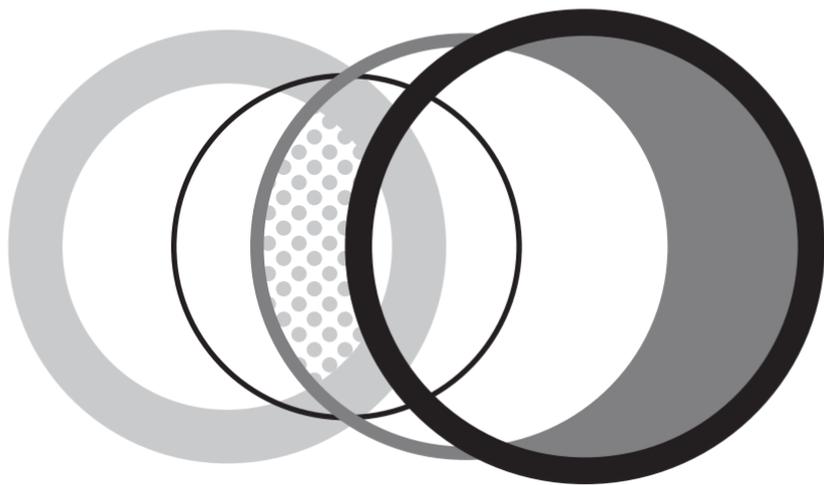


# REDEFINIENDO EL ROL DEL ASESOR DE MENORES

MONOGRAFÍAS SELECCIONADAS EN EL CONCURSO REALIZADO  
EN LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE LOS MINISTERIOS  
PÚBLICOS 2009



## REDEFINIENDO EL ROL DEL ASESOR DE MENORES

# REDEFINIENDO EL ROL DEL ASESOR DE MENORES

---

MONOGRAFÍAS SELECCIONADAS EN EL CONCURSO REALIZADO  
EN LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE LOS MINISTERIOS  
PÚBLICOS 2009

Redefiniendo el rol del asesor de menores. - 1a ed. - Buenos Aires :  
Eudeba, 2010.

120 p. ; 14x21 cm. - (Fuera de colección)

ISBN 978-950-23-1722-9

1. Derecho.  
CDD 340

1ª edición: mayo de 2010

© Asesoría General Tutelar  
de la Ciudad de Buenos Aires, 2010

Diseño integral: Lisandro Aldegani  
Realización gráfica: Eudeba

Impreso en la Argentina  
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

---

Estructura del **Ministerio Público Tutelar** de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

**Dra. Laura Musa**

Asesora General Tutelar  
Alsina 1826, piso 1. Tel.: 5297-8015/8016  
agt@jusbaire.gov.ar

---

**Dra. Magdalena Giavarino**

Asesora Gral Tutelar Adjunta de Incapaces  
Tel 5274-1881 - mggiavarino@jusbaire.gov.ar

**Dra. Ma. de los Angeles Baliero de Burundarena**

Asesora Gral Tutelar Adjunta de Menores  
Tel 4011-1416 - aburundarena@jusbaire.gov.ar

---

**Dr. Rodolfo Medina**

Secretaría General de  
Coordinación Administrativa  
rmedina@jusbaire.gov.ar

**Dra. Mabel López Oliva**

Secretaría General de Gestión  
mlopezoliva@jusbaire.gov.ar

**Dr. Ernesto Blanck**

Secretaría General de  
Política Institucional  
eblanck@jusbaire.gov.ar

---

Asesorías Tutelares de Primera Instancia ante el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

**Asesor Tutelar Nº1, Dr. Gustavo Daniel Moreno**

Diagonal Roque Sáenz Peña 636, entrepiso, Tel 4346-1112 - atcayt1@jusbaire.gov.ar

**Asesor Tutelar Nº2, Dr. Juan Carlos Toselli**

Diagonal Roque Sáenz Peña 636, entrepiso, Tel 4346-1118 - atcayt2@jusbaire.gov.ar

**Asesor Tutelar Nº3, Dr. Jorge Luis Bullorini**

Florida 19- piso 7. Tel. 5274- 1882 - atcayt3@jusbaire.gov.ar

---

Asesoría Tutelar de Primera Instancia ante el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas

**Asesor Tutelar Nº 1, Dr. Carlos Bigalli**

Florida 19, piso 7, Tel 5274-1872 - cbigalli@jusbaire.gov.ar

---

**Oficina por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia** - La Boca - Barracas

Av. Alte. Brown 1250. Tel: 4302-1621/ 2853

Horario de atención: de 9:00 a 20:00 hs.

