

ESTUDIOS SOBRE
JURISPRUDENCIA

2018

4. FORMAS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA RESPECTO DE PERSONAS MENORES DE EDAD, INCAPACES Y CUYA CAPACIDAD SE ENCUENTRA RESTRINGIDA: DESDE LA CLÁSICA REPRESENTACIÓN COMPLEMENTARIA, A LA LEGITIMACIÓN AUTÓNOMA PARA INICIAR PROCESOS COLECTIVOS

Carlos A. Bado y Gonzalo E. Artola

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar las distintas formas de actuación del MPD en el plano judicial y extrajudicial. A tal efecto, se enfatiza en el estudio de la jurisprudencia y de los dictámenes emitidos por la Defensora General de la Nación y los Procuradores actuantes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De esta forma, se reflexiona acerca del rol del Ministerio Público de la Defensa en la representación de personas con un alto grado de vulnerabilidad, como lo son los NNyA, incapaces y las personas con capacidad restringida.

VOCES

Código Civil y Comercial de la Nación. Reforma legal. Ministerio Público de la Defensa. Representación. Defensor de menores. Tutela judicial efectiva. Acceso a la justicia. Personas en situación de vulnerabilidad. Niños, niñas y adolescentes. Capacidad. Personas con discapacidad. Amparo. Procesos colectivos.

FORMAS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA RESPECTO DE PERSONAS MENORES DE EDAD, INCAPACES Y CUYA CAPACIDAD SE ENCUENTRA RESTRINGIDA: DESDE LA CLÁSICA REPRESENTACIÓN COMPLEMENTARIA, A LA LEGITIMACIÓN AUTÓNOMA PARA INICIAR PROCESOS COLECTIVOS

Carlos A. Bado¹ y Gonzalo E. Artola²

▶ **INDICE**

I. INTRODUCCIÓN

II. FORMAS DE ACTUACIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

- a) Actuación complementaria
- b) Actuación principal
 - 1. Principal derivada
 - 2. Principal autónoma
 - Procesos individuales
 - Procesos colectivos
- c) Actuación extrajudicial

III. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la actuación del Ministerio Público de la Defensa (MPD), en particular en lo que respecta al rol de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces. Este ámbito es explicitado en el Código Civil y Comercial (CCyC), especialmente en el artículo 103, interpretado en conjunto con normas de jerarquía constitucional (artículo 120 de la Constitución Nacional) y con normas de carácter legal (Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149).

Motiva la elaboración del presente, por un lado, la necesidad de aclarar ciertas nociones acerca de la representación del MPD respecto de los niños, niñas y adolescentes

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires (2011). Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación, prestando funciones en el Grupo de Actuación de la Defensora General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Egresado de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia – UNLAM con orientación en Derecho Privado (2014). Maestrando en Derecho Civil en la Universidad Austral.

² Abogado, Universidad de Morón (2015). Oficial de la Defensoría General de la Nación, prestando funciones en el Grupo de Actuación de la Defensora General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Egresado de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia – UNLAM con orientación en Derecho Penal (2016). Maestrando en Derecho Penal en la Universidad Torcuato Di Tella.

(NNyA); incapaces y personas con capacidad restringida, que han sufrido ciertas modificaciones recientes con la reforma del CCyC y el desarrollo jurisprudencial. Por otro lado, realizar aportes a una discusión jurídica actual que se vincula con la legitimación de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces para promover de forma autónoma principal procesos colectivos.

En este marco, se analizarán las formas de actuación del MPD respecto de estas personas, tanto en el plano judicial como extrajudicial, haciendo especial hincapié en la actuación autónoma principal para promover procesos individuales y colectivos. Para ello, se trabajará con jurisprudencia y reflexiones doctrinarias y se estudiarán dictámenes emitidos por la Defensora General de la Nación y los Procuradores actuantes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). En este sentido, se destacará la revalorización del rol del Ministerio Público de la Defensa en cuanto a la representación de personas con un alto grado de vulnerabilidad, como lo son los NNyA, incapaces y las personas con capacidad restringida. Finalmente, se fijará posición respecto de la legitimación que poseen los Defensores Oficiales de Menores e Incapaces para iniciar de forma autónoma procesos colectivos.

II. FORMAS DE ACTUACIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

Para efectuar este análisis, corresponde transcribir el artículo 103 del CCyC, que plasma las modalidades de actuación del MPD:

Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

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 los 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.

