

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE BUENOS AIRES

MAESTRÍA EN DERECHO

“TRABAJO FINAL DE DERECHO APLICADO”

“El acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales. Un abordaje desde la defensa pública y el alcance de la legitimación de los Defensores Públicos Oficiales”

Alumna: Nadia Bárbara Carolina Vega

DNI 29.098.975

Director: Gustavo Calvino

Presentación: Año 2023

“–Nadie los culpa – dijo Emily,
con suavidad...

–No, pero, por otra parte, si nadie los salva, es lo mismo que culparlos, ¿no? ¿no es así?
– repitió dirigiéndose a mí...”

“Memorias de una superviviente” Doris Lessing

Resumen

El objetivo de este trabajo se centrará en el análisis de las distintas funciones de la defensa pública como garantía de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes, en lo que respecta a sus derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido buscaremos avanzar hacia la competencia y la legitimación de los Defensores Públicos Oficiales con relación a la representación judicial y extrajudicial, de las personas menores de edad. Arribados a ese punto, intentaremos responder los siguientes interrogantes de investigación ¿Los Defensores Públicos Oficiales tienen legitimación para iniciar de manera autónoma acciones judiciales en representación de las personas menores de edad? En ese mismo sendero intentaremos responder una segunda pregunta ¿Requieren del consentimiento o posterior ratificación de sus padres?

Finalmente, se contrastarán las respuestas obtenidas con la aplicación e interpretación jurisprudencial.

Para ello, se describirán los diferentes tipos de intervención que poseen los defensores públicos oficiales en materia no penal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional, por la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa Nro. 27149 (en adelante LOMPD) y por el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN). Dicho estudio se complementará con el ordenamiento nacional e internacional de protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Todo ello, sin desatender la realidad social y económica de nuestro país en la que comienza a visualizarse con mayor fuerza el nuevo paradigma de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En este nuevo modelo de tutela jurídica, el Estado debe garantizar, entre otros derechos, el derecho de acceso a la justicia de aquellos, su derecho a ser oídos, a participar en todos los procesos o procedimientos en los que se encuentren involucrados sus derechos e intereses. Esto último, claro está, teniendo como eje, la edad y el grado de madurez de cada niño, niña o adolescente.

A lo largo de este recorrido analizaré algunos precedentes jurisprudenciales que han ido delineando el modo de intervención del Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

Tal como se señalará más adelante, la situación de vulnerabilidad agravada en la que se encuentra un sector importante de nuestra sociedad hace necesario comprender que la actuación de la defensa pública, se presenta (en numerosos casos) como el modo más eficaz para garantizar el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA). Sobre todo, aquellos que viven en una realidad marcada por necesidades estructurales.

La finalidad de este trabajo es profundizar los alcances de la defensa pública de modo de contribuir al estudio sobre la intervención en el caso de NNyA. En este recorrido me parece importante reformular y repensar algunos conceptos e institutos que necesariamente deben amalgamarse al nuevo paradigma de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Los problemas y necesidades estructurales que padece una parte importante de la sociedad, junto a una creciente exclusión social nos obligan a replantearnos institutos del derecho de cara a las nuevas realidades que se presentan y que requieren el auxilio de los operadores del derecho. Entiendo que es importante visibilizar cuáles son los principales escollos con los que nos encontramos al estudiar el acceso a la justicia de los NNyA.

Mediante un informe realizado por el Relator Especial -Olivier De Schutter- de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, se ha advertido que “La igualdad de oportunidades está en el centro de nuestra concepción de una sociedad justa. Este ideal se basa en una simple convicción: ningún niño debe ser penalizado por haber nacido en la pobreza. Sin embargo, hoy está lejos de realizarse. Los niños que nacen pobres tienen muchas más posibilidades de seguir siéndolo en su vida adulta debido a una serie de mecanismos que perpetúan la pobreza de una generación a otra.”¹

En este sentido me focalizaré en los modos de intervención que tienen los defensores públicos oficiales de Menores e Incapaces, abordándolo desde una perspectiva protectoria de los derechos de los NNyA que garantice el acceso igualitario a la justicia a partir del análisis de las distintas normas que validan la actuación de aquellos. Todo ello sin perder el foco en los institutos procesales que se encuentran involucrados: competencia, acción, legitimación, parte procesal, representación.

¹ Olivier DE SCHUTTER, Informe sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, de conformidad con la resolución 44/13 del Consejo de Derechos Humanos, presentado por el Secretario General de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 19 de julio 2021 https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Relator%20Especial_Extrema%20pobreza%20y%20derechos%20humanos_informe_A.76.177_Oct2021_ESP.pdf (acceso junio 2023)

En lo que respecta al acceso a la justicia de los sectores más vulnerables de la sociedad, sin duda que la legitimación se presenta como uno de los temas centrales que se ha ido tratando desde el ordenamiento jurídico interno e internacional.

Introducción

Este proceso de investigación se funda en la progresiva y exponencial intervención de los Defensores Públicos Oficiales (en adelante DPO²), mediante el mecanismo de la actuación principal y autónoma para iniciar acciones judiciales en representación de personas menores de edad; y/o a través del mecanismo de actuación complementaria en aquellos procesos judiciales en los que se encuentran comprometidos los derechos, intereses o bienes de los NNyA.

Esas intervenciones no se encuentran exentas de inconvenientes, propios de la inadecuada comprensión de las funciones estatales que la LOMPD y el CCCN atribuyen a los DPO. Por ende, el estudio de la dinámica jurídica de esas intervenciones debe abarcar los principales institutos del derecho procesal que se encuentran vinculados (competencia, legitimación, representación, parte procesal, entre otros).

Cierto es que existen artículos puntuales que analizan problemas acotados de la función estatal de Defensa Pública. Sin embargo, no se centralizan en el alcance de las nuevas intervenciones que realizan los DPO en aquellos procesos donde se dilucidan materias no penales en lo que se halla comprometida la garantía de acceso a la justicia de los NNyA. Por otra parte, los Tribunales no tienen una posición uniforme sobre los alcances de la intervención de los DPO, a punto tal que existen pronunciamientos que cercenan su legitimación.

Entonces, debo resaltar que la función estatal de defensa pública es indispensable para afianzar la garantía de acceso a la justicia. Máxime cuando se encuentran comprometidos los derechos e intereses de los NNyA, vulnerables por su condición de menores de edad. En ese entendimiento, se ha destacado que “El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca

² Debo realizar una aclaración con relación al uso del género en el lenguaje. Si bien en muchas oportunidades me referiré a “Magistrados”, “Defensores”, los “DPO,” en todos los casos estaré aludiendo también a Magistradas y Defensoras. No he encontrado un recurso gramatical para neutralizar el género, sin llegar a realizar aclaraciones como “los/ las Magistrados/as” que entiendo, pueden llegar a hacer perder el foco del lector.

formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.”³

Existen diversos mecanismos jurídicos que fundan la función estatal de defensa pública. Por ello, y como primera medida, formularé una serie de apreciaciones respecto del diseño institucional del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, en función de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que justifican y direccionan su actuación. En segundo lugar, abordaré las funciones de los magistrados que lo integran, en forma entrelazada con el *corpus juris* de protección de derechos de los NNyA y con la garantía de acceso a la justicia. Ello con miras a evaluar si los DPO de Menores e Incapaces tienen legitimación para iniciar acciones judiciales de manera autónoma y en representación de los derechos de los NNyA.

Para arribar en dicho análisis de manera integral, profundizaré en el sistema de protección de derechos de las personas menores de edad y, en particular, en la garantía de acceso a la justicia como pilar fundamental para lograr la efectividad de esos derechos.

Aclaración preliminar.

Mi estudio se focaliza en la función atribuida a los DPO de Menores e Incapaces –cuyo ámbito de actuación se encuentra regulado para el ámbito nacional– y a los DPO federales en aquellos procesos no penales, donde se encuentran comprometidos los intereses y derechos de los NNyA que poseen referentes que ejercen la responsabilidad parental. Ello porque quienes carezcan de esos referentes, serán representados en sus derechos, intereses y/o en la protección de sus bienes a través del tutor designado judicialmente, o bien por el DPO Tutor (cf. art. 45 de la LOMPD). Mientras que las personas que tengan restringida la capacidad serán acreedoras de la representación legal de un tutor *ad litem* o, en su defecto, un DPO Curador (cf. art. 46 de la LOMPD).

³ Ministerio Público de la Defensa, Vol. que recopila las presentaciones del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas Buenos Aires, República Argentina 11, 12 y 13 de junio de 2008, Pág. 14, <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5264-defensa-publica-garantia-de-acceso-a-la-justicia> (acceso junio 2023)

CAPITULO I

1.1 Formulación del problema

En este trabajo se abordan los problemas puntuales vinculados a la actuación de los DPO: i) la legitimación de los DPO para iniciar acciones judiciales en representación de NNyA de manera autónoma; y ii) la intervención necesaria que establece la LOMPD en todos aquellos procesos en los que se encuentran involucrados derechos, intereses y bienes de los NNyA.

Ambos mecanismos de actuación tienen en miras –y encuentran su justificación– en la protección especial y agravada diseñada en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, que obliga a todas las autoridades estatales constituidas a entablar medidas de acción positiva en favor de los NNyA⁴. Este mandato se entrelaza –en los términos de los artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional– a los irreductibles lineamientos de protección diseñados en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que, incluso, abarca a la familia.

Ese sistema tuitivo se complementa con otras normas específicas de rango supra legal. Así, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PACADH) garantiza la implementación de medidas de protección agravada en favor del colectivo aludido y de la familia (cf. arts. 15 y 16). A su vez, las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁵ (Reglas de Brasilia) determina que todos los órganos del sistema de justicia deben garantizar especial tutela a los NNyA y la preeminencia de su interés superior (cf. Regla 5).

Respecto de las Reglas de Brasilia, se ha dicho que “Un primer punto para destacar es el reconocimiento, implícito en las Reglas, de que tanto el Poder Judicial, como el Ministerio Público y las Defensorías Públicas u Oficiales —y no sólo los poderes políticos— tienen responsabilidades en materia de acceso a la justicia de las personas y grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Esto, claro, no es novedoso en materia de derecho internacional de los derechos humanos, pero las Reglas merecen ser elogiadas por constituir un ejemplo de expresa asunción y toma de conciencia de la existencia de

⁴ Cf. doctrina de la CSJN, “Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Fallos 335:452, 24/04/2012, considerando 8.

⁵ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> (acceso junio 2023). Reglas a las que se ha adherido la CSJN mediante Acordada 5/2009.

esas obligaciones por parte de los operadores del sistema de Justicia, que se traduce en el establecimiento de lineamientos para su operacionalización concreta. El dato no es menor, si se tiene en cuenta que parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a violaciones a los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad imputables al Poder Judicial o al Ministerio Público.”⁶

Los diferentes sistemas jurídicos de vulnerabilidad apuntan a proteger, en forma específica, a los grupos más desfavorecidos para, de ese modo, coadyuvar al logro del bienestar general que cimienta nuestra Ley Fundamental. Esos sistemas rediseñan el principio de legalidad y afinan las obligaciones y responsabilidades de los órganos del sistema judicial (cf. arts. 1 y 19 de la Constitución Nacional). Así se justifica el crecimiento de las funciones e intervenciones de los DPO en los procesos judiciales en materia no penal. Ese crecimiento, a su vez, se encuentra supeditado al incremento de las situaciones de vulnerabilidad que atraviesan los grupos más desfavorables de la sociedad. Teniendo en miras el carril jurídico precipitado, en conjunto con la proyección de la conflictiva social que genera nuevas condiciones de vulnerabilidad o, sencillamente, las agrava (por recrudecerlas o alcanzar a sujetos que otrora no se encontraban inmersos en esa problemática), abordaré el problema identificado en primer término. Existen casos en los que los NNyA deben desenvolverse en contextos socio-familiares que amplifican la vulnerabilidad que los define. En estos casos, sucede que la insatisfacción de sus derechos elementales obedece a la inacción de sus representantes, pues su extrema vulnerabilidad social que los condiciona, les impide visualizar la posibilidad de implementar mecanismos jurídicos para mejorar las condiciones de desarrollo del niño, niña o adolescente. En otros supuestos, predomina la desconfianza del sistema de justicia y su real eficacia.

Frente a estos casos, no resulta jurídicamente aceptable sostener que el sistema solo ha diseñado un mecanismo de responsabilidades en cabeza de los representantes, que conlleve a mantener el estado de desprotección material de los NNyA. Entonces, es aquí donde los DPO de Menores e Incapaces tienen legitimación para iniciar autónomamente (cf. art. 19 de la Constitución Nacional), acciones judiciales en representación de los intereses del niño, niña o adolescente desprotegido. Sin embargo, se observa que los tribunales niegan la legitimación autónoma de los DPO bajo la invocación de institutos procesales que no son analizados adecuadamente, ni correlacionados con el ordenamiento jurídico tuitivo de los NNyA. Incluso, llegan a requerir la presentación de sus

⁶ Ministerio Público de la Defensa, “Vol. del III Congreso de la Asociación Interamericana...”, Federico Andreu GUZMÁN y Christian COURTIS “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, pág. 41/52.

representantes legales (padre/madre/tutor), o su posterior ratificación, para la prosecución del proceso. Desde otra arista, implementan una interpretación restrictiva de las funciones de los DPO, pues se enmarcan en la vieja concepción del Ministerio Público Tutelar en el ejercicio del llamado Patronato del Estado⁷, desconociendo de ese modo que han experimentado una reestructuración a raíz del nuevo paradigma de protección de los derechos humanos de las personas menores de edad.

Lo expuesto me lleva a referirme al problema identificado en segundo término. La intervención complementaria de los DPO se encuentra regulada en el artículo 43, inciso b), de la LOMPD y en el artículo 103 del CCCN. La misión fundante de este tipo de intervención reside en velar por la efectiva protección de los derechos, intereses y/o bienes de los NNyA en todo asunto que los afecte. Sin embargo, esa función estatal ha sido interpretada de tal modo que, en los hechos, ha convalidado un arbitrario recorte de la legitimación autónoma de los DPO, con teste con sus competencias funcionales, para iniciar acciones judiciales en representación de los derechos de NNyA.

La ponderación de esa porción de la fusión estatal de defensa pública debe realizarse desde el principio de legalidad –en su vertiente de vinculación positiva–, atendiendo a un doble frente vinculante. Ello se debe a que la actuación de los DPO se encuentra reglada, y debe cumplir los estándares y modos de actuación concebidos para asegurar una defensa pública eficaz y eficiente. Además, la protección integral de los NNyA adquiere estatus de principio constitucional que obliga a los DPO a escucharlos en términos reales, para así determinar el mejor modo de protección de sus derechos e intereses (cf. arts. 3.1 y 12 de la CDN). Ese contexto normativo, aunado a otras disposiciones de rango legislativo y reglamentario, debe ser escrutado para así determinar si a la luz de esas normas constitucionales, legales y reglamentarias, es válida la legitimación propiciada.

1.2 Objetivos generales y particulares

- Exponer las distintas intervenciones que poseen los DPO en los procesos judiciales en materia no penal (sea que se trate de una intervención complementaria en el proceso o bien principal).
- Analizar la normativa imperante en materia de intervención de la defensa pública de cara a la protección de los derechos de los NNyA.
- Exponer la situación de vulnerabilidad agravada que atraviesan los NNyA en contextos desfavorables (sociales, económicos y/o culturales).

⁷ En el ámbito nacional, el proceso tutelar se regía por la Ley 10903, derogada por la Ley 26061.