---

**Oficina por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia** - V. Soldati - N. Pompeya

Varela 3301/09. Tel.: 4919-5908/5725/6075/6179

Horario de atención: de 9:00 a 20:00 hs.

---

## ÍNDICE

A modo de prólogo.....9  
por *Stella Maris Martínez y Germán Garavano*

Introducción ..... 13  
por *Laura C. Musa*

### TRABAJOS SELECCIONADOS

- Del niño sacer a la exigibilidad de derechos ..... 21  
por *Patricia Arias*
- El asesor de menores nació ligado al Patronato  
y el abogado del niño, ligado a la protección integral  
de derechos. ¿Es posible compatibilizarlos? ..... 33  
por *Laura Rodríguez*
- El rol del asesor de menores a la luz de la ley 26.061:  
nuevos desafíos ..... 67  
por *Mirta Lapad, María Inés Casey*  
y *María Isabel Rodríguez Virgili*
- Rol del asesor de menores a la luz del Sistema  
de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños  
y Adolescentes. Nuevos perfiles del debido proceso  
constitucional de infancia ..... 77  
por *Silvia Fernández*
- Principales conclusiones de las conferencias y paneles  
con participación del Ministerio Público Tutelar durante  
las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios  
Públicos 2009 ..... 111

## A MODO DE PRÓLOGO

En el año 2009, la Ciudad de Buenos Aires fue sede de las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, uno de los eventos, sin lugar a dudas, más importantes con que contamos los integrantes del sistema de justicia de nuestro país para fomentar año a año la reflexión y el intercambio de ideas.

En dicha oportunidad, junto a la Asesora General Tutelar de la Ciudad, Dra. Laura Musa, tuvimos el gusto y responsabilidad de officiar como anfitriones del encuentro, que fue declarado de interés por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, entre otros distinguidos organismos e instituciones tanto nacionales como provinciales.

Cabe señalar que el éxito de este encuentro, que contó con la presencia de más de mil cien participantes, quedando toda la Republica Argentina representada así como muchos países de América, entre ellos, México, Paraguay, Perú, Chile, Colombia, Brasil, Uruguay y Canadá entre otros; fue fruto de la colaboración brindada por cada uno de los magistrados, funcionarios y empleados que participaron de la actividad, quienes intervinieron activamente dándole mayor valor a los paneles y debates. Vaya a ellos nuestro sincero agradecimiento por tan honrosa colaboración y participación.

Con orgullo, podemos sostener que el encuentro dejó un saldo sumamente positivo en lo que refiere al intercambio de experiencias, ideas y propuestas para la consolidación de un sistema de justicia acorde a los lineamientos constitucionales, a los tratados internacionales de derechos humanos y a las demandas de la comunidad. Así, conferencias y paneles, a cargo de los más distinguidos expertos, conformaron espacios sumamente fructíferos para profundizar el intercambio de los recursos profesionales para el desarrollo de las funciones específicas.

A su vez, en el marco de estas Jornadas se propició la presentación de trabajos inéditos en dos convocatorias, una propuesta por el Ministerio Público Tutelar y otra por el Ministerio Público Fiscal cuyos trabajos han sido publicados oportunamente en la página web de las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos.

De dicha convocatoria surge la iniciativa de la Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, Dra. Laura Musa, de recopilar en esta obra las presentaciones allí recogidas, fruto de dicha experiencia de intercambio.

La publicación que en esta oportunidad tenemos el gusto de presentar comprende, entonces, un conjunto de trabajos, seleccionados y premiados, sobre la "Redefinición y actualización del rol del Asesor/Defensor de Menores desde la incorporación de la Convención, derogación del Patronato y vigencia de la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Nº 26.061". La gran acogida de la propuesta da cuenta de la necesidad de adecuar las funciones del Asesor de Menores al paradigma de protección integral de derechos que supuso la incorporación de los derechos de las personas menores de edad a nuestro marco legislativo, y el reemplazo del viejo modelo de la situación irregular.