A partir de esta norma, podemos advertir que la actuación del MPD puede darse tanto en el ámbito judicial –y resultar complementaria o principal–, como en el ámbito

extrajudicial. A su vez, como se explicará en los puntos siguientes, la intervención principal puede ser derivada o autónoma y recaer sobre procesos individuales o colectivos.

a) Actuación complementaria

De conformidad con el apartado “a” del artículo 103 del CCyC, esta actuación se da en todo proceso en que se encuentre involucrado un interés de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. En esta línea, además, adscribe la LOMPD que, en su artículo 43, inciso “b”, fija como funciones de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces

[i]ntervenir en forma complementaria en todo asunto judicial que afecte los derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes, o de personas respecto de quienes haya recaído sentencia en el marco de un proceso referente al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias.

Esto, a los fines de que el defensor pueda velar por el respeto del derecho de defensa en juicio, el acceso a la justicia en un pie de igualdad, la garantía del debido proceso legal y el derecho a ser oído de sus representados. En este sentido, además de la asistencia brindada por los representantes legales (progenitores, tutores o guardadores en el caso de NNyA; curadores o apoyos en el caso de los incapaces y personas con capacidad restringida), este colectivo vulnerable posee una representación complementaria por parte de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces. En cuanto a esto, BALIERO DE BURUNDARENA señala que “la intervención del Ministerio Público es necesaria, representativa, de orden legal, y requiere de control judicial. [S]u actuación se integra y complementa con la que ejerce el representante individual” (2015, 215).

Asimismo, cabe destacar que esta actuación del MPD es obligatoria por mandato legal y constitucional, y los jueces deben velar por su intervención, bajo pena de nulidad. Al respecto, la CSJN ha dictado diversos precedentes en los que ha ratificado esta postura: En 1983, en “[Bittleston](#)”³, descalificó una sentencia que había omitido la debida intervención del Ministerio Público y refirió que esto “menoscaba la función institucional de éste”. En 2009, en “[Carballo de Pochat](#)”⁴, afirmó 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 a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones.

Posteriormente, en “[Faifman](#)”⁵, año 2011, agregó que

³ CSJN. Fallos: 305:1945.

⁴ CSJN. Fallos: 332:1115.

⁵ CSJN. Fallos: 334:419.

...el Defensor Oficial, no ha tenido intervención alguna en la causa, razón por la que debe invalidarse la decisión de la cámara que —pese a esa omisión— confirmó el fallo de la instancia anterior. En consecuencia [...] corresponde declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y de los restantes actos procesales cumplidos con posterioridad, debiendo resguardarse en la instancia de grado el derecho de defensa del menor involucrado y garantizarle la doble representación que legalmente le correspondía.

Por último, en el corriente año, la CSJN en “CORVALÁN”⁶ hizo lugar a un planteo de nulidad efectuado por la Defensora General de la Nación por falta de intervención, y por remisión a los estándares citados declaró la nulidad de todo lo actuado sin la debida intervención del MPD. Se desprende del dictamen de la Defensora General de la Nación, que

[l]a actividad desplegada por el Sr. Juez de Primera Instancia, luego confirmada por la Cámara de Apelaciones, desconoció el principio de especialidad que debe regir en los procesos judiciales que involucren a niños, niñas y adolescentes [y que e]sta omisión, a su vez, afectó la garantía de mis asistidos al acceso a la justicia en un pie de igualdad, en tanto se omitió su especial protección como sujetos de derechos vulnerables. Pues claro, ellos han padecido un trato desigual frente a su contraparte, dado que el Poder Judicial desconoció aquellos institutos creados a efectos de compensar la situación de vulnerabilidad y desventaja al que se ven expuestos⁷.

Cabe agregar que la falta de intervención causa la nulidad relativa de los actos cumplidos sin su presencia. Por ello, sólo puede dictarse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establece, y el defensor puede en su primera intervención sanear esto, siempre y cuando las actuaciones sustanciadas sin su presencia fueren beneficiosas para su representado. En esta línea, la doctrina entiende que “si las actuaciones hubiesen sido favorables a los intereses de dicha persona, no cabe oponer la nulidad de lo actuado, ya que la finalidad de la nulidad es proteger al representado y, en este caso, no se lo ha perjudicado” (2015, 216). Asimismo, los defensores pueden convalidar lo actuado sin su presencia cuando la sanción de nulidad haría retrotraer las actuaciones a un punto tal que torne inefectiva la tutela judicial. Este criterio fue adoptado por la Defensora General de la Nación en un dictamen emitido ante la CSJN, donde, ha fijado que

...conforme a la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos ‘[Fornerón e Hija vs. Argentina](#)’ (27/04/2012), y ‘[Furlan y Familiares vs. Argentina](#)’ (31/08/2012); aquí se debe tomar un especial cuidado pues se trata de un proceso que involucra la afectación de derechos de personas en situación de vulnerabilidad, de manera que se debe velar para que se obtenga una resolución rápida en pos de respetar la garantía establecida por el art. 8.1 de la CADH, en función de los artículos 19 y 1.1, de dicha

⁶ CSJN. CIV 43124/2013/1/RH1. Rta. 18 de abril de 2018.