- Desarrollar las garantías procesales reconocidas en el nuevo paradigma de protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia.
- Diferenciar las causas que pueden motivar la intervención de varios integrantes de la Defensa Pública en un proceso determinado.
- Exponer situaciones en las que puedan existir conflicto de intereses entre los representantes legales y los NNyA.
- En particular, tomar los casos en los que los DPO deben iniciar acciones judiciales en defensa de los derechos de los NNyA para analizar la legitimación autónoma que tienen aquellos.
- Demostrar que la extrema vulnerabilidad en la que se encuentran determinados sectores de la sociedad conlleva la necesaria intervención de los DPO a fin de garantizar y proteger los derechos de NNyA.
- Demostrar que los institutos procesales involucrados no se encuentran en tensión.
- Plantear supuestos en los que sean los adolescentes los que requieran la asistencia técnica de la defensa pública.
- Demostrar que la legitimación que se analiza busca asegurar el acceso a la justicia y el derecho de defensa de los NNyA, de conformidad con el ordenamiento nacional e internacional de protección de los derechos humanos.

1.3 Preguntas de la Investigación

- ¿Cuál es el alcance de la legitimación de los DPO en materia no penal?
- ¿Por qué es necesario analizar la legitimación de los Defensores Públicos Oficiales y afirmar que poseen legitimación autónoma para intervenir en defensa de derechos de NNyA?
- ¿Cuáles son los principales problemas que se presentan en estos casos? ¿Cuáles serían las consecuencias de este proceder? ¿Qué institutos del derecho procesal o de la familia podría afectar?
- ¿Cuáles son los criterios expuestos por los diversos tribunales en oportunidad de resolver planteos de falta de legitimación activa de los DPO para iniciar procesos de manera autónoma?
- ¿La intervención complementaria del art. 43 inc. b) de la LOMPD y art. 103 CCCN significa que los DPO sólo pueden actuar en defensa de los derechos de los NNyA cuando son llamados a tomar intervención en aquellos procesos judiciales?

- ¿Qué pasaría si en un determinado proceso judicial ya iniciado por el representante legal de un niño, niña o adolescente, aquel abandona su intervención? ¿Puede continuar el DPO en representación del menor?
- ¿Cuáles son las normas nacionales e internacionales que regulan y direccionan la legitimación de los DPO?
- ¿Pueden esos magistrados iniciar acciones judiciales sin el requerimiento de los representantes legales de los menores y sin la posterior ratificación de aquellos?
- ¿Cuáles son los instrumentos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos de NNyA que guían la función de los DPO de Menores e Incapaces?

1.4 Estructura del trabajo

Este trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera: A modo inicial, un resumen que trata los aspectos que se abordarán con relación a las funciones de los distintos Defensores Público Oficiales que integran el Ministerio Público de la Defensa y, en particular, de los DPO de Menores e Incapaces. Una introducción que comienza a delinear el camino que necesariamente deberemos recorrer para poder arribar a una conclusión que nos permita responder el interrogante inicial.

En el capítulo I, se formuló el problema, se establecieron los objetivos generales y particulares y se expusieron las preguntas que guiaron el presente trabajo de investigación.

En el capítulo II, avanzo con el marco teórico. Dado que el objeto del trabajo se centra en las funciones de magistrados que integran el Ministerio Público de la Defensa, realizo una primera aproximación a la creación y funciones de esa autoridad constitucional, así como también una necesaria diferenciación de las funciones de los distintos DPO para poder distinguir los marcos de actuación que habilitan las normas, en particular, la LOMPD y el CCCN.

En el capítulo III se aborda la garantía de acceso a la justicia de los NNyA como sujetos de derechos, abandonando las viejas concepciones que brindaban respuestas frente a un sistema tutelar de “menores” e “incapaces”. Este nuevo escenario implica reconocer que la función estatal de defensa pública también comprende la representación legal de los NNyA, para todos aquellos casos –habilitados por las normas que regulan su intervención– en los que sus padres no ejercen la debida representación.

A su vez, condensaré la normativa que consagra el deber de velar por la protección de los derechos de los NNyA en el marco de los procesos judiciales que comprometan sus derechos e intereses. Es que el acceso a la justicia de ese colectivo se satisface en la medida en que sean oídos y participen, de acuerdo con su edad y grado de madurez, en

las decisiones judiciales que los involucren. A su vez, remarcaré que, una vez garantizado el acceso a la justicia de los NNyA, deberá garantizarse el derecho a ser oído, a participar del proceso judicial y de todas las decisiones que los involucren acuerdo a su edad y grado de madurez.

Consustancialmente me focalizaré en la protección de la unidad familiar, puesto que la representación legal que ejerza el DPO no significará el desconocimiento de los derechos y deberes de los padres, así como tampoco implicará cancelar su participación en las decisiones que se adopten en el proceso judicial. Por el contrario, se revela como una herramienta jurídica diseñada para coadyuvar con ellos en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos.

En este capítulo traeré algunos datos duros de informes que han sido realizados por expertos nacionales e internacionales con respecto a la situación de pobreza y vulnerabilidad de la niñez y de la adolescencia mediante los cuales se visibiliza la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de ese colectivo de modo de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente.

En el capítulo IV desarrollo los principales institutos procesales que se encuentran en juego en los casos en los que los DPO inician un proceso judicial en representación de los NNyA.

Analizo, además, algunos precedentes en los que se ha denegado en alguna instancia del proceso la legitimación del Ministerio Público para iniciar acciones de manera autónoma, concluyendo con la opinión de nuestro máximo Tribunal Federal, opinión que se encuentra en el mismo sentido al expuesto por la Sra. Defensora General de la Nación y la Procuración General de la Nación al momento de ser llamados a tomar intervención en dichos procesos.

Para finalizar, realizo una conclusión final del trabajo, la que a modo de colaboración busca sumar una nueva mirada frente a la legitimación del Ministerio Público de la Defensa para iniciar de manera autónoma acciones judiciales en representación de los NNyA.

CAPITULO II

2. 1. Creación del Ministerio Público de la Defensa. Funciones. Intervención de los DPO en los distintos fueros y materias. Normativa aplicable

La reforma constitucional del año 1994 incorporó al Ministerio Público como un órgano bicéfalo, independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera. Es un órgano constituido y extrapoder⁸, que tiene la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República” (cf. art. 120 de la Constitución Nacional). Y es bicéfalo porque comprende al Ministerio Público Fiscal y al Ministerio Público de la Defensa.

Primigeniamente, la Ley 24946 (publicada B.O. 23 de marzo de 1998) regulaba en un solo cuerpo las funciones de cada uno de estos Ministerios, y los deberes y atribuciones de sus integrantes. Esa modalidad jurídica se extendió hasta el 17 de junio de 2015, fecha en la que se promulgó la LOMPD.

El nuevo texto jurídico estructuró la organización del Ministerio Público de la Defensa. A la par, diseñó las funciones de sus magistrados, funcionarios y empleados, a quienes encomendó –bajo el carácter de principio específico– cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes, las reglamentaciones, los protocolos de actuación y toda disposición rectora para la protección y defensa de la persona, en especial, el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o con discriminación estructural (cf. art. 5, inc. a).

Para el logro de ese fin, preestableció una obligación irreductible: sus integrantes deben gestionar sus casos de manera eficiente, en forma permanente y continua, propendiendo a una defensa técnica efectiva y adecuada (cf. art. 16). Conteste con esa misión institucional, se encomendó a los DPO la gestión de casos ante los fueros asignados en virtud de cada rol funcional, que comprende el deber de brindar asistencia o defensa técnica en los diversos fueros e instancias (de acuerdo a sus competencias), conforme los requisitos y según la materia que se trate (cf. art. 41).

⁸ Un buen desarrollo de la creación del Ministerio Público puede verse en GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada, 4ta. Edición ampliada y actualizada, TOMO II, Artículos 44 a 129, Ed. LA LEY, 2014, págs. 577 a 591.

Esta nueva regulación se insertó en el sistema de protección de los derechos de los NNyA, y armoniza con las disposiciones tuitivas previstas en el CCCN, la CDN (entre otros instrumentos internacionales de tutela de los derechos humanos) y la Ley de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes Nro. 26061 (en adelante, Ley 26061).

Las delicadas funciones conferidas a este órgano constitucional habrán de ejercerse con cabal respeto de los derechos humanos y garantías que han sido consolidadas a nivel nacional e internacional. La función estatal de defensa pública ya no se ciñe solo a la representación promiscua, pues se ha moldeado en una realidad en la que se ampliaron las gamas de derechos y su consiguiente protección, pero la situación social y económica refleja que falta mucho aún para lograr efectividad plena de esos derechos. En esta realidad, el servicio de defensa pública se presenta como el principal mecanismo de acceso a la justicia, para reclamar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En particular, y con relación al objeto de este trabajo, resulta importante indicar que los DPO pueden distinguirse entre: 1) DPO de pobres y ausentes; 2) DPO de Menores e Incapaces, 3) DPO Tutores y 4) DPO Curadores.

1) La actuación de los **DPO de Pobres y Ausentes** se encuentra regulada por el art. 42 LOMPD que establece entre sus deberes y atribuciones, las siguientes:

“Ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad o cuando estuviere ausente y fuere citado por edictos” (inciso a);

“Desplegar acciones de abordaje territorial y relevamiento de demandas individuales y colectivas, si las características de la problemática o la situación de vulnerabilidad las exigieren, para la optimización de la prestación del servicio” (inciso m);

“Promover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivo” (inciso o).

2) Los **DPO de Menores e Incapaces** (cuyas funciones se encuentran reguladas en el artículo 43 LOMPD). Así, cuando se encuentren comprometidos los derechos e intereses de NNyA o, de personas respecto de quienes haya recaído sentencia en un proceso referente al ejercicio de la capacidad jurídica, o de implementación de apoyos y salvaguardias, deberán, en las instancias y fueros en los que actúan cumplir con los siguientes deberes y atribuciones:

“[I]ntervenir en forma complementaria en todo asunto judicial que afecte derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes...” (inc. b);

“Promover o intervenir en forma principal cuando los derechos o intereses de sus asistidos estén comprometidos y existiera inacción de sus representantes” (inc. c);

“Intervenir en el ámbito extrajudicial ante la ausencia, carencia o inacción de los representados, cuando estén comprometidos los derechos económicos, sociales y culturales” (inc. d);

“Actuar conforme las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes” (inc. h)

3) Las competencias de los **DPO Tutores** se encuentran diseñadas en el artículo 44 LOMPD. Actúan para brindar protección a los derechos, intereses o bienes de un niño, niña o adolescente; cuando no haya una persona que ejerza la responsabilidad parental, cuando existan conflicto de intereses entre los menores y sus representantes; o ante situaciones de conflicto de intereses entre menores que posean el mismo representante legal; cuando los padres o tutores no puedan ejercer la administración sobre uno o más bienes; hasta le discernimiento judicial de la tutela en los casos de urgencia.

4) Los **DPO Curadores** deben ceñir su actuación a los supuestos regulados en el artículo 45 LOMPD y actúan en el marco de los procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica y de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica

Consideración aparte merece la figura del Defensor Público Coadyuvante prevista en los artículos 15, inciso b, y 34 LOMPD. En términos técnicos, constituye una función propia del servicio de defensa pública que es ejercida por los miembros del Ministerio –o por abogados de la matrícula– designados por la el/la Defensor/a General de la Nación en consonancia con los requisitos que previamente estableció en un reglamento (cf. facultad diseñada en el art. 35, inc. g, LOMPD)⁹. Además, esa habilitación legal debe ejercerse de conformidad con la reglamentación que la autoridad aludida emita en los términos del artículo 35, inciso p, LOMPD, con miras a garantizar la prestación eficaz del servicio de defensa pública. Por ello, el desenvolvimiento de esa función es pasible de supervisión por parte de los magistrados titulares de las dependencias (cf. art. 34, segundo párrafo, LOMPD), o, en su caso, de la Defensoría General de la Nación (cf. art. 34, segundo párrafo, en correlación con lo dispuesto en el art. 35, inc. a, y 54 LOMPD).

⁹ Igualmente, el Congreso de la Nación tiene la atribución constitucional de reglamentar la función de la figura bajo análisis (cf. arts. 1, 19, 31 y 75 de la Constitución Nacional). Mediante Ley 27372 determinó que los Prosecretarios Letrados y Secretarios Letrados del Ministerio Público de la Defensa se transforman en Defensores Públicos Coadyuvantes y deberán brindar asistencia técnica y patrocinio jurídico a las víctimas de delitos, de acuerdo con los alcances de las asignaciones funcionales que reglamente la Defensoría General de la Nación (cf. arts. 30, 31 y 33).

La figura funcional reseñada se ha consolidado como una herramienta jurídica que garantiza la efectiva protección de los derechos y necesidades de quienes usufructúan los servicios de la defensa pública. Tal es así que gran cantidad de conflictos de intereses que se suscitaron entre representantes legales y personas menores de edad son canalizados a través de esta figura, garantizando así la plena vigencia de la prioridad consagrada en los artículos 3 y 5, apartado 2, de la Ley 26061.

Vemos entonces que los DPO de pobres y ausentes, así como los DPO de menores e incapaces –y quienes revistan la condición de Defensores Públicos Coadyuvantes– tienen competencias otorgadas por la LOMPD para ejercer la representación y el patrocinio de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, en particular de los NNyA, y para promover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales para lo cual pueden iniciar demandas individuales o colectivas.

2.2 Modos de intervención del Ministerio Público en el CCCN.

El art. 103 CCCN regula también los distintos modos de intervención del Ministerio Público de la Defensa.

Establece que, respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera un sistema de apoyos, la actuación puede ser en el ámbito judicial, complementaria o principal.

- a) 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.
- b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de sus representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes, iii) 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.

En cuanto a estas funciones y en oportunidad de comentar el art. 103 CCCN –luego de un recorrido por las normas nacionales e internacionales de protección de los derechos de los NNyA y de las personas con discapacidad–, concluye Lorenzetti “Toda la normativa aludida 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) e intervenir en cada ámbito de su competencia y por la representación que le cabe según el artículo en comentario”¹⁰.

El objeto de este trabajo, que se centra en demostrar la legitimación autónoma de los DPO, se encuentra regulado básicamente en el art. 103 inc. b, i) del CCCN. Es decir, cuando existen los representantes legales, pero sin llegar a un incumplimiento en los deberes parentales, se vislumbra una necesidad del NNyA que debe ser satisfecha a través del inicio de una acción judicial por parte de la defensa pública.

Como veremos más adelante, esta clasificación ha llevado a diferentes interpretaciones en el ámbito judicial. Allí se ha entendido que esa diferenciación tiene lugar siempre que el Ministerio Público se encuentre interviniendo en un determinado proceso. En ese entendimiento (restrictivo, por cierto), la falta u omisión en la que pueden incurrir los representantes legales es la que se presenta en un proceso iniciado por aquellos.

Surge entonces, de las normas transcritas, que la intervención de los DPO –en materia no penal– puede ser complementaria o principal.

Es importante aclarar que el art. 103 CCCN solo se refiere a la intervención de los DPO de Menores e Incapaces, por lo que deberemos interpretar esa norma a la luz de lo dispuesto en el art. 42 LOMPD con respecto a la intervención de los Defensores de Pobres y Ausentes.

El primer tipo de intervención es el que se presenta de manera más usual en aquellos procesos judiciales en los que los padres –como representantes legales de los NNyA– inician una acción judicial en su representación. En estos casos y más allá de que los menores tengan una adecuada representación legal, surge la intervención complementaria de los DPO de Menores e Incapaces (que adquieren el carácter de parte necesaria en el proceso) en resguardo de los derechos, intereses o bienes de los NNyA.