Destacamos y celebramos la circulación de este material por su ánimo democrático y plural, y por la calidad y el esfuerzo que se trasluce en los trabajos, que demuestran el interés creciente de la sociedad entera en asumir el compromiso de dar eficaz tratamiento a la situación de vulnerabilidad por la que, en muchos casos, atraviesan los niños, niñas y adolescentes.

Los interesados en los temas de derechos de la infancia podrán acceder aquí a trabajos escritos desde diversas posiciones, que no necesariamente se alinean bajo la perspectiva de la Asesoría General Tutelar ni de las instituciones a nuestro cargo, e incluso ofrecen argumentos contradictorios con ella. No es usual encontrarse con una entrega de estas características.

Propiciar la consolidación de los magistrados y funcionarios como integrantes de los Ministerios Públicos de la República

Argentina desde una perspectiva de derechos humanos ha sido uno de los objetivos específicos de las XXII Jornadas, siendo esta publicación un aporte imprescindible a tales efectos.



*Germán C. Garavano*  
Fiscal General de la CABA



*Stella Maris Martínez*  
Defensora General de la Nación

## INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño, sancionada en 1989 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en 1994, abre un proceso de transformación profunda respecto de las concepciones jurídico-sociales de la infancia que moldearon las intervenciones estatales sobre el universo de la infancia durante más de 80 años de nuestra historia. Ese proceso se consolida en 2005 con la sanción de la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Nº 26.061.

Este pasaje del Modelo de la Situación Irregular al Paradigma de la Protección Integral nos impone la obligación de redefinir, a la luz de la nueva normativa, los roles y funciones de instituciones con competencia en temas de infancia, cuyo origen, razón de ser y funcionamiento institucional respondieron durante décadas orgánicamente al modelo que debemos dejar atrás.

El asesor de menores e incapaces es, sin lugar a dudas, un caso paradigmático en tal sentido. Esta figura fue central en el modelo tutelar, consagrado por la Ley de Patronato, de 1919, basado en la concepción del niño como “incapaz” al que había que “proteger”. Este marco normativo generó condiciones para el desarrollo de prácticas estatales de judicialización y criminalización de la pobreza, sostenidas en la invocación de razones de interés social, e incluso del propio interés de los menores de edad “en peligro material o moral”, a quienes se buscaba “proteger” vía medidas de separación de su medio familiar y encierro en instituciones totalizantes.

Por el contrario, el modelo de protección de derechos inaugura una nueva etapa en lo que respecta al estatus jurídico de la infancia, al reconocer a los niños, niñas y adolescentes –“todas las personas menores de 18 años”– como sujetos plenos de derechos, al tiempo que, por tratarse de personas en crecimiento, se

prevé un “plus” de garantías y protecciones. Bajo este paradigma se busca igualar la posición estatal frente al universo infancia, mediante la distinción tangencial del abordaje de cuestiones sociales de las estrictamente jurisdiccionales, con el objetivo de desterrar prácticas discriminatorias hacia las familias y los niños en situación de vulnerabilidad social. Esta concepción impone un nuevo rol al Estado, el cual debe generar desde el Poder Ejecutivo políticas públicas universales dirigidas a todos los niños/as y no intrusivas ni vulneratorias de los derechos de aquéllos.

¿Cómo se hace convivir institucionalmente la figura del asesor de incapaces con este nuevo ordenamiento jurídico? Sin lugar a dudas, su rol y sus funciones deben ser resignificados a la luz de la normativa de protección de derechos humanos si no se quiere correr el riesgo de reproducir prácticas no solamente discrecionales y asistencialistas, sino también ilegales e inconstitucionales.

Desde el Ministerio Público Tutelar (MPT) de la Ciudad de Buenos Aires entendemos que reinterpretar con conciencia y responsabilidad nuestras funciones, a fin de que resulten armónicas con el ordenamiento jurídico de protección de los derechos de la infancia, es una de nuestras mayores responsabilidades. Así, desde mi asunción como Asesora General Tutelar, junto a los equipos de trabajo, nos hemos abocado a reorientar la labor del organismo, diferenciándolo del antiguo rol tutelar del asesor, definiendo que la misión principal del MPT es *promover la justa aplicación de la ley, la legalidad de los procedimientos y el respeto, la protección y la satisfacción de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y de las personas afectadas en su salud mental. Para ello, la Asesoría General Tutelar se ha propuesto una intervención estrictamente vinculada al contralor de la política pública local a través de acciones de monitoreo, interpelación, articulación y seguimiento del debido funcionamiento de las instituciones del Estado.*

A continuación, se repasan algunos de los puntos claves en los que se sostiene esta reformulación de la misión del organismo.