⁷ Dictamen de la Defensora General de la Nación Stella Maris MARTÍNEZ en los autos de CSJN CIV 43124/2013/1/RH1, pág. 10.

Convención Americana. [...] Dado ello, si bien no podía dejar de señalar la omisión relevante en el caso, en punto a asegurar la representación del niño en todo el trámite del proceso, habré de priorizar la pronta resolución a favor de la mayor salvaguarda de derechos de mi representado evitando una eventual nulidad que retrotraiga el caso a sus inicios, dilatando y desdibujando aún más la efectiva tutela judicial de sus derechos...⁸.

Como corolario, cabe afirmar además que la representación complementaria posee un pleno reconocimiento en el plano internacional, precisamente en el precedente de Corte IDH “[Furlan vs. Argentina](#)”. Allí, el tribunal internacional se refirió a los Defensores Públicos de Menores e Incapaces como una “herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad”⁹, y condenó al Estado Argentino como responsable por su falta de participación en un proceso, lo cual vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana. Todo esto, se encuentra estrechamente vinculado con la noción de “medida de compensación”¹⁰ de las condiciones de desigualdad en las que se encuentran las personas menores de edad, incapaces y cuya capacidad se encuentra restringida a los fines de un efectivo acceso a la justicia y defensa de sus derechos. Como así también, con las [Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad](#) –adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, República Federativa del Brasil, en el año 2008– a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹.

b) Actuación principal

Conforme surge del punto “b” del artículo 103 del CCyC, la actuación principal se da en tres casos, a saber: 1) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; 2) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; 3) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. Esto se corresponde con lo normado en la LOMPD, que en su artículo 43, inciso “c”, fija como funciones de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces

[p]romover o intervenir en forma principal cuando los derechos o intereses de sus asistidos estén comprometidos y existiera inacción de sus representantes; cuando el objeto del proceso sea exigir el cumplimiento de

⁸ Dictamen de la Defensora General de la Nación Stella Maris MARTÍNEZ en los autos de CSJN FCB 25675/2015/CS1, pág. 11.

⁹ Corte IDH “[Furlan y familiares vs. Argentina](#)”. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. Nro. 246. Párr. 243.

¹⁰“La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad.” (Párrafo 119), OC-16 Corte IDH, de 1/10/1999, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.

¹¹ Acordada CSJN 5/2009.

los deberes a cargo de sus representantes o apoyos; y cuando carecieren de representante o apoyo y fuera necesario proveer la representación o el sistema de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El primer supuesto parte de una inacción de los representantes. En este sentido, los defensores, cuando advierten una omisión de los representantes legales de personas menores de edad, incapaces o cuya capacidad se encuentra restringida, deben intervenir de forma principal para garantizar la adecuada representación, efectuando las presentaciones que estimen pertinentes en el ámbito judicial, ya sea instando un proceso o impulsando uno ya iniciado. El segundo, exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes, se vincula con la función de control que tienen los defensores sobre la labor de éstos, pudiendo entonces, entre otras medidas, reclamar a los progenitores que cumplan con su obligación alimentaria (artículo 661, inciso “c”, CCyC) o cualquier otro deber que les competa, conforme el artículo 646 del CCyC; como también instar al curador para que cumpla con las reglas generales que impone el artículo 31 del CCyC, y exigirle la rendición de las cuentas (artículo 130 CCyC). Por último, el tercer supuesto de actuación principal se da cuando los representados carecieren de representante legal y, en este caso, el defensor debe arbitrar los medios procesales conducentes a que se provea esta representación, ya sea mediante un proceso de adopción, tutela, determinación de la capacidad, entre otros.

Cabe destacar que la actuación principal de los defensores puede darse de forma derivada o autónoma, pudiendo ser esta última referente a procesos individuales o colectivos.

1. Principal derivada

La actuación principal derivada se da en los casos en que el defensor ejerce una representación de tipo complementaria en un proceso judicial y advierte durante su sustanciación una inacción de los representantes legales que compromete los derechos y/o intereses de su representado. En esta línea, los defensores se encuentran legitimados para impulsar el proceso, efectuar las peticiones que consideren adecuadas, e incluso recurrir las sentencias que les generen agravios, por más que los representantes las consientan. Todo ello, a los fines de garantizar el derecho de defensa en juicio de los NNyA, incapaces y personas con capacidad restringida, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 CN.