En estos casos, una vez que se otorga vista al DPO para que se presente e intervenga en el proceso, se pueden dar dos supuestos: a) El primero de ellos es que la intervención haya sido solicitada antes de haberse trabado la litis o b) una vez que el proceso ya se encuentra avanzado. En todo caso el DPO analizará si los derechos de las personas menores involucradas han sido garantizados, de ser así prestará conformidad para la prosecución del proceso, por el contrario, en el caso en el que se le haya generado un perjuicio en sus derechos podrá solicitar que se declare la nulidad del proceso. Esto último dado que en este supuesto se encontrará comprometido el orden público (de acuerdo a los arts. 386 y 388 CCCN).

¹⁰ Ricardo Luis LORENZETTI, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ra. Edición, T. I, Artículos 1 a 246, pág. 455.

Dentro de la intervención complementaria se avizoran otros supuestos de intervención, aun cuando el proceso no se haya iniciado en representación de personas menores de edad y estos no sean parte. Nos estamos refiriendo a aquellos procesos en los que si bien se encuentran en pugna derechos de los padres¹¹ la resolución judicial puede llegar a afectar de manera directa los derechos o intereses de NNyA.

Estos supuestos de intervención se encuentran presentes en procesos de desalojo, iniciados por el Estado o por particulares; y en procesos en los que se decidirá con respecto a la exclusión del país de una persona adulta migrante, entre otros.

En ese tipo de procesos se ha negado por parte de los tribunales la intervención de la defensa pública como parte necesaria, justificando dicho proceder en que los NNyA no son parte en el proceso¹², aunque dicha postura no es unánime¹³. Empero se ha logrado, desde distintas presentaciones realizadas por la defensa pública, que antes de ejecutar una decisión judicial (de desalojo o expulsión del país de una persona adulta migrante, con hijos) que pueda lesionar derechos e intereses de personas menores de edad, se otorgue previa intervención a los organismos de protección de los derechos de NNyA correspondientes a efectos de garantizar los derechos de aquellos.

Ahora bien, la actuación de los DPO también puede ser principal. En estos supuestos, se encuentran comprendidos los casos en que los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de sus representantes legales.

Como ya he advertido, esa inacción fue tomada de manera inveterada por parte de los tribunales en procesos en los que, una vez iniciados por los padres de los NNyA, se admitía que los DPO tomaran una intervención principal pudiendo llevar adelante el proceso de modo de evitar la indefensión de aquellos en actos procesales determinados o bien hasta la presentación en el proceso de un tutor, si dicha intervención resultaba necesaria.

Dado que esa intervención (ante omisiones de los padres de realizar determinadas actuaciones procesales) adquirió habitualidad en los procesos no penales, entendemos necesario enfocarnos en aquellos casos en los que la omisión o inacción está dada por la falta de inicio de esa acción judicial.

¹¹ Debo aclarar que, en adelante, utilizaré el término padres en el sentido ampliado de la palabra de conformidad con el art. 101 incs. a) y b) del CCCN.

¹² CNCiv. Sala F, “Barale Caamaño Agustina Magali Y Otro C/Farias Julio Oscar y otros S/Desalojo de intrusos” Expte. 61761/2016, del 08/11/2019; Sala A “C. c. M. s/ desalojo” del 2/12/2005, publicado en LA LEY 2006-B, 342; Sala E “García Sale c. E. H s/ desalojo” del 19/11/2012 publicado en LA LEY del 17/04/2013, por nombrar algunos precedentes.

¹³ CCAF, Sala V, “Paiva Jara, c/ EN-M. INTERIOR OP Y V- DNM s/ Recuso Directo”, expte 3545/2017, sentencia del 24/04/2019.

Las razones pueden tener diferentes causas y, tal como lo adelanté en el Capítulo I, la vulnerabilidad social y económica determinará en muchos casos que, el único modo de garantizar el acceso a la justicia de los NNyA sea a través de la representación legal que ejerzan los DPO a efectos de lograr la efectividad de sus derechos.

Vemos que, estos casos, tampoco correspondería la intervención de un DPO tutor porque la intervención de estos magistrados no se justifica cuando los NNyA poseen a sus representantes legales. Es que no estamos hablando de padres que han sido excluidos o privados de su responsabilidad parental, sino de personas que, si bien la ejercen para los demás ámbitos de la vida de los menores, no la ejercen en lo que respecta a la protección de determinado derecho económico, social y/o cultural.

Ahora bien, dada la competencia que poseen los DPO de Menores e Incapaces en el fuero Nacional de CABA se podrían presentar supuestos de intervención de estos a efectos de solicitar la protección de derechos personalísimos en el Fuero Civil. Empero en el resto del país al tratarse de una competencia federal solo podrán intervenir en los casos en los que resulte competente la justicia federal.

2.3 Necesaria diferenciación entre los DPO de menores e incapaces y los DPO de pobres y ausentes.

Entre las funciones principales de los DPO de Pobres y Ausentes (en el ámbito federal) se encuentra la de ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad¹⁴ o cuando estuviere ausente y fuere citado por edictos y la de promover la defensa y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivo (art. 42, incisos a y o, LOMPD).

Así en el caso en que los representantes legales de las personas menores de edad (padre, madre o tutor) necesiten patrocinio jurídico para iniciar una determinada acción judicial en representación de aquellos y siempre que se cumplan con los recaudos de la Resol. DGN 230/17, podrán solicitar la intervención de la defensa pública a través de la figura del llamado DPO de Pobres y Ausentes. En estos casos, la defensa pública intervendrá en el carácter de patrocinante o apoderado de los representantes legales de los NNyA.

¹⁴ Resolución DGN Nro. 230/17 de la Defensoría General de la Nación, sobre “Criterios de intervención de los DPO en materia no penal”. Allí se establecen los recaudos para tener en cuenta el momento de analizar la situación de pobreza de la persona y su grupo familiar así como también los lineamientos para determinar si la persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad que limite su acceso a la justicia. Ver Anexo I del trabajo.

Esta intervención de la defensa técnica de los representantes legales, comprenderá la intervención complementaria –promiscua– en defensa de los derechos de la persona menor de edad en cuya representación se inicia el proceso, por lo que no corresponderá dar intervención a otro DPO. Ya que en la intervención principal de los DPO se encuentra comprendida la intervención promiscua del Ministerio.

Por el contrario, si ese proceso se iniciara con el patrocinio letrado de un abogado de la matrícula, correspondería la intervención complementaria del DPO de Menores e incapaces del art. 103 inc. a) del CCCN. Ya hemos visto, que estos defensores actúan en todos aquellos casos en que se encuentran comprometidos los derechos, intereses o bienes de los NNyA y, tal como lo dispone el art. 43 LOMPD, en el caso de personas respecto de quienes haya recaído una sentencia en el marco de un proceso referente al ejercicio de su capacidad jurídica o de implementación de apoyos o salvaguardias.

Como veremos más adelante la intervención de los DPO como defensores técnicos –del art. 42 LOMPD– puede ser requerida también por las personas menores de edad en dos supuestos (que se encuentran regulados en los arts. 677, 678 y 679 CCCN). Estos supuestos pueden darse por tratarse de una persona adolescente que quiera presentarse de manera autónoma en el proceso (si existe oposición de alguno de sus representantes legales, deberá solicitar autorización judicial) o bien cuando el juicio se inicie contra sus progenitores.

2.4 Representación legal de los NNyA en el CCCN.

Para seguir avanzando con el tema que nos convoca, nos quedaremos con los supuestos en los que los DPO deben iniciar acciones judiciales tendientes a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los NNyA. En función de ello, seguidamente analizaré los diferentes tipos de representación que pueden presentarse.

La representación legal es necesaria en aquellos supuestos en los que el CCCN dispone que determinadas personas no pueden ejercer por sí sus derechos. En este sentido elabora una distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio.

El art. 22 dispone que la primera, es la capacidad para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

Por su parte, el art. 23 refiere a la capacidad para ejercer por sí las prerrogativas jurídicas de las cuales cada persona es titular.

Finalmente, en el art. 24 inc. b) menciona a los incapaces de ejercicio, entre los cuales se encuentran las personas que no tienen edad y grado de madurez suficiente. Tal como lo hemos adelantado, son representantes de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres o el tutor que se les designe (art. 101 inc. b), por lo tanto son ellos quienes

ejercen los derechos de los NNyA, ya que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí (art. 100).

En este punto describiremos los distintos tipos de representación en el caso de los NNyA. Así el art. 26 establece algunas pautas a considerar para el ejercicio de los derechos de los menores a través de sus representantes legales:

- Edad
- Grado de madurez suficiente para ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico
- En caso de conflicto de intereses con sus representantes legales, pueden intervenir con asistencia letrada.
- La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne como así también a participar en las decisiones sobre su persona.

Sin intenciones de adentrarme demasiado en estas cuestiones, dado que no se relacionan de manera directa con el objeto de este trabajo, considero necesario señalar que para determinados tratamientos no invasivos los adolescentes –entre 13 y 16 años– tienen aptitud para decidir por sí y a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Ahora bien, de existir un conflicto de intereses entre los representantes legales y el menor de edad, no hay duda en que este último -teniendo en consideración su edad y grado de madurez- se podrá presentar, para el caso de así requerirlo, con la asistencia letrada de un DPO, como defensor técnico en el proceso. En este caso, como ya adelanté, existirá una doble representación, por lo que no corresponderá dar intervención a otro DPO para la representación promiscua del adolescente, sino que será asumida en la misma intervención principal de la defensa pública. Es que la intervención principal del DPO, como he sostenido, comprende a la complementaria.

A esta altura del desarrollo, conviene destacar que el art. 677 CCCN dispone “Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.”

Explica Lorenzetti, al comentar el artículo transcrito “En los primeros años de vida del hijo, la función de representación de los progenitores es plena, pues aquellos no cuentan con un determinado bagaje en el plano simbólico que les permitan actuar por sí en los asuntos que los atañen. Sin embargo, el transcurrir de los años lentamente comienza a poner en crisis es labor sustitutiva, proceso que hasta llegar a la vida adulta se revierte,

avanzando a una asombrosa velocidad. En cuanto concierne a la actuación parental en sede judicial en nombre de los hijos, el legislador brinda en la norma anotada una respuesta que se aparta de los cánones tradicionales que guiaron experiencias anteriores mostradas en nuestro Derecho, pues aun sosteniendo el deber de los progenitores en acudir a la instancia jurisdiccional en nombre de la descendencia, como actores o demandados, recorta fuertemente dicha actuación a partir de la presunción de autonomía de los hijos adolescentes”¹⁵

En lo que refiere a la participación de las personas menores de edad en aquellos procesos, no podemos soslayar que el art. 707 del CCCN dispone que las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

En cuanto a la capacidad de los adolescentes o para estar en juicio, debemos recordar que tanto los arts. 678 y 679 del CCCN, habilitan al adolescente a iniciar un juicio contra un tercero (acción civil no penal) aún sin el consentimiento de sus padres, así como a iniciar un juicio contra los progenitores.

En este sentido el art. 678 señala “Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público”.

En ambos casos en que exista una oposición por parte de los progenitores, deberán fundarse tales motivos, que deben ser ciertos, actuales y concretos. En estos casos, el menor podrá hacer uso de su derecho a requerir la prestación del servicio de defensa pública, que actuará en el proceso en su carácter de defensor técnico de la persona menor de edad.

Ahora bien, ¿A partir de qué edad el adolescente puede solicitar esa asistencia técnica? Sostiene Lorenzetti “El repaso por el catálogo jurisprudencial nos muestra la proliferación de casos en los que la cuestión ha sido puesta en tela de juicio, mereciendo la atención de nuestro más alto tribunal en un pronunciamiento reciente, por el cual bajo el régimen de capacidad de las personas en la menor edad previsto en la legislación anterior, se entendió que los menores impúberes no contaban con aptitud suficiente como para procurarse un abogado por sí, debiendo contar para tales menesteres con catorce años, edad en la que adquirirían discernimiento para los actos lícitos. Bajo este horizonte debe ser entendida la norma, armonizándolo al sistema que inaugura el Código Civil y Comercial en materia

¹⁵ LORENZETTI, *Código Civil y Comercial de la Nación...*, T. I, Pág. 479/480.

de capacidad de ejercicio por parte de los menores de edad y a la nueva categoría que establece de los adolescentes”.¹⁶

Por su parte, el art. 679 reza “El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada”.

En este punto, el Código otorga una capacidad procesal amplia para estar en juicio contra sus progenitores. La norma no toma una limitación con respecto a la edad del NNyA, sino que toma como estándar la edad y grado de madurez suficiente para comprender la naturaleza de la acción. Vemos que la norma requiere contar con asistencia letrada. Así es que ha surgido la necesidad, siguiendo la doctrina sustentada por la CSJN de distinguir entre la capacidad para estar en juicio de la capacidad para contratar a un abogado. Esta última requiere como mínimo contar con edad para celebrar actos lícitos, que se adquiere a los trece años (conf. art. 26, inc.c). Bajo este supuesto, se ha entendido que la contratación de un abogado seleccionado por el adolescente, constatada la madurez suficiente, requerirá una habilitación especial por parte del Juez¹⁷.

A modo de conclusión, respecto al tipo de representación que puede tener lugar, pueden presentarse las siguientes situaciones:

- 1) Que quien ejerza la representación legal de los menores inicie un juicio, pero luego lo abandone. Dado que en todos los procesos en los que se encuentren en juegos derechos, intereses o bienes de NNyA es necesaria la intervención de los DPO de Menores e Incapaces, ante la omisión de continuar dicha representación en el proceso, de entender que lo mejor para el menor es su prosecución, el DPO que hasta ese momento ejercía una función complementaria, asumirá la intervención principal (art. 43 inc. c LOMPD).
- 2) Que quienes detentan la representación legal de una persona menor de edad, omitan iniciar una determinada acción judicial en beneficio de los derechos de aquel. Esa inacción puede estar dada por existir una falta de comprensión en la trascendencia que tiene el acceso a la justicia para garantizar los derechos de los menores o bien en la desconfianza en tales herramientas jurisdiccionales.
- 3) Que las personas menores de edad, con grado de madurez suficiente, requieran, en atención a los supuestos que hemos analizado (arts. 677 a 679 CCCN), la asistencia de un abogado y, en consecuencia, soliciten la intervención de la defensa pública para llevar adelante la defensa técnica de sus derechos.

¹⁶ LORENZETTI, *Código Civil y Comercial de la Nación...*, Tomo I, págs. 482.

¹⁷ LORENZETTI, *Código Civil y Comercial de la Nación...*, Tomo I, pág. 483.

Respecto al supuesto indicado en el punto 2) vemos que existe una atribución dada por la LOPMD para que los DPO puedan iniciar acciones judiciales en representación de personas menores de edad, a efectos de perseguir la efectivización de sus derechos.

Atendiendo al interés superior del niño, la legitimación de los DPO para iniciar acciones judiciales en protección de los derechos de los NNyA deberá encontrarse siempre encaminada a favorecer lazos familiares, así como también la comunicación con las familias de aquellos, propendiendo a fortalecer los vínculos familiares (en consonancia con el inc. a del art. 4 de la Ley 26061).

A fin de desentrañar los escollos que se presentan con respecto a la legitimación autónoma de los DPO, en el capítulo siguiente realizaré un desarrollo del ordenamiento jurídico nacional e internacional de cara a la garantía de acceso a la justicia de los NNyA.

2.5 Conclusión

A lo largo de este capítulo describí las funciones que fueron atribuidas al Ministerio Público de la Defensa, como principal órgano constitucional de defensa y protección de los derechos humanos. Desde el art. 120 de la CN hasta las diversas normas que establecen la intervención de la defensa pública hemos visto que el sistema de protección integral de los derechos de los NNyA debe analizarse procurando una ampliación de los representantes de aquellos, a modo de garantizar que el acceso a la justicia sea rápido y eficaz.