En primer término, entendemos que el interés social y la justa aplicación de la ley por la que debe velar el MPT (según Ley Orgánica del Ministerio Público 1903) son el respeto y cumplimiento

de los derechos de niños, niñas y adolescentes y personas afectadas en su salud mental, por ser un órgano específico destinado a brindarles mayor resguardo estatal. De esta forma, la vigencia del MPT se sostiene en el interés público de la sociedad de garantizar la protección de los sectores más vulnerables, es decir, en el interés social de que se respeten y apliquen los mandatos constitucionales vinculados a los derechos y garantías de las personas menores de edad y los considerados incapaces en general.

En este marco, el MPT actúa controlando la legalidad de los procesos, dejando de lado la función asistencial del antiguo asesor de menores, tendiente a institucionalizar. Ello porque, ante todo, la actividad del MPT debe estar signada por los derechos de la persona, por lo que puede impulsar procesos en resguardo de derechos individuales o colectivos. Asimismo, el MPT está legitimado para llevar adelante acciones de inconstitucionalidad ante normas que afecten derechos de niños, niñas y adolescentes y personas afectadas en su salud mental.

En segundo término, respecto de la intervención obligatoria del MPT en los casos en que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes, su participación se mantiene con una variación sustancial en la modalidad y finalidad de la intervención: el MPT adquiere como pauta diferenciadora de la clásica intervención del asesor de menores la asunción de una misión estrictamente vinculada a la articulación, monitoreo, control y reclamo del funcionamiento de las distintas instituciones, con la finalidad de que se respeten, protejan y satisfagan los derechos y garantías de la población menor de edad o adulta afectada en su salud mental.

Debe quedar claro que no se trata de una institución asistencial, con facultades para suplir la omisión o irregular intervención del poder administrador o para ejecutar programas sociales.

En tercer lugar, por fuera de expedientes judiciales, no obstante continuar en el marco de una actuación judicial, aunque no jurisdiccional, el MPT en su conjunto debe promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores

de edad y de los incapaces o 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 tuvieran a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.

Así, esta institución puede desarrollar todas las actividades e intervenciones dirigidas a poner de relieve la situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y adultos afectados en su salud mental: interpellar a autoridades, realizar investigaciones, llevar adelante peticiones judiciales, formular pedidos de informes y solicitudes a otras autoridades públicas y exigir que el Poder Ejecutivo cumpla con sus obligaciones.

Por último, y de manera complementaria a las funciones antes descritas, la Asesoría General Tutelar ha iniciado un línea de intervención orientada al monitoreo y la supervisión general de la política pública local dirigida a los niños, niñas y adolescentes y adultos afectados en su salud mental, dado que la ley 26.061 y la Ley 448 de Salud Mental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ponen en cabeza de las autoridades administrativas locales la obligación de generar una política pública respetuosa de los estándares internacionales de derechos humanos. Es decir, la política pública deber ser universal, participativa, descentralizada y progresiva, e incluir diversas herramientas que les permitan a los ciudadanos el control sistemático de la gestión pública.

Si bien la tarea sigue en marcha y las conclusiones no pueden más que ser provisorias, desde este Ministerio Público Tutelar entendemos que las discusiones a nivel nacional respecto de las características y alcances de las funciones de los asesores de menores deben partir de un piso de acuerdos mínimos en concordancia con la Convención: sus intervenciones deben estar dirigidas a velar por el respeto, protección y realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, comenzando por sustituir la clásica intervención asistencial por una intervención impulsora del debido funcionamiento de las instituciones públicas, en beneficio de la protección de los derechos de las personas menores de edad.