En esta línea ha dictaminado la Defensora General de la Nación, en un caso ante la CSJN donde señaló que la decisión de no permitir a la Defensora de Menores ejercer la representación de la niña ante la alzada –mediante el recurso de apelación– en pos de proteger los intereses de la misma

...resulta asimilable a omitir directamente su intervención [...] lo que además, en este caso, significa un menoscabo del derecho de defensa en juicio y de la garantía de debido proceso que debe asegurarse a la niña. [M]ás allá de la conducta omisiva de la madre, como representante necesaria de mi asistida, la pretensión impugnativa de la Defensora de Menores protegía los intereses del único titular del derecho reclamado. En este aspecto, la actuación de este Ministerio Público resultaba independiente

de las demás partes del proceso, pues así lo dispone el artículo 103 de nuestra ley común y el artículo 43. inc. c) de la Ley 27.149, en cuanto establece que el Defensor de Menores actúa en carácter de representante principal cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes o cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes¹².

En dicho expediente, la Corte recientemente se pronunció a favor de esta pretensión, y fijó como estándar que

...la declaración de inapelabilidad de la cuestión desconociendo la entidad de la representación que por las circunstancias del caso correspondía, vulnera lo dispuesto por el art. 103 del Código Civil y Comercial y lesiona el derecho de defensa en juicio de la menor de edad (art. 18 de la Constitución Nacional). [L]a inactividad de la progenitora de la menor de edad para fundar el recurso de apelación oportunamente deducido, comprometió los intereses de aquella al verse cercenada la posibilidad de obtener un pronunciamiento de la alzada sobre los derechos reclamados en autos, lo que justificaba la actuación oportunamente ejercida por el Ministerio Público de la Defensa a fin de proteger sus intereses ¹³.

2. Principal autónoma

Hablamos de actuación autónoma de los defensores cuando éstos, por su propia iniciativa, promueven un proceso judicial en favor de sus representados. Esta actuación también fue reconocida por la Corte IDH en el ya mencionado fallo “[Furlan vs. Argentina](#)” en donde afirmó 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...”¹⁴. Tal como se dijo, esta actuación puede reflejarse en acciones individuales o colectivas.

- Procesos individuales

A los fines de garantizar los derechos e intereses comprometidos de sus defendidos, los Defensores Públicos de Menores e incapaces se encuentran legitimados para actuar de manera autónoma y entablar las acciones individuales que consideren pertinentes.

Esta legitimación fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “MARCHESINI”¹⁵. Allí, la Sala “J” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había confirmado el fallo de la anterior instancia que rechazó *in limine* la demanda de impugnación de paternidad y de reclamación de filiación interpuesta por el

¹² Dictamen de la Defensora General de la Nación Stella Maris MARTÍNEZ en los autos de CSJN CIV 20919/2014/2/RH1 págs. 10 y 11.

¹³ CSJN, [Fallos: 341:424](#).

¹⁴ Corte IDH “[Furlan y familiares vs. Argentina](#)”. Sentencia del 31 de agosto de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. Nro. 246. Párr. 238.

¹⁵ CSJN, [M.354.XXXIV.13/2/2001](#).

Ministerio Público de la Defensa en representación de una niña de seis años. La Cámara había fundado su decisión en las facultades de representación promiscua que poseen los Defensores Públicos de Menores e Incapaces y en las limitaciones de tales funcionarios para realizar actos personalísimos. Al igual que el magistrado de grado, concluyó que la acción de estado civil deducida sólo podía ser promovida por la menor cuando llegase a la edad de discernimiento, si así lo consideraba beneficioso. Con motivo del recurso de queja por recurso extraordinario denegado interpuesto por el Defensor Público de Menores e Incapaces, la causa se elevó a la CSJN. El Procurador General de la Nación, en su dictamen emitido con fecha del 29 de Julio de 1999 reconoció la legitimación del Ministerio Público de la Defensa al señalar la facultad de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces “a intervenir en los asuntos judiciales o extrajudiciales que afecten a la persona o bienes de los Menores e Incapaces y entablar en defensa de éstos, las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios” (lo subrayado es original)¹⁶. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que

...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.

Luego, hizo lugar al recurso de queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

- Procesos colectivos

La Defensa Pública también tiene la representación de los derechos individuales homogéneos y de incidencia colectiva de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. En este sentido, la LOMPD en su artículo 1 establece que “[e]l Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos [...] colectivos”. A su vez, en su artículo 42, inciso “o”, señala como deberes y atribuciones de los Defensores Públicos Oficiales “[p]romover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter [...] colectivo”.