Con el nuevo ordenamiento jurídico de protección de la infancia han surgido nuevas figuras, institutos y necesarias reinterpretaciones de conceptos ya existentes pero enfocados en la niñez. Con todo ello, se edificó una nueva institucionalidad reforzándose, el rol constitucional del Ministerio Público de la Defensa.

Vimos además las normas que establecen que la intervención de los DPO puede ser principal, y cuáles son los supuestos que la habilitan.

Ahora bien, seguiremos exponiendo los fundamentos que nos permitan aseverar que, conforme al ordenamiento jurídico imperante, esa intervención principal se puede dar también en supuestos en los que los representantes legales omitan iniciar una determinada acción judicial en defensa de los derechos de los NNyA. En estos casos, la LOPMD así como también el CCCN en consonancia con el resto del ordenamiento de protección de los derechos de NNyA (principalmente dado por la CDN y por la Ley 26061) vienen a reafirmar el sistema de protección integral de los derechos de los NNyA a la par que confieren a la defensa pública un amplio marco de intervención, disponiendo de esa manera, medidas de protección especial dentro del servicio de defensa estatal.

Se desprende entonces que las normas que regulan las funciones de los DPO en ningún caso restringen la actuación de aquellos, cuando se dan los supuestos de intervención

principal. Todo lo contrario, una mirada integral de tales normas permite afirmar sin dudas que la defensa pública es el principal órgano estatal que debe garantizar el acceso a la justicia de los NNyA.

El Ministerio Público de la Defensa posee un rol fundamental y redimensionado en la protección y defensa jurídica de la infancia y garantiza el acceso a la justicia de los NNyA. En el próximo capítulo me detendré en el estudio de esa garantía en el entendimiento de que su acceso es el único modo arribar a una “tutela judicial efectiva”.

Ello, en el entendimiento de que, para poder analizar el rol de la defensa pública dentro de un proceso judicial conformado dentro de los parámetros del debido proceso, el estudio de la legitimación debe realizarse teniendo como base primordial, a las garantías que lo integran.

CAPITULO III

3.1. Garantía de acceso a la justicia de los NNyA.

La garantía de acceso a la justicia hace referencia a un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Se aplica a todas las jurisdicciones y tiene un contenido amplio, siendo concreciones del mismo la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso.¹⁸

En particular, con respecto a los NNyA el Estado debe llevar adelante medidas de protección especial que permitan la concreción de sus derechos sin desconocer la realidad en la que se encuentran inmersos los sectores sociales más desfavorecidos. Es que los contextos de barreras estructurales de las familias llevan a que en muchos casos no solo desconozcan la amplia gama de derechos que están reconocidos en el ordenamiento jurídico, sino también a desconfiar de las herramientas que brinda el Estado para alcanzar la protección de esos derechos, más aún cuando se ven desbordados por las necesidades acuciantes que atraviesan diariamente.

Para recordarnos esta realidad me parece interesante traer a colación una parte del informe realizado por el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, en el que trajo a la luz que “Las intervenciones durante la primera infancia son las que más probabilidades tienen de ser eficaces. Sin embargo, estas intervenciones se enfrentan a dos grandes obstáculos. En primer lugar, incluso cuando existen programas públicos de apoyo a los hogares con bajos ingresos, estos hogares, especialmente los encabezados por familias monoparentales, pueden estar mal informados sobre dichos programas o ser incapaces de reclamar las ayudas que en teoría están a su disposición. Las visitas a domicilio para proporcionar información, recursos y apoyo a los futuros padres y a las familias con niños pequeños pueden ser una herramienta importante para superar los obstáculos y reducir las tasas de no aceptación. Los programas de visitas a domicilio son caros a corto plazo, pero los efectos positivos a medio y largo plazo son muy elevados,

¹⁸ Corte I.D.H., “El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes”, Revista IIDH Nro. 50 de la Biblioteca, María de Jesús CONDE, Disponible en junio de 2023 en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25534.pdf>

entre otras cosas porque mejoran las perspectivas de empleo de los niños y reducen la necesidad de las familias de recurrir a programas de asistencia pública. En segundo lugar, tal y como se puso de manifiesto en los diálogos mantenidos para la elaboración de este informe, las familias desfavorecidas han desarrollado a menudo una considerable desconfianza hacia los servicios sociales, lo que dificulta la capacidad de dichos servicios para prestar un apoyo eficaz”¹⁹.

Los temas abarcados en el desarrollo de este trabajo requieren de algunos datos (sin ánimo de explayarnos en este punto) que evidencien la situación social y económica que atraviesa el país, en especial, con respecto a los NNyA que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad agravada.

En el último informe realizado por UNICEF en el año 2020 luego de los primeros meses de haber constatado las consecuencias que tuvo la Pandemia COVID 19, se constató la elevada pobreza infantil que existe en nuestro país. Allí se determinó que “En el conjunto de las áreas urbanas del país, el 40,7% de todos sus habitantes era pobre por ingreso en el primer semestre de 2020, proporción que se elevaba al 57% para el caso de los NNyA menores de 18 años. La pobreza extrema alcanzaba el 10,5% del total de personas, y el 15,7% de los NNyA. Ello significa que el 39% del total de personas pobres –según este enfoque– tenía menos de 18 años (EPH, primer semestre 2020)”.

En otro orden de ideas se sostuvo que “la pobreza de un hogar también está influenciada por su tamaño, en tanto aquellos con mayor cantidad de miembros –en general, y de NNyA– suelen tener una incidencia más elevada. Por un lado, ello es resultado de que, cuantos más miembros tiene el hogar, menor tiende a ser la cantidad de adultos por miembros, disminuyendo el número de potenciales generadores de ingreso per cápita. Los hogares más grandes tienden a que entre sus miembros adultos sea menor la proporción que participa en el mercado de trabajo. Esto último ocurre fundamentalmente entre las mujeres y obedece en buena medida a que sobre ellas recaen de manera desigual las tareas de cuidados y de actividades domésticas, lo que, sumado a la ausencia de un sistema público de cuidados de calidad, limita sus posibilidades de emplearse. Así, en hogares con cuatro NNyA y más, la incidencia de la pobreza supera el 80%. Estos representan casi un tercio de todos los NNyA pobres por ingreso. Los hogares monoparentales –el 90% de ellos conformados por NNyA y su madre– son aquellos con mayor incidencia de la pobreza infantil por ingresos, 65%; una quinta parte de todos los NNyA pobres pertenece a esos hogares. El 45% de las madres de estos hogares no tiene ingresos laborales (es inactiva o desocupada) y una proporción similar trabaja en ocupaciones informales. También es elevada la pobreza monetaria en hogares extendidos, muy

¹⁹ Olivier DE SCHUTTER, “Informe sobre la extrema pobreza...”, párrafos 45 y 46.

asociada a su tamaño (5,7 miembros, contra 3 para el conjunto de los hogares). Estos exhiben la mayor pobreza multidimensional.”²⁰

El hecho de que un NNyA sea pobre implica que se encuentra dentro de un núcleo familiar también desfavorecido. Los hogares pobres carecen de servicios básicos, no tienen un adecuado acceso al derecho a la alimentación, a la salud, a la educación, por nombrar algunos derechos. Poseen barreras para poder acceder a un trabajo formal, por lo que su ingreso es precario y está dado en la mayoría de los casos por trabajos informales. La situación en la que se encuentran estas familias también perjudica la asistencia de los NNyA a la escuela. Esas realidades van formando parte de la vida de estos grupos sociales. Aunado a esta realidad, no podemos dejar de mencionar las situaciones de violencia doméstica, de violencia de género y hacia los NNyA. En este último caso, tales realidades dejan al desamparo, en mayor medida a las personas adolescentes que terminan expulsadas de sus hogares por contextos familiares de violencia. En esas situaciones queda evidenciado el total desamparo que sufren frente a la necesidad de que sus derechos sociales, económicos y culturales sean garantizados por todos los órganos del Estado, en particular, por el servicio de defensa pública (cf. art. 120 CN).

Ante este escenario, dejar en manos de los padres lo atinente a la protección de los derechos de los NNyA por el solo hecho de considerar que son los únicos sujetos legitimados, los coloca, en la práctica, en un estado de desprotección al ver reducidas las chances de acceder a la justicia.

Los datos que arrojan las estadísticas señaladas en el informe de UNICEF conllevan a la implementación de medidas urgentes para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de aquellos NNyA. Así cuando tales medidas incluyan la intervención de la justicia no debería abrigar dudas que los DPO se encuentran legitimados –de manera autónoma– para iniciar acciones judiciales en representación de aquellos.

3.2. Protección integral de los derechos de la infancia y de la adolescencia en el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Alcances de la responsabilidad parental y del deber de Estado nacional.

A modo inicial debemos tener presente que la protección de la niñez es competencia del Estado Federal, de acuerdo al art. 75 incs. 19 y 23 CN.

²⁰ UNICEF, “Análisis de la situación de la niñez y de la adolescencia en Argentina”, julio de 2021, pág.133 y 137, <https://www.unicef.org/argentina/informes/estado-de-la-situacion-de-la-ninez-y-la-adolescencia-en-argentina-2021> (acceso junio 2023)

A) En cuanto al plexo normativo de protección de los derechos de NNyA, en el ámbito nacional, debemos señalar que el art. 1 de la Ley 26061 –sobre protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes– dispone que se entenderá por interés superior del niño “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.” Para ello, se deberá respetar, entre otras, su condición de sujetos de derecho; a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común. Finalmente, la norma mencionada establece que “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Además, el artículo 7 nos trae el concepto de responsabilidad familiar y –ahondando un poco más– advierte que el Estado debe implementar políticas, programas y asistencia para que los padres puedan asumir, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

Sabido es que en muchos casos ese acompañamiento del Estado no está presente y son las familias –en condiciones de vulnerabilidad– las que deben procurarse por sí los medios para poder llevar a cabo esas responsabilidades parentales.

Por su parte el art. 27 establece las garantías en los procedimientos judiciales y administrativos que los afecte. Así, podemos encontrar el derecho a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Esas garantías se encuentran íntimamente ligadas al principio de igualdad y de efectivización de los derechos (art. 27 y 28)

El CCCN vino también a acompañar este reconocimiento de los NNyA como sujetos de derechos dejando atrás la vieja concepción de los niños como un objeto de tutela, remontándonos a la ley 10.903 de Patronato de Menores, derogada por la Ley 26061.

De la mano de esta modificación sustancial y necesaria de las normas de fondo, se dictó la LOMPD, ampliando la intervención de los DPO a fin de garantizar, entre otros derechos, el de acceso a la justicia de los NNyA.

Estos cambios normativos fueron ampliando el modo de intervención y el alcance de la defensa pública con respecto a los NNyA, dejando a atrás el rol tradicional de la representación promiscua.

B) Normativa internacional.

El derecho de acceso a la justicia de NNyA y su tutela especial²¹, encuentra reconocimiento en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, entre los cuales podemos mencionar la CDN, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

B. 1) Debido a la vulnerabilidad agravada que atraviesan determinados grupos de NNyA (ver informe UNICEF, anteriormente citado) hemos visto que la falta de acceso a la justicia, se puede presentar como una de las caras de la discriminación que sufren. Además, se ha advertido, que esas situaciones no pueden analizarse sin tener presente el contexto familiar en el que se desarrollan.

Este análisis, conlleva entonces a desarrollar las medidas de protección que se encuentran en cabeza del Estado nacional. Para ello, debemos tener presente el que el art. 2 de la CDN hace alusión a que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.” (inc. 2)

En cuanto al interés superior del niño el art. 3 CDN dispone que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” (inc. 1); y que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.” (inc. 2)

En consonancia con ello establece que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con

²¹ Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión consultiva 17, 28 de agosto de 2002. Allí se estableció “en los procedimientos judiciales y administrativos que involucren a los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal, atendiendo a las particularidades que se derivan de su condición específica”.

la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (art. 5)

Vemos entonces que el sistema de protección internacional, a la par que establece a la familia como núcleo indispensable para el desarrollo de la sociedad estableciendo en dicho marco las obligaciones parentales, recuerda el deber de los Estados Partes en tomar medidas –ya sean legislativas y/o administrativas– para asegurar que los derechos de aquellos alcancen una plena efectividad.

Es decir, el estado se presenta como garante de los derechos de los NNyA. Es así que el art. 4 dispone “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

Mediante Opinión Consultiva 17/2002, la Corte IDH entendió que “El actual modelo de protección a la infancia se plantea sobre la base de una responsabilidad conjunta entre el Estado y los padres (o responsables de los niños). Con fundamento en el principio de solidaridad, aquél no debe tomar al infante bajo su tutela, privándole del ejercicio de sus derechos, sobre todo del derecho de libertad, en razón de la carencia de condiciones mínimas de subsistencia o como consecuencia de su especial situación personal, social o cultural, y los padres deben brindar al menos condiciones de vida adecuadas. Es decir, tanto el Estado como la familia son responsables solidarios de brindar y garantizar al niño o niña las condiciones mínimas de subsistencia. Esto implica que las legislaciones que se desarrollan conforme al principio de tutela y criminalizan la pobreza, despojando de garantías judiciales al manejo de los conflictos jurídicos de los sectores más desfavorecidos de la población, deben ser objeto de reconsideración con el objeto de ajustarlas al modelo y a la realidad imperantes. (pág. 30)

Con relación a la posibilidad de invocar los derechos de los niños ante los tribunales, a través de la Observación General nro. 5, el Comité de los derechos del niño²² sostuvo “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 internacionales relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los

²² Comité de los derechos del niño, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Observación general N° 5, 27/11/2003, (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), punto V.

niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños.”

Dentro de estas obligaciones positivas que tiene el estado, la Corte Europea, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no-estatales tales como el maltrato de uno de los padres; además, ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.²³

B.2) En cuanto a la intervención de los NNyA en los procesos judiciales, el art. 12 de la CDN regula el modo en que debe adecuarse su participación en función a sus condiciones personales, edad y grado de madurez.

La garantía de acceso a la justicia significa también la imposición de obligaciones positivas al Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares.

La Corte Europea de Derechos Humanos había llegado a esta conclusión en el caso Airey v. Irlanda. En ese caso, la Corte Europea condenó a Irlanda por la existencia de requisitos legales onerosos, que impidieron a una persona de condición socio-económica modesta iniciar un juicio de divorcio.”²⁴

En este mismo razonamiento la Corte IDH ha reiterado que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor. Asimismo, el Tribunal considera que existirán casos, dependiendo del tipo de deficiencia de la persona, en que sea conveniente que la persona con discapacidad cuente con la asesoría o intervención de

²³ Corte Europea, “H.R., Z and others v. the United Kingdom”, 10 May 2001, para. 73-75.

²⁴Ministerio Público de la Defensa, “Vol. del III Congreso de la Asociación Interamericana...” Federico Andreu GUZMÁN y Christian COURTIS “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, pág. 53.

un funcionario público que pueda ayudar a garantizar que sus derechos sean efectivamente protegidos.²⁵

Para culminar este desarrollo, traeré la opinión emitida por ese mismo Tribunal internacional en el caso “Niños de la calle” oportunidad en la que sostuvo "el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. (...) En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él".²⁶

Asimismo, y en cuanto a las medidas de protección que deben tomar los estados, indicó “la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”.²⁷

De lo hasta aquí expuesto, vemos que el marco normativo nacional e internacional en torno a los derechos económicos, sociales y culturales de los NNyA comprende la garantía de acceso a la justicia como un pilar fundamental para arribar a la efectivización de los derechos. En este camino el estado debe desarrollar políticas públicas que permitan un mayor grado de accesibilidad para los NNyA que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, asimismo debe procurar brindar herramientas adecuadas que permitan el acceso a la justicia de manera eficaz.