En este sentido, es preciso trabajar articuladamente con las distintas instituciones, para lograr un efectivo funcionamiento de la política pública local, realizando un exhaustivo monitoreo y seguimiento de aquélla, interpelando a los responsables institucionales en caso de acción u omisión del Estado que vulnere sus derechos, siempre respetando las competencias de cada poder del Estado, sin sustituir las responsabilidades ajenas y generando un escenario de control horizontal entre las distintas agencias del Estado que intervienen cuando se trata de niños, niñas y adolescentes y de adultos afectados en su salud mental.

### **Acerca de los trabajos publicados**

La publicación que estamos presentando se compone de un conjunto de artículos que buscan problematizar el rol y la función de los asesores de menores e incapaces, en el marco de la actual legislación en materia de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Se trata de aquellos trabajos que fueron seleccionados en el marco del concurso sobre la *Redefinición y actualización del rol del asesor/defensor de menores desde la incorporación de la Convención, derogación del Patronato y vigencia de la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Nº 26.061*, convocado por este Ministerio Público Tutelar de la ciudad en ocasión de las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos.

La selección de los trabajos<sup>1</sup> estuvo a cargo de un tribunal examinador, constituido por el Dr. Carlos Bigalli –asesor tutelar de primera instancia en lo Contravencional y de Faltas–, el Dr. Emilio García Méndez –Diputado Nacional (MC) especialista en la temática– y quien suscribe, Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la selección se tomaron en cuenta únicamente la pertinencia de los temas abordados y la

1. La selección se realizó entre 10 trabajos presentados.

rigurosidad de las argumentaciones, por lo que se dejaron a un lado las posiciones propias de quienes integramos el jurado.

En consecuencia, la lectura de estos trabajos, escritos desde distintas perspectivas, dejará por resultado una idea muy aproximada de los contornos que enmarcan el debate actual en torno del modo en que deben reinterpretarse las funciones de los asesores/defensores de menores e incapaces –o las figuras análogas, que se establecen en las distintas jurisdicciones con nombres diversos– a la luz del nuevo paradigma de protección integral de derechos de la infancia. Por una parte, los trabajos identifican con agudeza cuáles son los puntos nodales más controversiales de la discusión, al tiempo que cada una de las autoras asume en su propia argumentación posiciones muy disímiles –y hasta opuestas–, lo que deja a la vista el abanico de posibles interpretaciones jurídicas en danza para el planteamiento de tales problemas.

En tal sentido, una lectura en paralelo de los trabajos de la Dra. Laura Rodríguez y de la Dra. Silvia Fernández –quien presenta la posición más distante de la que plantea esta Asesoría General Tutelar– resulta un productivo contrapunto. Las autoras coinciden en la reflexión sobre un conjunto de temas vinculados a la figura del asesor, entre los que se destacan su compatibilización con la nueva figura del abogado del niño; el derecho del niño a ser oído, y la noción de “capacidad progresiva”; los alcances de la función de contralor del poder administrador; los alcances y límites de la interpretación de su función como una garantía extra en los procesos que involucran niños. Ambos trabajos se sostienen en análisis formativos, doctrinarios y jurisprudenciales nada despreciables, aun cuando sus argumentos responden a perspectivas de análisis por completo divergentes. Así, una lectura cruzada de ambos textos pone de manifiesto tanto los puntos nodales del debate como las posiciones existentes más distantes respecto de ellos. Lo dicho cristaliza de manera evidente en el análisis que ambas autoras realizan sobre el proyecto de derogación del artículo 59 del Código Civil, presentado por Emilio García Méndez (proyecto 2217-D-2008).

Las Dras. Lapad, Casey y Virgili, por su parte, centran sus esfuerzos en la revisión de los conceptos de “representación” y “capacidad”, para reflexionar sobre el impacto que éstos tuvieron en la doctrina de la protección integral y analizar a la luz de estas transformaciones la redefinición del rol del asesor. Por último, los trabajos de las Dras. Silvia Iburguren y Patricia Arias realizan un acercamiento a la problemática aportando material sobre la situación en las provincias de Salta y Río Negro, respectivamente.

En el final del libro, se encontrarán las principales conclusiones de las conferencias y paneles organizados por este Ministerio Público Tutelar durante las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, en nuestro carácter de institución convocante y organizadora junto con la Defensoría General de la Nación y el Ministerio Público Fiscal de la ciudad.