Como antecedente de implementación de la mencionada defensa de un colectivo de personas vulnerables, podemos citar el caso “RRA c/ DIARIO CLARÍN ARTE GRÁFICO EDITORIAL ARGENTINO S.A.” en donde, en el marco de una acción de amparo promovida por un particular, cuyo objeto perseguía el cese de las publicaciones contenidas bajo el rubro “Avisos Clasificados”, un Defensor Público de Menores e Incapaces¹⁷ asumió la representación respecto de las personas menores de edad que eventualmente pudieran acceder a su contenido. La acción fue admitida en primera instancia, condenando a los codemandados –Editoras de los diarios Clarín, La Razón, Crónica y Ámbito Financiero– a cesar en el plazo de cinco días “la publicación de

¹⁶ [Dictamen de Nicolás Eduardo Becerra en los autos CSJN, M.354.XXXIV, pág. 4.](#)

¹⁷ Atilio ÁLVAREZ, titular de la Defensoría Pública Oficial de Menores e Incapaces N°2.

fotografías de personas en posturas obscenas que ofrezcan servicios de prostitución [...] limitándose asimismo los textos que se refieren a la comercialización de dichas actividades”. Dicha sentencia fue confirmada –en lo pertinente– por la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Ante el recurso interpuesto por una codemandada, se confirió vista al Sr. Procurador General de la Nación, quien dictaminó reconociendo la legitimación del defensor, y señaló que

...los apelantes insisten dogmáticamente con sus razonamientos respecto de quiénes revisten la condición de sujetos legitimados por el artículo 43 de la Constitución Nacional para la defensa de los ‘derechos de incidencia colectiva’ o ‘intereses difusos y o colectivos’, pero no rebaten (ni siquiera mencionan) los fundamentos de los sentenciadores en el sentido de que la legitimación del Ministerio de Menores para intervenir en este proceso deriva de disposiciones constitucionales y legales, tales como los artículos 120 de la Constitución Nacional y 54, inciso a), de la ley 24.946 –de Ministerio Público–, dado que la evolución de las normas que regulan la materia admiten la intervención directa de este órgano¹⁸.

Corresponde destacar además un precedente del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de la Ciudad de Buenos Aires, el caso “ASESORÍA TUTELAR N° 2 ATCAYT 212/12”¹⁹. En el caso, el titular de la Asesoría Tutelar N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires promovió una acción de amparo colectivo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), con el fin de que se ordene a la demandada que ejecute obras de infraestructura, brinde insumos y efectúe nombramientos de personal en el Hospital Municipal de Oncología Marie Curie. Ello “a fin de resguardar la seguridad individual y colectiva, la salud y en definitiva la vida de los niños, niñas, adolescentes, personas con padecimientos mentales que allí se atienden...”. El Asesor también acompañó un informe de la Superintendencia Federal de Bomberos acerca de las condiciones de seguridad del hospital. Dicha petición fue admitida tanto en primera como en segunda instancia, donde se reconoció la existencia de los derechos invocados, se afirmó que correspondía clasificarlos como de incidencia colectiva, y que se había demostrado incumplimiento de normas vinculadas con la seguridad del nosocomio. Así, arribó al STJ por recurso de inconstitucionalidad del GCBA donde, en lo que a este trabajo interesa, se cuestionó la legitimación del Asesor para promover esa clase de procesos, en forma autónoma y sin intervención de los representantes legales.

Cabe resaltar los votos de los jueces CONDE, LOZANO, CASÁS y WEINBERG, quienes se expidieron sobre este tema, y fijaron posturas diversas acerca de la legitimación del Asesor. En primer lugar, tenemos el voto de la jueza Conde, quien trazó una diferencia en la legitimación, según se trate de acciones individuales o colectivas. Así, afirmó que en caso de acciones individuales la intervención del Ministerio Público es, por regla, complementaria de la que ejercen los representantes legales, pero ante la ausencia, carencia, inacción, o defectuosa actuación (supuestos que consideró deben ser acreditados), el Asesor puede actuar judicialmente en forma principal o autónoma. Por

¹⁸ Dictamen de Esteban RIGHI en los autos CSJN S.C.R. N° 1312, L XL.

¹⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “Asesoría Tutelar n°2 ATCAYT 212/12 s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ Recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. n° 12412/15. fallado el día 18 de octubre de 2017.

otra parte, afirmó que las acciones colectivas no están reguladas en el CCyC, sino que se encuentran reguladas en otras normas, como el art. 43 CN, y otras normas locales (como el art. 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ley N° 1.903) de las que se desprende la legitimación autónoma del Asesor Tutelar para accionar en defensa de derechos colectivos. Además, la jueza CONDE sostuvo que la

...situación de vulnerabilidad socio-económica suele transformarse en un impedimento material para que los representantes necesarios de los menores e incapaces promuevan acciones judiciales en defensa de sus intereses, por lo que ante su ausencia cabe presumir iuris tantum un supuesto de inacción que justifica aún más la apertura de la vía judicial por parte del Ministerio Público Tutelar, desde la óptica del art. 103 ap. b.i) CCivCom²⁰.