También hemos visto que ese deber si bien no implica un desconocimiento de la responsabilidad parental que ejercen los padres conlleva una obligación solidaria en cabeza del estado, a fin de que los derechos de los NNyA no se queden como un mero catálogo. Para que ello no ocurra, la función de la defensa pública se presenta como un servicio esencial.

²⁵ Corte I.D.H., sentencia “Furlán y familiares vs. Argentina”, del 31 de agosto 2012, Serie C, No. 246, considerando 242.

²⁶ Corte I.D.H., sentencia “Villagrán Morales y Otros versus Guatemala”, del 19 noviembre 1999, Serie C, No. 63, p. 64-65, párr. 144

²⁷ Corte I.D.H., sentencia “Villagrán Morales”..., p. 65, párr. 146.

3.3. Vulnerabilidad de los NNyA frente a la garantía de acceso a la justicia.

Es indudable que el concepto de vulnerabilidad es dinámico y que se ha ido adecuando a lo largo del tiempo a las nuevas realidades sociales.

Es por ello que, para continuar en el desarrollo de este concepto, me detendré en el concepto de personas en condiciones de vulnerabilidad que ha sido definido por las 100 Reglas de Brasilia.

Allí se estableció “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.”²⁸

En lo que respecta a la garantía de acceso a la justicia se ha destacado la conveniencia “de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales”.²⁹

En cuanto a la participación de los NNyA en actos judiciales, se señaló “En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso: • Se deberán celebrar en una sala adecuada. • Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo. • Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares³⁰.

En definitiva, para poder brindar una mejor respuesta que comprenda las necesidades que se presentan en la infancia, debemos enfocarnos necesariamente en su realidad familiar y social. Ese enfoque nos permitirá brindar herramientas para que tanto los NNyA como su entorno familiar puedan comprender las implicancias de la intervención de la defensa pública.

Entonces, si la defensa pública es un servicio que presta el Estado para garantizar el acceso a la justicia de los sectores más desfavorables de la sociedad, ¿Cómo es posible

²⁸ Regla de Brasilia nro. 3.

²⁹ Regla de Brasilia nro. 29.

³⁰ Regla de Brasilia nro. 78.

que se restrinja su intervención justamente en el caso de los NNyA?. Veremos más adelante cuáles han sido los principales argumentos que fundaron el rechazo de la legitimación autónoma de los DPO.

Como vimos, la actuación de los integrantes del Ministerio Público de la defensa fue incorporando nuevas funciones para brindar respuestas y propender a la efectividad de los derechos de aquellos sectores.

Finalizando este apartado, no podemos perder de vista las complejidades estructurales que atraviesan los NNyA en nuestro país, evidenciadas cuando acuden a la defensa pública.

A modo de reflexión dejo a continuación un breve resumen realizado por la Licenciada en Trabajo Social integrante del equipo técnico de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo No 7 quien al referirse a este colectivo expresó “¿Cómo son los chicos que recibimos? Si bien pertenecen a diferentes estratos sociales y están afectados por conflictivas de distinta índole, se puede hablar de ciertos aspectos comunes. En su mayoría provienen de familias intervenidas por diferentes y múltiples instituciones, familias que tienen historia de haber sido interpelados por numerosas instituciones, relaciones con trabajadores sociales, psicólogos, con la administración pública, con los jueces, defensores, con abogados, etc. Contextos familiares disgregados, con vínculos disfuncionales, contextos de exclusión social, con necesidades básicas insatisfechas, víctimas de abuso y/o maltrato, chicos adultizados, chicos frágiles a cargo de adultos frágiles”.³¹

3.4. Medidas de protección especial para la infancia.

El acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva son garantías constitucionales de protección de los derechos de la infancia, que deben atender a las particulares condiciones de la niñez.

Al respecto, el art. 27 de la Ley 26061, estableció las “garantías mínimas de procedimiento” (ver punto. 3.2, a. de este capítulo). Estas garantías requieren una fuerte protección de las herramientas constitucionales y legales dispuestas para garantizar el acceso a la justicia. El actual paradigma de protección integral de derechos de NNyA junto al nuevo modelo de responsabilidad, exige al Estado llevar adelante políticas

³¹ Silvia NUTTER, “El derecho del niño a ser oído en el marco de una Defensoría Pública de Menores e Incapaces”, Revista Acceso a la Justicia de NNyA, Estrategias y buenas prácticas de la defensa pública del Ministerio Público de la Defensa y UNICEF. Disponible en junio 2023 en <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf>

públicas que permitan el ejercicio de los derechos consagrados. Esa obligación se encuentra en cabeza de los tres poderes del Estado.

En este sentido, en un importante precedente, la CSJN sostuvo “el niño tiene una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica, de modo que, ante un conflicto como ocurre en la especie, el interés moral y material de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación que implique de manera alguna conculcar el acceso a la jurisdicción por parte de aquellos, toda vez que éste es un deber que el Estado debe garantizar a través de sus órganos competentes -Conf. Artículo 12, punto 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño.”³²

Ahora bien, ¿qué sucede con aquellos NNyA que, si bien cuentan con la representación legal de sus padres, se ven impedidos de acceder a la justicia en reclamo de sus derechos, por la omisión en la que incurren aquellos? En estos casos, el servicio de defensa pública se presenta como la puerta de acceso a la jurisdicción, toda vez que se trata de un órgano competente para la protección de los derechos de los NNyA.

Ya vimos que estos casos la intervención de la defensa pública conlleva necesariamente a garantizar la participación del NNyA, así como también a buscar el acompañamiento del grupo familiar.

En el capítulo II se desarrollaron las normas que legitiman la actuación de la defensa pública. En aquella oportunidad se delimitaron las funciones en atención a la competencia que ejerce la defensa en el ámbito de intervención complementaria y principal. Con respecto a este último modo de intervención señalé que la defensa técnica de las personas con respecto a la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales frente a la omisión o el accionar ilegítimo del Estado Nacional se encuentra también en cabeza de la defensa pública.

3. 5. Conclusión

Lo expuesto hasta ahora, me permite sostener que, desde la CDN, la jurisprudencia de la Corte IDH y las observaciones generales del Comité de derechos del niño, la Ley 26061 y el Código Civil y Comercial de la Nación, surge la obligación del Estado de poner a disposición de los NNyA los mecanismos jurídicos para acceder a la justicia de manera de alcanzar la efectivización de sus derechos.

A su vez, la Ley 27149, a través de los arts. 42 y 43, establece las competencias y las funciones de los DPO para iniciar las acciones judiciales –de manera autónoma–

³² CSJN, “Quiroz, Milton Julio y otros c/ Caporaletti, Juan y otros.”, Fallos: 327:2074, 1/6/2004.

tendientes a la protección de los derechos de los NNyA ante la omisión de sus representantes legales.

En cuanto al modo en que debe desarrollarse el proceso para ser respetuoso de las garantías de los NNyA intenté remarcar la imprescindible participación de aquellos en todas las decisiones sobre su persona, debiendo considerar para ello su edad y grado de madurez. Además, dejé a salvo el hecho de que la intervención autónoma del Ministerio Público de la Defensa, no traerá aparejada la responsabilidad de los padres (salvo supuestos específicos que darán lugar al proceso judicial correspondiente). Al contrario, intenté reflejar el deber que tiene la defensa pública en mantener informada a la familia de los NNyA respecto a las decisiones y avances del proceso, de modo de arribar a una solución –judicial– que se encuentre en línea con las necesidades y posibilidades propias de cada familia. No debemos olvidar que, una vez obtenida una sentencia firme en el proceso, existe una alta probabilidad de tener requerir la ayuda de los padres para poder llevar adelante su ejecución, ya que aquellos no perderán el carácter de representantes legales de sus hijos para los demás actos que hacen a su vida y buen desarrollo.

El servicio de defensa pública se presenta como el principal órgano –con competencia constitucional y atribuciones legales específicas– para representar los derechos de las personas menores de edad. Destacando, además el alto grado de capacitación que poseen sus integrantes en materia de niñez y adolescencia.

Para finalizar dejo una reflexión realizada por Gustavo Moreno “La importancia de la entrada en vigencia de tales instrumentos –se refiere a los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran la Convención sobre los Derechos de Niño y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– ha significado la transformación de las necesidades en derechos, lo que a su vez nos permite inferir que toda necesidad básica insatisfecha importa un derecho vulnerado; y como sabemos, la existencia de un derecho vulnerado implica necesariamente la posibilidad cierta del ejercicio de una acción administrativa o judicial para garantizar y asegurar tal derecho.”³³

³³ Gustavo Daniel MORENO “Estrategias de la Defensa Pública Oficial para la Exigibilidad de los Derechos Sociales de la Infancia”, Revista Acceso a la Justicia de NNyA, Estrategias y buenas prácticas de la defensa pública del Ministerio Público de la Defensa y UNICEF. Disponible en junio 2023 en <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf>

CAPITULO IV

Para finalizar, me abocaré a dilucidar si los NNyA son parte en el proceso judicial, y en su caso, los alcances de su legitimación procesal de acuerdo con el tipo de representación que se invoque. Para ello, analizaré una serie de institutos procesales a la luz del deber estatal de implementar medidas especiales de protección en favor de los integrantes de ese colectivo (cf. art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional y art. 19 de la CADH).

En ese abordaje, será indispensable tener en cuenta la edad de los NNyA y su grado de madurez, pues definirá si se trata de un supuesto de representación legal o bien de un supuesto de patrocinio letrado (cf. art. 26 CCCN). Esa circunstancia moldeará, a su vez, los alcances de la intervención principal de la defensa pública (art. 103, inc. b, CCCN, en función de lo previsto en su art. 26).

Consustancialmente, deberá tenerse en cuenta que las garantías procesales que conforman la tutela judicial efectiva deben necesariamente tamizarse teniendo en particular consideración la condición de los NNyA. Ello dado que su interés superior debe ser considerado de modo primordial y condiciona la decisión de todas las autoridades constituidas (cf. art. 19 de la Constitución Nacional, en función de lo dispuesto en el art. 3 de la CDN y en el art. 3 de la Ley 26061).

Por lo que, si el proceso judicial, se presenta como el mecanismo más eficaz para lograr la efectivización de los derechos, adquiere relevancia un profundo análisis sobre la legitimación del Ministerio Público de la Defensa.

Por lo que, si el proceso judicial, se presenta como el mecanismo más eficaz para lograr la efectivización de los derechos, adquiere relevancia un profundo análisis sobre la legitimación del Ministerio Público de la Defensa.

4. 1. Legitimación autónoma del Ministerio Público de la Defensa. Representación de los derechos de los NNyA.

En el capítulo II desarrollé los tipos de intervención de la defensa pública en los procesos judiciales. Vimos que si bien el Ministerio Público de la Defensa es un órgano federal (art. 120 CN), en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los DPO de Menores e Incapaces intervienen en la Justicia Nacional en asuntos civiles, comerciales y laborales ya sea de manera complementaria o como intervención principal; pero, en el resto del país su competencia es estrictamente federal.

Asimismo, vimos que los DPO son convocados por el ordenamiento jurídico a intervenir en forma complementaria –y como parte necesaria– en todo proceso en el que intervenga un NNyA o persona con su capacidad restringida. También actúan de modo principal – como defensores técnicos– cuando se desenvuelven como abogados/as patrocinantes de

los NNyA (en los supuestos de los arts. 677 a 679, ya analizados), o bien en aquellos procesos iniciados por los representantes legales, cuando exista inacción de estos. En estos supuestos no son parte y su actuación se supedita al cumplimiento de los requisitos reglamentados en la Resolución DGN Nro. 230/17.

A) Tipos de representación legal en el caso de NNyA:

Del recorrido realizado hasta ahora, intenté demostrar (opinión fundada en el marco jurídico desarrollado) que los/as defensores/as públicos/as tienen legitimación dada por la Ley 27149 y por el art. 103 del CCCN para iniciar acciones judiciales en protección de los derechos e intereses de NNyA, independientemente de la representación legal que poseen sus padres o tutores, es decir, de manera autónoma.

Así sostuve que el tipo de intervención de la defensa pública va a estar dada en cada caso, por la edad y el grado de madurez de los adolescentes, de acuerdo al principio de autonomía progresiva. Esto último es lo que va a determinar que en algunos casos, los adolescentes se puedan presentar en el carácter de parte en el proceso con la defensa técnica de un DPO –como abogados patrocinantes o apoderados– o bien que la defensa pública sea la que inicie el proceso judicial como sujeto legitimado en representación de los NNyA.

En este punto, adquiere virtualidad la necesaria diferenciación entre la representación voluntaria y la legal.

En la representación voluntaria es la persona –que posee un derecho subjetivo vulnerado– quien elegirá a la persona que intervendrá en su representación en un determinado proceso judicial.

Por su parte, la representación legal es la que surge de la Ley. En el caso del Ministerio Público de la Defensa, esa representación –necesaria– surge del art. 103 inc. b. i) del CCCN y de los art. 42 y 43 de la Ley 27149, conforme fuera desarrollado en el capítulo II.

Esos modos de intervención son los que garantizan el acceso a la justicia de las personas menores de edad dado que, salvo determinados supuestos ya descriptos, requieren la intervención de sus representantes legales para poder estar en juicio.

Cabe preguntarnos entonces, ¿Cuáles son los presupuestos previos al inicio de la acción judicial que se deben garantizar desde la defensa pública?

Para poder arribar a una respuesta, no podemos soslayar que los NNyA son sujetos de derechos. Desde este punto de partida podemos decir que la defensa técnica debe ser gratuita, brindada por personal idóneo y especializado.

Se deberá entrevistar al niño, niña o adolescente a fin de que comprenda, de acuerdo con su grado de madurez, los alcances de la intervención de la defensa pública, qué es lo que

se persigue con el inicio de la acción judicial y las consecuencias que acarrea en su vida. Aquí, el derecho de información adquiere elevada relevancia. Además, es beneficioso, siempre que sea posible, del acompañamiento de su entorno familiar, pues condicionará la eficacia de la implementación de aquella medida judicial que se adopte.

Además, las condiciones especiales de la infancia y la adolescencia, implicará que en muchos casos deban intervenir integrantes de los equipos interdisciplinarios, ya sea del Ministerio Público de la Defensa o bien del Poder Judicial.

B) Legitimación autónoma del Ministerio Público de la Defensa:

Tradicionalmente la acción fue identificada con el derecho subjetivo, por lo que solo podía iniciar una acción judicial el su titular. En el derecho procesal moderno comprende nuevos supuestos en los que la acción judicial puede ser iniciada por sujetos extraños a la relación jurídica material.

La titularidad del derecho es del NNyA, mientras que el ejercicio de la acción podrá ser ejercido por sus padres o por el Ministerio Público de la Defensa en ambos casos, como representantes legales.

La legitimación ha sido identificada como “la aptitud de una persona para ser parte, para invocar la protección judicial en un determinado proceso en un caso concreto, debe ser determinada por el juez dando por ciertos los hechos que él alega. La sentencia, luego, hará lugar o no a la pretensión según se haya probado si esos hechos existían o no y si el derecho invocado le daba la razón al actor”³⁴

Ahora bien, siguiendo a Montero Aroca³⁵, la legitimación puede ser ordinaria o extraordinaria en este último caso cuando no coincide el derecho subjetivo con quien puede iniciar una determinada acción. Ese tipo de legitimación puede estar habilitado por distintas causas.

