la intervención era tutelar-asistencial y asegurar la existencia de una administración de justicia que garantice el respeto a los derechos del niño y el cumplimiento de las obligaciones por parte de todas las personas e instituciones.

Por ello la mera lógica formal con que se aplica el derecho en la mayor parte de los pleitos no alcanza cuando se trata de decidir cuestiones de menores. «Es que la característica distintiva de la decisión judicial en esta materia radica en hacer un juicio sobre lo que pueda acontecer en el futuro de este menor de acuerdo a su superior interés, reconociéndolo así como lo que es: un sujeto de derecho en orden a la formación integral de cada uno y no un objeto de medidas judiciales o de otra naturaleza (art. 3 y 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La perspectiva de esta situación obliga al funcionario Defensor o Ministerio Público a intervenir dentro de la nueva mirada, siendo la Convención la que

opera como un ordenador de las relaciones del niño, y su plexo normativa es el instrumento jurídico útil que deberá quien tiene la actuación en sus manos darle aplicación y vigencia como parte del Derecho Argentino. ■

CITAS

¹RIVERA, JULIO CÉSAR, *Código Civil Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, art. 59 C. Civil, pág. 255.

²CASTRO MITAROTONDA, FERNANDO H. *El Menor en Juicio y el art. 59 del Código Civil*, UNLP 2008-38,90.

³HIGHTON, ELENA, «Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la Asistencia y Control», *La Ley*, 1978-B,904.

⁴CNCIV., Sala G, 22.6.89, ED, 135-718.

⁵S.C.B.A. Causas Ac. 41.005, sentencia del 27.2.1990.

⁶MORENO, GUSTAVO DANIEL, «La Participación del Niño en los Procesos a través del abogado del niño», *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 35, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 56 y s.s.

⁷TRUJILLO, ANA MARÍA CARRERAS DE; *Ley Organica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Doctrina y Jurisprudencia*, Jorge

Peyrano-María Carolina Eguren, Ed. Nova Tesis, Tomo II, pág. 99 art. 145 y siguientes.

⁸RIVERA, JULIO CÉSAR. *Código Civil Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, art. 59 C. Civil, pág. 256.

⁹MINYERSK NELLY, *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia, Una Mirada crítica y contemporánea*, Ed. Infojus; *Derecho a la defensa de niñas, niños y adolescentes víctimas, Figura del Abogado del Niño*, pág. 95.

¹⁰Ob. Cit.

¹¹Ob. Cit.

¹²Ob. Cit. Pág. 99.

¹³LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal - Culzoni, Tomo I, art. 103, pág. 452.

¹⁴Ob. Cit.

¹⁵PLOVANICH, MARÍA C. *Derecho de Familia*, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N° 60, ed Abeledo Perrot, «La Representación de Niños, Niñas y Adolescentes:

Una mirada del Aspecto Patrimonial», pág. 18.

¹⁶LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal - Culzoni, Tomo I, art. 103, pág. 452.