En segundo lugar, el juez LOZANO marcó una diferencia entre legitimación y competencia. A partir de ello afirmó que, para instar una acción judicial, quien se presenta debe acreditar la legitimación del Estado por el que actúa y su propia competencia. En el caso del Asesor Tutelar, la competencia está establecida en la Ley local Orgánica del Ministerio Público, que le otorga la representación de personas menores e incapaces; y la legitimación proviene del CCyC, particularmente del artículo 103. Luego, distinguió dos situaciones: Una que ubicó en el inciso “b” del artículo 103, que se da cuando la representación es inactiva o ausente, donde el Asesor no obra sólo respecto de lo irrenunciable sino de todos los derechos del asistido. Y otra que ubicó en el inciso “a”, que aparece cuando están en juego derechos que son irrenunciables por la persona menor de 18 años, donde no se le exige al Asesor acreditar inacción, pues puede actuar complementariamente.

Por último, el juez LOZANO sostuvo que las pretensiones encaminadas a mejorar las condiciones de seguridad “han venido presentadas como un derecho a que quienes se atienden en el nosocomio, lo hagan sin quedar expuestos a riesgos que el orden jurídico busca conjurar, derecho cuyo objeto es indivisible y cuyos titulares son potencialmente representables por el AT”²¹. Por ello, en atención a que las condiciones de seguridad son de orden público y, por ende, irrenunciables, reconoció la pretensión del Asesor en los términos del artículo 103, inciso “a” del CCyC.

Por su parte, el juez CASÁS sostuvo que, si bien no es posible desprender claramente la legitimación para la tutela de los intereses y derechos colectivos de la normativa constitucional nacional y local, cabe fundarla en las previsiones del artículo 103 del CCyC. Así, afirmó que, de conformidad con el inciso “b”, párrafo i) del mencionado artículo, el Ministerio Público Tutelar puede iniciar un proceso colectivo en resguardo de derechos de personas menores, incapaces y con capacidad restringida. Además, el Magistrado aclaró que la inacción de los representantes legales

...puede verificarse no solo ante cualquier omisión negligente sino cuando, como en el caso, la información necesaria para detectar una afectación de los derechos de sus representados, y así poder obrar en consecuencia, resulta

²⁰ STJ Expte N° 12412/15. Voto de la jueza CONDE. Cons. 2.1.

²¹ STJ Expte N° 12412/15. Voto del juez LOZANO. Cons. 8.2.2.

de difícil obtención, aun para quien actúa de modo diligente según parámetros medios de lo que es habitual exigir²².

Estos tres magistrados concluyeron que, ante la existencia de obligaciones incumplidas por el GCBA, lo que potencialmente produce una afectación de los derechos del colectivo, el Ministerio Público Tutelar estaba habilitado para reclamar su cumplimiento de forma autónoma y por la vía judicial.

La jueza WEINBERG, por el contrario, rechazó la legitimación del Asesor. Para así decidir, manifestó que para actuar de forma principal el Asesor debía acreditar primero que los derechos están comprometidos, y segundo que los menores carecen de representantes legales o bien, que existe inacción de estos últimos. En función de ello, afirmó que el Asesor no invocó ni acreditó las circunstancias referidas.

Más recientemente, como actuación del MPD de forma autónoma principal en el marco de procesos colectivos, podemos destacar el caso “LAS TABLITAS”. Se trata de una acción de amparo de vivienda que había sido promovida por María Mercedes CRESPI, Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba, en representación de los NNyA que habitan en el asentamiento precario denominado “Las Tablitas”, contra la provincia de Córdoba y el Estado nacional, a los fines de que se garantice, entre otros derechos constitucionales y convencionales, el acceso a una vivienda digna. La mencionada magistrada había señalado que el proceso colectivo articulado tenía por objeto el reconocimiento de los derechos individuales homogéneos de todos los NNyA del asentamiento, citando en apoyo a su postura los precedentes “[Halabi](#)”²³ y “[PADEC](#)”²⁴ de la CSJN. A su vez, fundó su legitimación activa para accionar de esta manera (principal y colectiva) en los artículos 54 y 60 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley N° 24.946, actualmente 27.149), y en el deber de actuar en nombre y representación de la persona y los bienes de los NNyA en todo asunto judicial que les afecte.

La Sala “A” de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, que confirmó lo resuelto por la instancia de grado, rechazó la legitimación de la defensora para intervenir en forma autónoma. Los magistrados señalaron que, conforme la LOMPD, la actora solo puede accionar autónomamente cuando hubiere intereses contrapuestos, los niños carecieran de asistencia o representación legal, fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, hubiere que controlar la gestión de estos últimos o cuando tomaren conocimiento de malos tratos. Por lo tanto, determinó que la representación de la defensoría es coadyuvante, debiéndose completar con la de los padres de los NNyA que habitan en el asentamiento. Por este motivo, sostuvieron que los representantes legales debían comparecer y ratificar o rectificar lo actuado, como también otorgarle mandato especial a la defensora o a un abogado de su elección. Por otra parte, apuntaron que en el caso no se encontraban presentes los presupuestos del caso “[Halabi](#)” para la promoción de una acción colectiva. Contra dicha decisión, la defensora interpuso un recurso ante la CSJN.