Siguiendo la clasificación de Montero Aroca podemos afirmar que la legitimación del Ministerio Público de la Defensa fue concebida en base a un interés público. Así, los artículos 103 CCCN y 43, inciso c, de la LOMPD armonizan con las herramientas protectorias diseñadas por el sistema de protección especial de los NNyA y diseña el deber de los DPO de iniciar acciones judiciales que procuren dar plena efectividad a sus derechos. Así, esa representación coadyuva a la efectividad de la garantía de acceso a la justicia, que exige además que las opiniones de los NNyA sean realmente tomadas en

³⁴ Héctor A. MAIRAL, "La legitimación en el proceso contencioso administrativo", en AA.VV., Control de la Administración Pública administrativa, legislativo y judicial, RAP, Buenos Aires, 2003, págs. 111 a 112

³⁵ Juan MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil*, Ley 1/2000, de et. al., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 81-94

consideración en la adopción de soluciones que afectarán sus derechos (cf. art. 18 de la Constitución Nacional y arts. 8 y 25 de la CADH, en función de lo previsto en los arts. 3 y 12 de la CDN, art. 26 del CCCN y art. 3 de la Ley 26061).

En este punto nos detendremos en aquellos casos en los que los DPO deben iniciar acciones judiciales en representación de los derechos subjetivos de los NNyA.

Estos son los supuestos que, como veremos a continuación han tenido respuestas disímiles por parte de los Tribunales al rechazar la legitimación de la defensa pública. Más adelante analizaremos algunos de estos precedentes.

Las potestades del Ministerio Público en su rol de representante de los integrantes del colectivo de NNyA fue analizada por la Corte IDH en el caso “Furlán y familiares vs. Argentina”³⁶ al determinar que “efectivamente el “asesor de menores” cuenta con una amplia gama de facultades las cuales, entre otras cosas, le permiten: i) intervenir y entablar en defensa de los menores de edad o incapaces las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios; ii) promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados; iii) requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a mejorar la situación de los menores, incapaces e inhabilitados, y iv) petitionar a las autoridades judiciales la aplicación de las medidas pertinentes para la protección integral de los menores e incapaces expuestos por cualquier causa a riesgos inminentes y graves para su salud física o moral” (vale indicar que al momento del dictado de este precedente se encontraba vigente el artículo 54 de la Ley 24946).

Reitero. La legitimación de los DPO encuentra un doble cauce jurídico fundante. En efecto, ha sido diseñada como una herramienta institucional que se incorporó al sistema de protección de los derechos de los NNyA. A su vez, incidió en la determinación de la organización estatal, y encomendó al Ministerio Público la misión de intervenir, en forma extraordinaria, en aquellos casos en los que los NNyA ven afectados sus derechos y sus padres omiten o no tienen interés en accionar judicialmente.

En este razonamiento, es cierto que al iniciarse la acción se requiere una justificación de la legitimación. Por consiguiente, la legitimación de la defensa pública deberá fundarse en base a las siguientes pautas: i) en primer lugar, debe expresarse la fuente jurídica en la que se sustenta, determinada por los artículos 41 a 43 de la Ley 27149 y el artículo 103 CCCN; ii) como segunda medida, deberá exponerse el derecho en juego y la particular afeción que experimenta el menor de edad por la inexistente o inadecuada satisfacción; y iii) deberá describirse la omisión de los padres y el contexto en el que tiene lugar. Esta

³⁶ Corte I.D.H., sentencia “Furlán”..., párrafo 238.

última referencia no puede conducir, per se, a responsabilizar a los padres por esa conducta omisiva, pues –por lo expuesto en el capítulo III– es necesario indagar sobre el contexto socio cultural en el que se desenvuelven las relaciones de familia para visualizar que, muchas veces, se ven materialmente impedidos de iniciar acciones judiciales en protección de los derechos de sus hijos. La puesta en marcha de algún tipo de responsabilidad parental puede significar un inadmisibles desconocimiento de la realidad social al cercenar la posibilidad de que los NNyA en tales condiciones, puedan acceder a la justicia y de ese modo obtener un pronunciamiento judicial.

Cierto es que la legitimación de los DPO ha sido asociada, mayoritariamente, a la intervención complementaria en los procesos en los que se encuentran involucradas personas menores de edad o a quienes se les haya restringido su capacidad. Sin embargo, el derecho de los NNyA a ser oídos y a que sus opiniones sean consideradas de modo primordial para la adopción de cualquier medida estatal, obliga a reevaluar los alcances de los institutos procesales, pues una mirada restrictiva puede conducir al cercenamiento de los derechos de ese colectivo y, en definitiva, obstaculizar el desarrollo de sus potencialidades. En ese sendero, la intervención principal del Ministerio Público constituye una garantía que consagró nuestro ordenamiento jurídico para que el acceso a la justicia no se torne ilusorio y, de ese modo, se protejan y efectivicen los derechos de los NNyA.

Refuerza esta idea la necesaria intervención del Ministerio Público cuando actúa de manera complementaria en los procesos iniciados por los padres como representantes legales de las personas menores de edad. La omisión de la autoridad judicial de conferir intervención al DPO de menores e incapaces como parte necesaria del proceso, ~~conlleva~~ ~~la~~ acarrea la sanción legal de nulidad de todo lo actuado en cuanto haya sido perjudicial para los derechos e intereses de los NNyA.

En el precedente “Carballo de Pochat”, la CSJN analizó un caso en el que se vedó la intervención del Ministerio Público de la Defensa –en su función de Ministerio Pupilar– en un proceso la decisión judicial afectaba los derechos de una persona menor de edad y recordó que: “es ‘descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos

dictados en esas condiciones' (ver Fallos: 325:1347 y 330:4498; también doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291).”³⁷

Es dable colegir, entonces, que esa lógica impregna la necesidad de no obstaculizar la legitimación de los DPO para articular demandas en representación de aquellos NNyA que experimenten el desconocimiento de sus intereses y derechos, pues procura garantizar su acceso a la justicia.

La Dra. Highton de Nolasco destacó la necesidad de que se reconozca la actuación de manera autónoma de la defensa pública, en los supuestos en los que los NNyA carecen de representantes legales o bien ante la omisión o déficit en el ejercicio de la actuación de estos, de modo de evitar la frustración de un derecho. En este entendimiento sostuvo “(...) el alcance de las funciones de asistencia y control del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota con la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz, ya que 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”³⁸

En lo que respecta a la protección de los derechos subjetivos se ha sostenido que “El legislador, ya sea como poder constituyente o como poder constituido, debería ser quien primero establezca qué intereses están jurídicamente protegidos y cuáles no. Para garantizar el control y protección de ciertos intereses, el legislador muchas veces los admite como derechos subjetivos y muchas otras (la mayoría) reconoce normativamente la aptitud procesal de ciertos sujetos para reclamar la tutela de esos intereses”³⁹.

En un trabajo realizado por Juan Carlos Toselli, sobre el alcance de la legitimación del Ministerio Público (en el que comprende al Ministerio Tutelar de CABA y del Ministerio Público de la Defensa) se adujo que “las nuevas funciones del Ministerio Público se derivan del principio de legalidad y de la defensa de los intereses generales de la sociedad, y es deber ejercerlas frente a toda amenaza y/o violación a los derechos humanos o de derechos de los llamados de incidencia colectiva sin que para ello resulte indispensable alegar una representación promiscua, o autónoma. Se dispone de legitimación *per se*, dada la naturaleza jurídica de su función, un ejercicio, si se me permite el término, "remixado" —para los más jóvenes— o "aggiornado" tanto al ordenamiento jurídico vigente cuanto a las necesidades insatisfechas que toca vivir a los niños, niñas,

³⁷ CSJN "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios", Fallos: 332:1115, 19 de mayo de 2009. En igual sentido, “T., A.A. c L, F.D S/Alimentos” Fallos 341:424, 24 de abril 2018 y “Cansino Maria Virginia (por si y en representación de su hija G., A.M.) c/ Asociart ART S.A. Y OTRO s/ Accidente – Acción Civil”, Fallos 345:722, 18 de agosto de 2022.

³⁸ Alberto BUERES, y Elena I. HIGHTON, *Código Civil Comentado*, Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, julio 2003, T. 1, A, pág. 501

³⁹ Carlos F. BALBÍN, *Tratado de derecho administrativo*, LA LEY, Buenos Aires, 2010, T. III, pág. 280

adolescentes y personas con padecimientos mentales en esta sociedad cada vez más compleja y exigente.”⁴⁰

4.2. Análisis de la legitimación autónoma del Ministerio Público de la Defensa en la jurisprudencia.

A efectos de no extenderme en el desarrollo de este punto, me referiré a tres precedentes dictados por distintos tribunales –federales y nacionales– a modo de exponer los fundamentos que han sido desarrollados a favor y en contra de la legitimación autónoma de los DPO.

A) El primer caso que traeré a este análisis tramitó ante la Justicia Federal de Córdoba en los autos “Ministerio Público de la Defensa c/ Provincia de Córdoba - Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986” Expte.: 35784/2013”⁴¹

Se trata de una acción de amparo iniciada por la Defensora Pública Oficial contra la Provincia de Córdoba y el Estado Nacional, a los que se le imputó un proceder arbitrario y manifiestamente ilegal, por lesionar y restringir el derecho al acceso a una vivienda digna, salubre, adecuada y segura para los niños que habitaban el asentamiento denominado “Las Tablitas”, en la ciudad de Córdoba, cuyos derechos individuales homogéneos, según se afirmó, se encontraban en juego.

De modo previo, es importante tener en consideración que en las fechas en la que tuvieron lugar las sentencia de primera y de segunda instancia, se encontraba vigente el Código Civil de la Nación y la Ley 24946 (hoy derogada por la Ley 27149).

En primera instancia se rechazó la legitimidad activa del Ministerio Público para iniciar la acción de amparo sin la conformidad de los representantes legales de las personas menores de edad. Dicha decisión fue recurrida por la Defensora Pública Oficial. Llamada a resolver la cuestión, la Cámara interviniente confirmó la sentencia de primera instancia y rechazó la legitimación activa de la defensa pública.

Para arribar a dicha conclusión sostuvo entre los principales fundamentos:

- Adviértase que el art. 54, si bien permite la intervención del Ministerio Pupilar como pretende la recurrente, esto es de manera “autónoma”, ello es así en casos puntuales que no concurren en esta causa. En efecto, si bien la Defensora Oficial, puede intervenir en forma separada o independiente de los padres –o bien tutores

⁴⁰ Juan Carlos TOSELLI, “La necesaria intervención del Ministerio Pupilar: finalidad, función y legitimación procesal”, LA LEY 29/03/2011, 3 - LA LEY2011-B, 338, Cita: TR LALEY AR/DOC/7911/2010

⁴¹ Cam.Fed. Apel. de Córdoba, Sala A (Secretaría Civil) “Ministerio Público de la defensa c/ Provincia de Córdoba - Estado Nacional s/amparo ley 16.986”, (expte. 35784/2013), 19 de junio de 2014.

o curadores- del menor, esto acontece en el caso de que hubiere intereses contrapuestos entre éstos últimos, o bien “cuando carecieran de asistencia o representación legal, fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos” ; “cuando tomen conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles sus padres, tutores o curadores o las personas o instituciones a cuyo cuidado se encuentren. En su caso, podrán por sí solos tomar medidas urgentes propias de la representación promiscua que ejercen”. Respecto de esta circunstancia a la que alude la norma (se refiere al artículo 54), debemos destacar que expresamente la Defensora Oficial manifiesta que “no digo que eso haya ocurrido en este caso concreto”.

- En suma, ninguno de los dispositivos de la Ley 24.946, llevan a considerar que la participación en juicio de la Defensora Oficial, al intervenir en resguardo de los derechos del menor, lo sea dejando de lado el derecho de ejercer la patria potestad que le corresponde a los padres de los menores cuyos derechos se alegan afectados. Oportuno es recordar que nuestro Máximo Tribunal, tiene dicho “Que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que, en el orden normal de las instituciones, los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares y se les permita invocar los hechos que consideren conducentes a su defensa y demostrarlos de alguna manera. Fallos: 211:1056; 212:447 y los allí citados.

La CSJN no se expidió sobre el fondo del asunto, pues ejerció la potestad regulada en el artículo 280 del CPCCN. Sin embargo, en forma previa se confirió intervención a la Sra. Defensora General de la Nación, quien afirmó la legitimación del Ministerio Público en los siguientes términos: “en ningún momento este Ministerio Público consideró como fundamento la inacción de los padres y/o madres de los niños y niñas, dado que todos se encuentran en la misma situación de extrema vulnerabilidad y padecen los mismos problemas con relación al acceso a la justicia [...] la decisión confunde el ejercicio de la defensa con la legitimación para iniciar la acción de amparo [...] la confusión es más evidente al advertir que se pretende que los padres y/o madres confieran poder especial a la Sra. Defensora Pública Oficial como si se tratara de una letrada patrocinante, cuando en realidad actúa por mandato legal y no puede asumir el doble rol de representante de los progenitores y representante promiscua de los niños y niñas”⁴².

⁴² Dictamen de la Defensora General de la Nación Stella Maris MARTÍNEZ, en los autos de CSJN FCB 25

Por su parte, la Procuración General de la Nación expresó lo siguiente: "...el supuesto de inacción de los representantes legales regulado en la ley 27.149 y en el Código Civil y Comercial no debe interpretarse de forma restrictiva de modo de ceñirlo exclusivamente a casos de negligencia, desidia o conflictos de intereses, sino que debe abarcar también la inacción que resulte de factores sociales que actúen como barreras para la actuación de dichos representantes y que estén más allá de su responsabilidad directa [...] esta interpretación concilia [...] el texto de las leyes que regulan la actuación principal de los defensores oficiales con las obligaciones del Estado de asegurar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. [E]l caso debe ser subsumido bajo el supuesto de inacción de los representantes legales en los términos del artículo 43 de la ley 27.149 y 103 del Código Civil y Comercial, lo que habilita la representación principal de la defensora oficial"⁴³

Algunas consideraciones en torno a lo resuelto por la Cámara. En ese entonces, regía el Código Civil y la Ley 24946, que establecía el deber de los DPO de menores e incapaces de "Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces, y entablar en defensa :de estos las acciones y recursos pertinente ya, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios." y "Petitionar a las autoridades judiciales la aplicación de las medidas pertinentes para la protección integral de los menores e incapaces expuestos por cualquier causa a riesgos inminentes y graves para su salud física o moral, con independencia de su situación familiar o personal." (cf. art. 54, incs. a y f).

La Cámara limitó arbitrariamente los alcances de la legitimación de los DPO, al aseverar que se limitaba a los supuestos de negligencia de los representantes o conflicto de intereses con sus representados, porque lo contrario implicaría desconocer el derecho de ejercer la patria potestad. Así, desconoció la actuación de la defensa pública para los supuestos caracterizados por la conducta omisiva de los representantes legales y cercenó la autonomía del Ministerio Público de la Defensa. Además, neutralizó el ordenamiento jurídico de protección de los derechos de los NNyA en cuyo pilar fundamental se encuentra la garantía de acceso a la justicia y el interés superior del niño.

En el caso comentado, fue necesaria la ratificación de los padres de los NNyA para poder destrabar el proceso judicial.

35784/2013/1/RH1, pág. 26. Ver Anexo II de este trabajo.

⁴³ Dictamen del procurador fiscal Víctor ABRAMOVICH en los autos de CSJN FCB 35784/2013/1/RH1, 26 págs. 7 y 10. Ver Anexo III de este trabajo.