Estamos convencidos de que el incentivo de espacios de intercambio de ideas, posiciones y experiencias es una valiosa herramienta para generar los consensos necesarios para dar lugar a la impostergable tarea de revisión y efectiva redefinición del rol y funciones de los magistrados con competencia en temas de infancia, en el convencimiento de que así lo requiere la plena vigencia del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y adultos afectados en su salud mental.

Agradecemos la participación de todos quienes, desde diferentes puntos de nuestro país, hicieron llegar sus trabajos, demostrando profundo interés en reflexionar de manera conjunta y participar activamente en la generación de este cambio, y hacemos llegar nuestras felicitaciones a las autoras de los trabajos seleccionados, entendiendo este evento como el inicio de un espacio de trabajo compartido.



*Laura C. Musa*  
Asesora General Tutelar  
de la Ciudad de Buenos Aires

## DEL NIÑO SACER A LA EXIGIBILIDAD DE DERECHOS

Patricia Alejandra Arias<sup>1</sup>

A partir de los nuevos paradigmas en materia de infancia, que en rigor de verdad no son tan nuevos –recordemos que la Convención Internacional de los Derechos del Niño fue aprobada por el concierto de las naciones (a excepción de Estados Unidos y Somalia) en 1989 y ratificada por nuestro país mediante la ley 23.849 en septiembre de 1990, y con la sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de 2005–, se ha generado la obligación no sólo de adecuar las vetustas normativas internas al texto supranacional sino, además, de aggiornar los roles de todos los actores que intervenimos en la temática de infancia y adolescencia, particularmente los actores judiciales.

Ello implica, para quienes nos desempeñamos como defensores de menores, el desafío de despojarnos de ese rol “protector”, “tutelar”. ¿Qué es lo que se protege? ¿Qué se tutela y a quién?

La figura del viejo asesor de menores tal como ha sido concebida históricamente en el modelo de la situación irregular no tiene cabida en el nuevo sistema. Recordemos que el asesor de menores fue concebido jurídicamente al tiempo que los menores eran considerados objeto de tutela, compasión y represión, y en este sentido no se les reconocían los derechos y garantías del mundo de los adultos (Mary Beloff). Este asesor de menores tenía la representación promiscua que sustituía y avasallaba los derechos de los niños y jóvenes, existía así una suerte de subrogancia en sus derechos: los representados carecían de autonomía.

Es absolutamente claro que a partir de la sanción de la ley 26.061 y de muchas de las normativas provinciales que a ella se adecuan –para el caso de Río Negro, con la Ley 4109 de Protección

1. Defensora de Menores e Incapaces de la provincia de Río Negro.

de Derechos— queda derogado el sistema de patronato, y con él deben desterrarse todas las prácticas que son propias del sistema de la situación irregular. Así, la actuación del viejo asesor de menores responde a la antigua ideología en la que asume un rol de representante promiscuo, que parte de la premisa del menor objeto de protección y control, desconociendo su carácter de ciudadanos en formación, su capacidad progresiva. Así se los evalúa como seres incompletos. Y ello no debe ser así, sostiene la Dra. Mary Beloff: “Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz, simplemente se trata de una persona que está creciendo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento”.

Sostener que niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos es reafirmar su condición de ciudadanos. Ello conlleva necesariamente a plantearnos una profunda revisión de los marcos teóricos y las prácticas sociales y judiciales. Implica transformar el discurso de la necesidad y la carencia por la promoción de derechos, requiere superar la lógica de la tutela y consideración de los niños como objeto de cuidado para centrarse en un enfoque vinculado con la ciudadanía, la responsabilidad y la autonomía. Se trata, en definitiva, de superar la visión enmarcada en la incapacidad y la dependencia.

En idéntico sentido, autores como María del Carmen Bianchi sostienen que el dispositivo de la protección integral se basa sobre todo en el reconocimiento de la necesidad de revisar nuestra concepción de infancia y adolescencia y con ella, de manera muy especial, los dispositivos de intervención sobre los niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza y el rol del Estado y la sociedad civil como posibilitadores del desarrollo humano.