²² STJ Expte N° 12412/15. Voto del juez CASÁS. Cons. 4.3

²³ CSJN, Fallos: 332:111.

²⁴ CSJN, Fallos: 336:1236.

En aquella instancia, se le confirió intervención a la Defensora General de la Nación quien, al sostener la legitimación de la defensora CRESPI, afirmó que

...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 niñas²⁵.

Esta legitimación principal y autónoma del Ministerio Público de la Defensa, también fue reconocida por la Procuración General de la Nación en oportunidad de emitir un dictamen en el que señaló que

...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 oficial²⁶.

Lamentablemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se avocó al tratamiento del caso, haciendo uso de la herramienta contenida en el artículo 280 del CPCCN.

c) Actuación extrajudicial

Conforme lo establece el artículo 103, último párrafo, del CCyC, la actuación extrajudicial del MPD se da en los casos en los cuales estén comprometidos derechos económicos, sociales y culturales de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y existiera ausencia, carencia o inacción por parte de sus representantes legales. En esta misma línea, la LOMPD en su artículo 43, inciso “d”, fija como funciones de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces

²⁵ Dictamen de la Defensora General de la Nación Stella Maris MARTÍNEZ en los autos de CSJN FCB 35784/2013/1/RH1, pág. 26.

²⁶ [Dictamen del procurador fiscal Víctor Abramovich](#) en los autos de CSJN FCB 35784/2013/1/RH1, págs. 7 y 10.

[i]ntervenir en el ámbito extrajudicial ante la ausencia, carencia o inacción de los representados, cuando estén comprometidos los derechos económicos, sociales y culturales. En su caso, pueden adoptar aquellas medidas urgentes propias de su ámbito funcional y de acuerdo con la normativa específica en la materia.

Siendo estos derechos de segunda generación (como la salud, educación y vivienda) vitales en el desarrollo integral de las personas, resulta importante toda medida que tienda a su protección y efectividad. Según SCHERMAN (2015), la tarea del Ministerio Público se ha visto influenciada fuertemente a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, en la judicialización de los derechos sociales.

Como claros ejemplos de esta actuación extrajudicial del Ministerio Público podemos señalar la que se cumple a favor de los NNyA en el marco del Sistema de Protección Integral de Derechos, en articulación con los organismos administrativos de protección, con o sin intervención judicial previa o posterior; las visitas a los hogares de NNyA o Centros de Salud Mental; pedidos de informes, documentación y gestión de trámites ante los diferentes organismos públicos o privados previos a la interposición de una acción de amparo, entre otras diligencias que pueden tramitar los defensores en este ámbito.

Esta tarea cobra un rol importante en el marco de lo requerido en el artículo 2, inciso “a” de la ley N° 16.986²⁷, en tanto la tarea extrajudicial de los Defensores en este caso se enfocará en requerir –siempre que considere adecuado– lo pretendido mediante la vía administrativa, para luego, en el caso de no conseguirlo, iniciar una acción de amparo.

Por último, resulta también importante la actuación extrajudicial para que el defensor se provea de prueba adecuada en miras a instar una acción judicial. En esta línea, en el caso reseñado en el punto anterior “ASESORÍA TUTELAR N°2 ATCAYT 212/12”²⁸, el Asesor, mediante una actuación extrajudicial, solicitó a la Superintendencia Federal de Bomberos que elaborase un informe acerca de las condiciones de seguridad del nosocomio.

III. CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto, se han caracterizado las diferentes formas de actuación, judicial y extrajudicial, que puede desempeñar un Defensor Público de Menores e Incapaces. Respecto a la que se efectúa en el ámbito judicial, se han advertido la representación complementaria, la principal derivada y la principal autónoma; en relación a esta última, se han desarrollado las referentes a procesos individuales y colectivos. La clasificación no obedeció a meros fines taxonómicos, sino que se ha dedicado un acápite para explicar cada una, y desarrollar ciertas reflexiones jurisprudenciales y doctrinarias respecto de ellas. Además, se ha citado el criterio de la Defensora General de la Nación

²⁷ Artículo 2°: “La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”.

²⁸ Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “Asesoría Tutelar n°2 ATCAYT 212/12 s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ Recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. n° 12412/15. fallado el día 18 de octubre de 2017.

en cuanto a la legitimación del MPD para representar NNyA, incapaces, y personas con capacidad restringida, en casos que han arribado a la CSJN.