B) El segundo caso tramitó ante la Justicia Nacional Civil, en los autos “Defensoría de Menores e Incapaces no. 6 c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad s/ amparo”, expediente no. 35.476/2016⁴⁴

En este caso la Defensora Pública Oficial de Menores e Incapaces Nro. 6 inició una acción de amparo contra el Colegio Mallinckrodt – Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen María– y solicitó la declaración de inconstitucionalidad e ilegitimidad de toda conducta que afecte o amenace el derecho de C. M. M. a terminar su educación inclusiva en el colegio demandado por razones que tuvieran causa en su condición de persona con discapacidad. En ese contexto solicitó se ordene a la demandada a que respete el derecho de la adolescente a la educación inclusiva hasta la finalización de sus estudios, que se concreta en la obligación de otorgar los apoyos docentes exigidos por sus características de aprendizaje, diseñar un Proyecto Pedagógico Individual que consulte esas características y la necesidad de promover su desarrollo en el contexto social educativo en el que habita con participación de sus progenitores y de profesionales de pedagogía y psicología que la asisten.

Dado que los padres de la adolescente habían intervenido en la defensa del derecho a la educación de su hija, la demandada opuso la excepción de falta de legitimación activa de la Defensora Pública para iniciar la acción en nombre y en representación de la adolescente, en el entendimiento de que las normas sólo otorgaban legitimación a los padres como sus representantes legales.

Como consecuencia del planteo realizado por la demandada, se presentaron los padres de la adolescente y el abogado del niño, que en este caso fue ejercido por el Dr. García Pullés, con el objeto de ratificar la demanda oportunamente iniciada y para evitar demoras en el proceso.

El Juzgado interviniente analizó la legitimación activa del Ministerio Público y sostuvo que “es el representante de los niños/as y adolescentes y actúa conjuntamente con sus progenitores o en forma principal para la mejor defensa de sus derechos. En función de ello, y ponderando que tanto en la causa conexas no. 86.808/2015 seguida entre las mismas partes, como en estos obrados no surge que los progenitores de la menor de edad C. M.M., hayan promovido acción de amparo contra la aquí demandada por el mismo objeto, los argumentos expuestos por la accionada sobre este aspecto deben ser rechazados, ya que la actuación de la Defensora de Menores configura el supuesto legal previsto en el inc. b) i del art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.”

⁴⁴ Juzg. Nac. 1ra. Instancia en lo Civil Nro. 99, “Defensoría de Menores e Incapaces no. 6 c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad s/ amparo”, expediente no. 35.476/2016, sentencia del 06/04/2017

Por su parte, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁴⁵, recordó que “En cuanto a sus modalidades de actuación, la representación es complementaria o subsidiaria, en coordinación con los representantes individuales, cuando el planteo de los representantes necesarios se ajusta a derecho y a las necesidades del niño o adolescente. En cambio, si la representación necesaria no ampara los derechos de la niñez por falta, exceso o defecto de la intervención, el Ministerio Público puede actuar autónomamente en reemplazo y hasta en contra de los representantes legales (conf. Moreno, Gustavo, “El alcance adecuado de una sentencia en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, RDF 2011-I-91, ed. Abeledo Perrot, citado por Alesi, Martín B., “Principios rectores del debido proceso de infancia. Garantías mínimas del procedimiento administrativo y judicial” en Fernández, Silvia Eugenia, directora, “Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes”, ed. Abeledo Perrot, 2015, pág. 2415, punto 1.2). Es evidente entonces la legitimación amplia que el mismo art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación citado otorga al Ministerio Público para entablar acciones de modo principal y autónomo sin los representantes necesarios o incluso contra ellos (conf. Tobías, José W. en Alterini, Jorge H., director, “Código Civil y Comercial de la Nación, tratado exegético”, Buenos Aires, ed. La Ley, 2015, t. I, comentario art. 103, pág. 894, punto e), y 896, f), lo cual sella la suerte de la queja vertida sobre el punto.”

Ambas autoridades judiciales congeniaron el marco normativo que funda la actuación de la defensa pública con el nuevo paradigma en materia de protección de los derechos de los NNyA.

Los precedentes trabajados hasta aquí se vinculan con la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

C) A continuación traeré un caso que tramitó ante *El tercer caso que valoro también tramitó ante el fuero civil en la causa “M., S. M. c/ M., M. A. y otros”*⁴⁶. Fue iniciado por el Ministerio Público de la Defensa, y allí se impugnó la paternidad matrimonial y se reclamó la filiación de una niña de 6 años, es decir, en el que se procuró la defensa de derechos personalísimos.

La Cámara, al confirmar la sentencia de grado, rechazó la legitimación del Ministerio Público bajo el argumento de que los actos personalísimos solo pueden tener lugar por decisión de las personas menores cuando cuenten con discernimiento para ello. Vale

⁴⁵ CNCivil, “Defensoría de Menores e Incapaces Nro. 6 y otros c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen María s/amparo” Expte. 35476/2016, sentencia del 01/09/2017.

⁴⁶ CSJN, “M., S.M c/ M., M.A. y otros”, Fallos: 324:245, 13/02/2001.

indicar que en la fecha del dictado de este precedente (2001) se encontraba vigente la Ley 24946.

En este mismo razonamiento fundó su sentencia, centralmente en la circunstancia que la representación de los menores ejercida por el Ministerio Público, en el marco del artículo 59 del Código Civil, es de naturaleza colectiva y promiscua. De tal modo, consideró que los Asesores de Menores tienen a su cargo la defensa en juicio de los incapaces, juntamente con sus representantes necesarios. En ese marco, la actuación en el proceso de dicho órgano es de vigilancia y asesoramiento en los asuntos que conciernen a los menores en su persona y bienes, pero complementaria de la que compete al representante necesario del menor, a quien asiste y controla sin excluirlo. Sostuvo, por lo tanto, que a aquéllos no les correspondía la asistencia genérica propia de sus representantes legales, en especial cuando se trata, como ocurría en el caso, de los llamados actos personalísimos; desde que - por su naturaleza - sólo están librados a la discrecional voluntad del autor del acto, de manera que se entienden ajenos al cometido de cualquier representante.

El DPO de menores e incapaces ante la Cámara interpuso un recurso extraordinario, el que al ser rechazado dio lugar al recurso de queja que debió decidir nuestro máximo tribunal federal. Allí resaltó que “en este caso en el que tanto el marido de la madre de la menor como el supuesto padre, con la conformidad de la progenitora, habían requerido que el Ministerio Público de Menores e Incapaces promueva esta acción, la cámara ha prescindido del alcance de las facultades que competen al citado ministerio público tras la sanción de la ley 24.946, particularmente la posibilidad de promover acciones en forma directa -art. 25, inc. i; 54, inc. c y 55, inc. b-, y de la articulación de estas funciones con los principios consagrados con la Convención sobre los Derechos del Niño.”

La CSJN resolvió en favor de la legitimación del Ministerio Público de la Defensa con remisión al dictamen del Procurador General que expresó: “La resolución de la Sala de fs. 295/7, empero, con el efecto equiparable al de un virtual rechazo *in limine* de la pretensión, le impidió al Ministerio Público acreditar la existencia de las desmejoras aludidas en el pronunciamiento de la Alzada, contrariando, así, los propios términos de la anterior decisión y determinando la virtual irrevisabilidad de la situación del niño, hasta el momento en que él alcance su minoridad adulta (arts. 127 y 921, C.C.), con menoscabo de la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, respaldada por la especial consideración que fuera conferida a la materia en tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se estableció el compromiso de los Estados de dar al menor oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado, con arreglo a las normas de procedimiento

de la ley nacional (v. S.C. Q.74.L.XXIX Quintana, E. c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles. R.H. del 1º de julio de 1997); posibilidad que, bueno es destacarlo, le ha sido denegada al menor, en la especie, aun por la vía indirecta que puede implicar el análisis psicológico y vincular de su situación personal con respecto a la familia y su medio, igualmente, abortado por el decisorio.” (en el dictamen el Sr. Procurador se remitió *brevitatis causae* a lo dictaminado en la causa "Oks, Sebastián Andrés c/ Osk, Carlos Hugo"⁴⁷ el 24 de noviembre de 1997 O., S. A. c/ O., C. H. O. 28. XXXII) (destacado agregado)

Recordemos que, en cuanto a las atribuciones del Ministerio Público, el art. 25 inc. i) de la Ley 24946 disponía “i) Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.”

Ahora bien, con relación a las funciones de los DPO de menores e incapaces, el art. 54 inc. c) disponía “Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal: fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.”

Los precedentes analizados dan cuenta de que los criterios de los tribunales nacionales y federales no son unánimes en cuanto a la legitimación del Ministerio Público de la Defensa para iniciar acciones de manera autónoma –y con prescindencia de la voluntad de los representantes legales–. Aún con posterioridad al dictado de la LOMPD que vino a acompañar un cambio de paradigma en lo que respecta a la protección de los derechos de las personas menores de edad y, por ende, de las funciones de la defensa pública en lo que respecta a la garantía del acceso a la justicia de aquellos, vemos que la interpretación restrictiva de los tribunales sigue ligada a la idea de la intervención promiscua del Ministerio Público, negándose la posibilidad, en algunos casos, de que sea la defensa pública quien se presente en defensa de los derechos de las personas menores de edad, considerando que ello, afecta el derecho de defensa así como también la patria potestad de sus padres. Fundamentos que debieran haber quedado perdidos en las tinieblas frente

⁴⁷ El dictamen del Procurador General de la Nación del fallo mencionado se encuentra agregado como Anexo IV de este trabajo.

a un ordenamiento jurídico –nacional e internacional– que propende a ampliar los sujetos que pueden intervenir, ante la justicia, en busca de la protección de los derechos de los NNyA.

Ninguna de las garantías reconocidas en beneficio de la infancia y de la adolescencia pueden fundar válidamente una decisión que restrinja o perjudique sus derechos. Más aún cuando lo que impiden justamente es el acceso a la justicia, llave fundamental para hacer efectivos los derechos lesionados. Es que el ordenamiento jurídico ha sido direccionado en el entendimiento de que la omisión o la falta de intervención de los padres, como representantes legales de los menores, no puede significar una desprotección de este colectivo cuya vulnerabilidad ha sido reconocida por diversos instrumentos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos de los NNyA.

4. 3. Carácter de parte del NNyA y del Ministerio Público de la Defensa, al intervenir de manera autónoma en representación de los derechos de las personas menores de edad.

Desarrollados los lineamientos jurisprudenciales que fundan la legitimación autónoma del Ministerio Público de la Defensa, interesa ahora dilucidar en qué carácter materializa esa intervención.

No abriga duda el carácter de parte del Ministerio Público de la Defensa cuando interviene de manera complementaria, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 103 inc. a) del CCCN y en el art. 43 de la Ley 27149 que establecen la intervención necesaria en todo proceso en los que se encuentren en juego derechos e intereses de personas menores de edad o con la capacidad restringida. Ello los convierte en parte necesaria en aquellos procesos, dando lugar a la declaración de nulidad de los actos procesales que sean llevados adelante sin su debida intervención.

Esta doctrina fue puesta de resalto por la CSJN en diversos precedentes⁴⁸ dictados luego de la Ley 26061 a través de la cual se derogó el sistema de patronato y se incorporó la defensa técnica de los niños (art. 27 inc. c).

Anteriormente me referí también a que la intervención del Ministerio Público puede tener lugar en su carácter de defensa técnica de aquellos NNyA que –de acuerdo a su edad y

⁴⁸ Entre ellos se encuentran: “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios”, 19 de mayo de 2009; “Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/ daños y perjuicios-ordinario”, 6 de julio de 2010; “Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ Beneficio de litigar sin gastos”, 19 de abril de 2011; y “Aguirre, María Rosa y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos – Secretaría de Seguridad - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, 3 de mayo de 2011.

grado de madurez suficiente– requieran el patrocinio letrado⁴⁹ para el inicio de la acción judicial (conf. arts. 25 y 26 CCCN). En estos casos, el carácter de parte será asumido por el menor adolescente⁵⁰. Ahora bien, para todos los demás supuestos en los que se llegue al convencimiento de que los derechos de los NNyA están siendo lesionados, restringidos o violados y no se dé el supuesto de intervención descrito en primer término, la defensa pública iniciará la acción que estime corresponder ante el fuero en el cuál posea competencia en el carácter de parte, pero siempre como representante de los derechos de la persona menor de edad. Empero, aún en estos casos deberá respetarse el derecho de participar de acuerdo a su grado de madurez y por ende, a que su opinión sea tenida en cuenta. De ningún modo el inicio de la una acción judicial por parte del Ministerio Público dará lugar al desconocimiento de la responsabilidad parental de sus padres y a que estos también participen del proceso o bien de las decisiones que conlleven a la defensa de los derechos de sus hijos.

Hemos visto también, en los precedentes anteriormente apuntados, que el ejercicio de la defensa pública en ningún caso implicó un desconocimiento de aquellos deberes y atribuciones y que hacen también a decisiones de la familia. Por el contrario, cuando la legitimación del Ministerio Público se ha visto objetada, los padres de los menores se han presentado a ratificar las correspondientes demandas. No hubo una toma de atribución que exceda lo normado en el ordenamiento jurídico, por el contrario, se demostró que en aquellos precedentes la limitación de las atribuciones de la defensa pública significó en los hechos una demora en el dictado de la resolución judicial.

⁴⁹ La defensa técnica de los NNyA debe ser gratuita, manos de un profesional de derecho y especializada, conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 10, párr. 49

⁵⁰ En lo atinente al grado de madurez de los NNyA para participar de los procesos en los que se encuentren involucrados sus derechos, me parece interesante la opinión de María Soledad PENNISE IARTONDO, mencionada en el artículo citado en la nota 37, en cuanto sostuvo que “la capacidad del menor, que configura el alcance de su autonomía, no constituye una categoría absoluta y varía en función del tiempo, la sociedad y el grupo familiar (capacidad progresiva); por ello debería ser el juez quien deberá evaluar cada caso particular, poniendo énfasis en las condiciones sociales, culturales y madurez del niño (aunque no sea un menor adulto), para poder determinar si se encuentra en condiciones de participar activamente en aquello que lo afecta en forma directa, de modo de asegurar la efectividad y operatividad de los derechos que tanto la ley interna, como la Convención Internacional que rige la materia le reconocen” trabajo inédito comentado en el artículo “Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas. Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por Ricardo Enrique Antón y Gustavo Daniel Moreno” publicado en la Revista Acceso a la Justicia de NNyA, Estrategias y buenas prácticas de la defensa pública, publicado por el Ministerio Público de la Defensa y UNICEF. Disponible en junio de 2023 en <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf> (acceso en junio de 2023)

4.4. Conclusión.

Para lograr un mayor acceso a la justicia de los NNyA deviene imprescindible que el poder judicial aborde la legitimación del Ministerio Público de la Defensa desde una perspectiva que comprenda cabalmente sus atribuciones.

Los institutos procesales se diseñaron como herramientas jurídicas diseñadas para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y demás nomas. Por ello, debe enlazarse a las específicas protecciones diseñadas por el ordenamiento jurídico en favor de los NNyA y sus familias. A su vez, su vinculación con los contextos sociales es inescindible y, precisamente por ello, deben atender a las realidades que se van presentando a nivel social, económico y cultural. Esa dinámica es la que mejor se adecua al principio de progresividad consagrado en el artículo 26 de la CADH.