En concordancia con lo expuesto, cabe resaltar que todas las formas de actuación gozan de amplio reconocimiento por parte de la CSJN, quedando en la actuación judicial principal autónoma referente a procesos colectivos la mayor incertidumbre acerca de cuáles son los requisitos para que proceda la actuación del Ministerio Público en aquellos casos.

A partir de ello, nos parece adecuado fijar nuestra posición en cuanto a la legitimación del MPD para iniciar de forma autónoma procesos colectivos: Entendemos que el Defensor Oficial de Menores e Incapaces, ante una inacción de los representantes legales, tiene potestad de exigir el reconocimiento judicial de derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos en favor de un grupo de NNyA, incapaces y/o personas con capacidad restringida. Ello, en función de una interpretación armónica de la CN, la LOMPD, y el artículo 103 del CCyC.

Veamos. El artículo 43, segundo párrafo, de la CN otorga legitimación para actuar en defensa de los derechos de incidencia colectiva en general al afectado, al Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines. Por su parte, el artículo 103, inciso “b”, párrafo i) del CCyC reconoce la actuación principal del MPD “cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes”. Por último, la LOMPD le otorga competencia a los Defensores Públicos para representar a estos colectivos vulnerables.

En función de ello, tomamos como punto de partida que la CN legitima a los afectados. Este concepto, entendido tal como lo explica GELLI (2004), en cuanto a que si quien sufre alguna lesión en sus derechos subjetivos está legitimado, como persona, para interponer un amparo individual, es obvio que el afectado en alguno de los derechos de incidencia colectiva está legitimado en otra hipótesis. En efecto, ello ocurrirá cuando, aun sin padecer daño concreto, es tocado, interesado, concernido, vinculado por los efectos del acto u omisión lesivos.

A partir de esto, en los casos en que los afectados resulten ser NNyA, incapaces y/o personas con capacidad restringida, y sus representantes legales no accionen en su favor, el MPD se encuentra legitimado excepcionalmente por el artículo 103, inciso “b”, párrafo i) del CCyC –en función del artículo 43, segundo párrafo, de la CN–, y por los artículos 1 y 42, inciso “o”, de la LOMPD tiene el deber de promover procesos colectivos en defensa de los derechos de estos grupos vulnerables.

Fijada la postura que reconoce la legitimación, cabe efectuar aclaraciones en cuanto a la “inacción” que requiere el Código de fondo. Si bien este requisito debe ser acreditado en sede judicial, coincidimos con lo expuesto por la jueza CONDE en “ASESORÍA TUTELAR N° 2 ATCAYT 212/12” y por el procurador fiscal ABRAMOVICH en “LAS TABLITAS” en tanto cabe presumir inacción de los representantes legales en casos en que la vulnerabilidad socioeconómica en que se encuentran insertos dificulte su acceso a la justicia. Además, también nos parece atinada la postura del juez CASÁS en el fallo reseñado del STJ de la Ciudad de Buenos Aires, quien afirmó que cabe inferir inacción

de aquellos, asimismo, cuando la prueba necesaria para determinar la afectación de estos derechos resulte de difícil obtención.

Por último, en cuanto a la “representatividad adecuada” que se debe ostentar para estar legitimado para promover procesos colectivos, requerida tanto en el modelo norteamericano como en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica²⁹, a fin de salvaguardar la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio de quienes componen el grupo afectado pero están ausentes en el proceso, y a su vez serán alcanzados por los efectos de la sentencia que se dicte, corresponde decir que el MPD es un órgano independiente cuyos integrantes cuentan con sobrada capacidad, prestigio y experiencia para representar colectivamente a estos grupos.

Para finalizar, a partir de las formas de actuación reseñadas, cabe destacar que éstas se han fortalecido desde la sanción del Código Civil y Comercial y la LOMPD. Ello confiere a los Defensores Públicos de Menores e Incapaces una amplia legitimación activa en pos de la defensa de los derechos de sus representados, y la asunción de desafíos que conlleven paulatinamente a consolidar un pleno reconocimiento de la actuación del MPD en la representación de NNyA, incapaces, y personas con capacidad restringida.

BIBLIOGRAFÍA

Baliero de Burundarena, A. (2015). Código Civil y Comercial Comentado. Tomo I. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (directores). Buenos Aires: Infojus.

Gelli, M. A. (2004). Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, 2º Ed., Buenos Aires: La Ley.

Scherman, I. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Julio Cesar Rivera y Graciela Medina (directores). Buenos Aires: La Ley.

²⁹ Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 2 “Son requisitos de la demanda colectiva: a) la adecuada representatividad del legitimado...”.