En una importante obra, el jurista Gustavo Calvino advirtió “Quizás una asignatura pendiente de los juristas de este tiempo sea edificar y mejorar un sistema social y político enfocado realmente en el ser humano, donde la efectivización de sus derechos no sea una utopía, brindándole los medios necesarios y eficientes para ello. La perspectiva humana que adoptamos, al aceptar la esencial trascendencia del hombre, brinda la posibilidad de sortear los estrictos límites que otrora fijara el racionalismo antropocéntrico. Observaremos con atención el relevante aporte social que el derecho procesal hace con su objeto de estudio, poniendo en manos del hombre un método de debate democrático, pacífico y civilizado que le permite el pleno ejercicio del derecho de defensa enjuicio. Ese objeto de estudio es el proceso, medio sin el cual no puede concebirse un sistema político y social para el hombre, por ser pieza imprescindible en todo Estado que busque respetar su dignidad y libertad. Basta con que se omita la garantía del proceso para que todos los demás derechos reconocidos se conviertan en ilusas prebendas a merced de otra voluntad o del poder de turno.”⁵¹

Además, los NNyA son acreedores de una protección agravada, pues un interés superior moldea y condiciona las estructuras estatales, como así también los procedimientos y procesos que diseñe el ordenamiento jurídico para efectivizar sus derechos humanos. A punto tal que sus intereses prevalecen frente a un eventual conflicto de intereses (cf. art. 3.1. CDN, correlacionado con el art. 3, in fine, de la Ley 26061). En ese esquema jurídico, se atribuyó al Ministerio Público de la Defensa la función estatal de defensa pública. Por consiguiente, tiene la misión de activar los mecanismos e instrumentos jurídicos necesarios para que las autoridades judiciales aseguren la participación efectiva de los NNyA en los procesos. A la par, debe procurar que sus opiniones sean realmente

⁵¹ Gustavo CALVINHO, *El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder*, Universidad del Rosario, Lección textos de jurisprudencia, Bogotá, DC, 2012, pág. 3.

escuchadas y tenidas en consideración (cf. art. 12.2. CDN). La estricta observancia de las competencias del Ministerio Público afianza la garantía de acceso a la justicia por parte de los NNyA y coadyuva a que las autoridades estatales que intervienen en el proceso confluyan hacia el resguardo de su interés superior. Por cierto, esas garantías y derechos son de orden público (cf. art. 2 in fine, de la Ley 26061).⁵²

Conteste con esta visión, la CSJN recordó que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.”⁵³

Por su parte, la Corte IDH afirmó “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”⁵⁴. En el mismo sentido cabe señalar el párrafo 257 del Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010).

⁵² Ricardo Enrique ANTÓN y Gustavo Daniel MORENO, “Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista de Acceso a la Justicia de niñas, niños y adolescentes. Estrategias y buenas prácticas de la defensa pública del Ministerio Público de la Defensa y UNICEF. Disponible en junio 2023 en <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf>

⁵³ CSJN, “Lifschitz, Graciela Beatriz c. Estado Nacional”, Fallos: 324:122, 15 de junio de 2004, conf. dictamen del Procurador General de la Nación

⁵⁴ Corte I.D.H. “Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 184.

Conclusiones finales.

En este trabajo me propuse realizar un desarrollo que abarcara los distintos institutos comprendidos a la hora de analizar la legitimación del Ministerio Público de la Defensa para abordarla desde el nuevo paradigma de derechos humanos que nos interpela. En este enfoque me centré en los NNyA que se encuentran inmersos en una compleja realidad social y económica que exacerba su condición de vulnerabilidad y, precisamente por ello, requieren el auxilio del servicio de justicia para lograr una mayor efectivización de sus derechos económicos, sociales y culturales.

En el entendimiento de que el servicio estatal de defensa pública es esencial para garantizar el acceso a la justicia de ese colectivo, profundicé en las funciones que la Constitución Nacional, el CCCN y la LOMPD asignan –sobre las bases institucionales fijadas por la Ley 26.061– al Ministerio Público de la Defensa.

En ese entendimiento, formulé una primera conclusión: no se encuentra regulada expresamente la intervención autónoma de la defensa pública en los términos aquí expuestos. Sin embargo, si se encuentra regulada intervención principal de los DPO cuando se presentan dos supuestos: 1) Cuando los derechos de los NNyA se encuentren comprometidos y 2) Cuando existe inacción por parte de sus padres (art. 103, inc. b, CCCN).

La norma no condiciona esa función a la naturaleza de los derechos en juego, pues solo requiere que se encuentren comprometidos los derechos e intereses de los NNyA. Tal es así que la CSJN encontró que la actuación autónoma del Ministerio Público de la Defensa era conteste con las normas mencionadas en un caso donde articuló una demanda cuya pretensión procesal se encaminaba a la protección de los derechos personalísimos de una niña.

Por otro lado, el artículo 103 CCCN requiere que se configure el presupuesto fáctico de inacción de los padres de los NNyA. Esa circunstancia jurídica debe analizarse de cara al contexto social predominante. Por ello, traje a colación una serie de informes que ilustran la situación contextual en la que se desenvuelven los NNyA en nuestro país. Así, esas fuentes jurídicas ilustraron que los integrantes de ese colectivo experimentan, junto con sus familias, graves limitaciones en el acceso a la justicia para alcanzar la efectivización y/o protección de sus derechos fundamentales.

Habiendo descripto ese escenario, ahondé un poco más en la situación en la que se encuentran los padres y que no resulta ajena a esa realidad. Desde ese lugar me pregunté ¿Resulta lógico que, en un Estado democrático instituido como el principal garante de los derechos humanos de los NNyA, se haya construido un sistema de protección en donde aquellos sólo puedan acceder a la justicia a través de la representación legal de sus padres?

¿No es el servicio de defensa pública, especializado en niñez y adolescencia, un mecanismo pensado justamente para llenar esos vacíos ante la inacción de sus padres?

Las garantías rectoras consagradas por el sistema de protección de los NNyA me inclinaron hacia la confirmación.

Vimos también que el concepto de legitimación es dinámico, que a través de la historia y de las necesidades humanas se ha ido transformando para brindar nuevas respuestas. En cuanto a la legitimación del Ministerio Público de la Defensa, la nueva LOMPD se *aggiornó*, se adecuó, a la normativa nacional e internacional en materia de protección de los derechos humanos.

En consecuencia, si bien el Ministerio Público de la Defensa no fue incluido dentro de los representantes legales de los menores, una interpretación integral del ordenamiento jurídico me conduce a sostener su inclusión.

En ese camino de la representación legal de las personas menores de edad (que hemos visto que adquiere diferentes matices, de acuerdo a la edad y grado de madurez) para acceder a la justicia, las normas nos presentan un abanico de posibilidades (vale resaltar, todas dentro de la legalidad) que confluyen en una sola meta, que es la de garantizar el acceso a la justicia procurando así alcanzar la efectivización de los derechos de los NNyA. En la búsqueda de casos que traten la legitimación del Ministerio Público encontré que si bien la CSJN en una interpretación armónica de las funciones de la defensa pública con el deber de protección integral de los derechos que se encuentra en cabeza del Estado, se ha pronunciado a favor de la legitimación autónoma de los DPO para iniciar acciones procesales ante la inacción de sus padres, existen diversos tribunales (en el ámbito nacional y federal) que continúan negando ese tipo de intervención de la defensa pública. Para responder el interrogante inicial y que ha dado sentido a este trabajo, he confirmado que los DPO poseen legitimación autónoma para iniciar procesos judiciales, como representantes legales de los NNyA y ante la inacción de sus padres.

Para finalizar este recorrido y a modo de conclusión, me parece necesario seguir reflexionando acerca de estas cuestiones atinentes al acceso a la justicia de los NNyA. Los avances respecto de la garantía de acceso a la justicia de los NNyA son significativos, pero no por ello se encuentra exenta de interpretaciones regresivas. Normalmente, las limitaciones son fruto del análisis restrictivo que las autoridades judiciales efectúan con relación a la legitimación procesal del Ministerio Público de la Defensa. Se vuelve necesario, entonces, la adecuación de esa visión con miras a garantizar este tipo de intervención.

INDICE

Resumen del trabajo ... Págs. 2/4

Introducción Págs. 4/5

Capítulo I

- 1.1. Formulación del problema Págs. 6/8
- 1.2. Objetivos generales y particulares Págs. 8/9
- 1.3. Preguntas de investigación Pág. 9
- 1.4. Estructura del trabajo Págs. 10/11

Capítulo II

- 2.1. Creación del Ministerio Público de la Defensa Págs. 12/15
- 2.2. Modos de intervención Págs. 15/18
- 2.3. Necesaria diferenciación entre los DPO Págs. 18/19
- 2.4. Representación legal de los NNyA en el CCCN Págs. 19/23
- 2.5. Conclusión Págs. 23/24

Capítulo III

- 1.1. Garantía de acceso a la justicia de NNyA Págs. 25/27
- 1.2. Protección integral de los derechos Págs. 27/33
- 1.3. Vulnerabilidad de los NNyA Págs. 33/34
- 1.4. Medidas de protección especial para la infancia Págs. 34/35
- 1.5. Conclusión Págs. 35/36

Capítulo IV

- 4.1. Legitimación autónoma del Ministerio Público Págs. 37/43
- 4.2. Análisis de la legitimación autónoma Págs. 43/50
- 4.3. Carácter de parte del NNyA y del Ministerio Público Págs. 50/51
- 4.4. Conclusión Págs. 52/53

Conclusiones finales del trabajo ... Págs. 54/55

BIBLIOGRAFIA GENERAL

LIBROS

BALBÍN, Carlos F. *Tratado de derecho administrativo*, LA LEY, Buenos Aires, 2010, T. III.

BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena I., *Código Civil Comentado*, Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, julio 2003, T. 1, A.

CALVINHO Gustavo, *El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder*, Universidad del Rosario, Lección textos de jurisprudencia, Bogotá, DC, 2012.

GELLI María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. LA LEY, Buenos Aires, 2014, 4ta. Edición ampliada y actualizada, T. II, Artículos 44 a 129.

LORENZETTI Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ra. Edición, T. I, Artículos 1 a 246.

MAIRAL, Héctor A. "La legitimación en el proceso contencioso administrativo", en AA.VV., *Control de la Administración Pública administrativo, legislativo y judicial*, RAP, Buenos Aires, 2003.

MONTERO AROCA Juan, *El nuevo proceso civil*, Ley 1/2000, de et. al., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

ANTÓN Ricardo Enrique y MORENO Gustavo Daniel, "Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *Revista de Acceso a la Justicia de niñas, niños y adolescentes. Estrategias y buenas prácticas de la defensa pública del Ministerio Público de la Defensa y UNICEF*

<https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf> (acceso junio 2023)

CONDE María de Jesús, Corte I.D.H., "El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes", *Revista IIDH Nro. 50 de la Biblioteca*, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25534.pdf> (acceso junio 2023)

GUZMÁN Federico Andreu y COURTIS Christian “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” Ministerio Público de la Defensa, Vol. que recopila las presentaciones del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas Buenos Aires, República Argentina 11, 12 y 13 de junio de 2008, <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5264-defensa-publica-garantia-de-acceso-a-la-justicia> (acceso junio 2023)

MORENO Gustavo Daniel “Estrategias de la Defensa Pública Oficial para la Exigibilidad de los Derechos Sociales de la Infancia”, Revista Acceso a la Justicia de NNyA, Estrategias y buenas prácticas de la defensa pública del Ministerio Público de la Defensa y UNICEF. <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf> (acceso junio 2023)

NUTTER Silvia, “El derecho del niño a ser oído en el marco de una Defensoría Pública de Menores e Incapaces”, Revista Acceso a la Justicia de NNyA, Estrategias y buenas prácticas de la defensa pública del Ministerio Público de la Defensa y UNICEF. <https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1337874154Libro%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20NNyA%20DGN-%20UNICEF.pdf> (acceso junio de 2023)

TOSELLI Juan Carlos “La necesaria intervención del Ministerio Pupilar: finalidad, función y legitimación procesal”, LA LEY 29/03/2011, 3 - LA LEY2011-B, 338, Cita: TR LALEY AR/DOC/7911/2010.

INFORMES

Olivier DE SCHUTTER, Informe sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, de conformidad con la resolución 44/13 del Consejo de Derechos Humanos, presentado por el Secretario General de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 19 de julio 2021. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Relator%20Especial_Extrema%20pobreza%20y%20derechos%20humanos_informe_A.76.177_Oct2021_ESP.pdf (acceso junio 2023)

UNICEF, “Análisis de la situación de la niñez y de la adolescencia en Argentina”, julio de 2021, <https://www.unicef.org/argentina/informes/estado-de-la-situacion-de-la-ninez-y-la-adolescencia-en-argentina-2021> (acceso junio 2023)

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>. Reglas a las que se adhirió la CSJN mediante Acordada Nro. 5/2009, https://www.csjn.gov.ar/om/convenios/c_mpf.pdf

JURISPRUDENCIA

Nacional:

CSJN “M., S.M c/ M., M.A. y otros”, Fallos: 324:245, 13/02/2001.

CSJN “Quiroz, Milton Julio y otros c/ Caporaletti, Juan y otros.”, Fallos: 327:2074, 1/6/2004.

CSJN “Lifschitz, Graciela Beatriz c. Estado Nacional”, Fallos: 324:122, 15/06/2004, conf. dictamen del Procurador General de la Nación

CSJN "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios", Fallos: 332:1115, 19 de mayo de 2009

CSJN “Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Fallos 335:452, 24/04/2012

CSJN “T., A.A. c L, F.D S/Alimentos” Fallos 341:424, 24 de abril 2018

CSJN “Cansino María Virginia (por sí y en representación de su hija G., A.M.) c/ Asociart ART S.A. Y OTRO s/ Accidente – Acción Civil”, Fallos 345:722, 18 de agosto de 2022. CCAF, Sala V, “Paiva Jara, c/ EN-M. INTERIOR OP Y V- DNM s/ Recuso Directo”, expte 3545/2017, sentencia del 24/04/2019

Cam.Fed. Apel. de Córdoba, Sala A (Secretaría Civil) “Ministerio Público de la defensa c/ Provincia de Córdoba - Estado Nacional s/amparo ley 16.986”, (expte. 35784/2013), 19/06/2014.

CNCiv. Sala A "C. c. M. s/ desalojo" del 2/12/2005, publicado en LA LEY 2006-B, 342; CNCiv, Sala E "García Sale c. E. H s/ desalojo" del 19/11/2012, publicado en LA LEY del 17/04/2013

CNCivil, Sala E, “Defensoría de Menores e Incapaces Nro. 6 y otros c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen María s/amparo” Expte. 35476/2016, sentencia del 01/09/2017

Juzg. Nac. 1ra. Instancia en lo Civil Nro. 99, “Defensoría de Menores e Incapaces no. 6 c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad s/ amparo”, expediente no. 35.476/2016, sentencia del 06/04/2017

Extranjera:

Corte Europea, “H.R., Z and others v. the United Kingdom”, 10 May 2001, para. 73-75.

Corte I.D.H., sentencia “Furlán y familiares vs. Argentina”, del 31 de agosto 2012, Serie C, Nro. 246.

Corte I.D.H., sentencia “Villagrán Morales y Otros versus Guatemala”, del 19 noviembre 1999, Serie C, Nro. 63.

Corte I.D.H., sentencia “Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, del 24 de agosto de 2010, Serie C, Nro. 214.

Corte I.D.H., sentencia “Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala” del 24 de noviembre de 2009, Serie C, Nro. 211.

ANEXOS

- I. Resolución DGN Nro. 230/17 de la Defensoría General de la Nación, sobre “Criterios de intervención de los DPO en materia no penal”.
- II. Dictamen de la Defensora General de la Nación, Stella Maris MARTÍNEZ, en los autos de CSJN FCB 25, 35784/2013/1/RH1.
- III. Dictamen del procurador fiscal, Víctor ABRAMOVICH en los autos de CSJN FCB 35784/2013/1/RH1.
- IV. Dictamen del Procurador General de la Nación en “O., S. A. c/ O., C. H.” del 24/11/1997.

ABREVIATURAS

NNyA: niños, niñas y adolescentes

DPO: Defensor Público Oficial

LOMPD: Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa Nro. 27149.

CCCN: Código Civil y Comercial de la Nación

DGN: Defensoría General de la Nación

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PACADH: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.