En el aspecto penal, tal como acertadamente lo describe el Dr. Zaffaroni: “La relación del derecho penal con los niños siempre fue bastante tormentosa porque se aplicó una vieja ideología hipócrita, que fue la tutelar. Entonces se tuteló a los niños de la misma manera que antes se había tutelado a los indios, a los esclavos, a las mujeres, y a todos los que se tuteló así les fue. En consecuencia, la idea tutelar está vinculada a la idea de inquisición: si yo soy el juez de menores, si yo soy el Sr. Estado, que

actúo como padre, por qué necesito límites si yo siempre hago el bien. El Tribunal de la Santa Inquisición decía lo mismo”.<sup>2</sup>

Parafraseando lo expuesto precedentemente, *si yo soy el asesor de menores, por qué necesito límites si siempre hago el bien*. Cuántos horrores se han cometido a lo largo de la historia por “el propio bien” de los niños.

Sostiene Alesandro Baratta que desde hace años Alice Miller ha puesto en evidencia los graves inconvenientes que sufren los niños, como estas formas de manipulación y represión, que les impiden disfrutar su natural capacidad de orientación a través de su propia experiencia de aprender a resolver sus conflictos, elaborar sus angustias. Alice Miller y otros autores han señalado la importancia fundamental del tabú que la sociedad adulta impone al niño con respecto a la elaboración y expresión de la violencia de la que es víctima en su ámbito más cercano, en particular en el ámbito familiar para la reproducción de los patrones de violencia en la sociedad.

Resulta interesante el concepto de Baratta en cuanto a la concepción de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos humanos originarios para evitar su marginalización y reintegrar a los “menores” en desventaja o infractores lo más pronto posible al sistema normal de la infancia y la adolescencia.

En ese marco, este nuevo rol que las normativas nos obligan a asumir requiere funcionarios con un espíritu de orientación estrictamente garantista, comprometidos con el funcionamiento y la aplicación de los instrumentos de protección de derechos fundamentales que hacen al principio del debido proceso (conf. OC 17 CIDH) y básicamente a la garantía de cumplimiento de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

Ello significa necesariamente que habrá de estarse a la voluntad del representado. Este nuevo defensor no puede decidir por sí, desde su ideología personal, sino que ineludiblemente debe escuchar a su representado, precisamente se trata de la contra cara del derecho del niño a ser oído (art. 12 de la CIDN). Ya no debe existir sustitución en la voluntad del representado.

2. Conferencia en el Foro Social de Debate del Sistema Penal.

El asesor de menores actuó siempre con una representación sin mandato, y esto es lo que ya no debe ser. Históricamente, el asesor de menores podría integrar, quizá, la categoría de los "salvadores del niño" tan bien descrita por Anthony Platt en su obra homónima, particularmente en cuanto a la contribución de la invención de nuevas formas de control social.

Las dras. Nelli Minyersky y Marisa Herrera, en la obra *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*,<sup>3</sup> revisan el concepto de representación puesto en crisis a partir de ser niños y jóvenes titulares de su plena autonomía en función de su edad y desarrollo y la forma de poner en práctica tal declamación con la sanción de la ley 26.061. Así señalan los conceptos de asistencia y cooperación. Sostienen que representación, asistencia y cooperación son tres figuras graduales que coinciden con el desarrollo alcanzado por quien se trate. De tal modo, la representación quedaría reservada restringidamente a los casos donde los niños tengan una capacidad mínima de autodeterminación. Cuando se avanza un poco más se estaría ante la figura de la asistencia (principalmente padres o representantes legales). Y finalmente, en forma amplia, todo otro supuesto en que no se demuestre la incapacidad constituye la plataforma fáctica que da lugar a la figura de la cooperación.

Básicamente, las autoras asimilan el concepto de *asistencia* al acompañamiento justificado, en miras de la protección o desarrollo de la personalidad. Refieren que la asistencia ha sido definida como "medio de control por parte de un tercero de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido".<sup>4</sup> Y en cuanto al concepto de *cooperación* con el niño o

3. Minyersky, Nelli y Herrera, Marisa, *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Ed. del Puerto, 2006, pp. 58/59.

4. Cifuentes, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 218.

joven, erigen a éste como real protagonista con el debido asesoramiento o participación respaldada.

El dictamen y la postura del defensor de menores ya no pueden apartarse de la posición que sea más favorable al niño, niña o joven, sino que habrá de estarse a su interés superior, conforme fue definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interés superior del niño implica que el desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas de todos los órdenes relativos a la vida del menor (OC 17/02).

Sostiene Jorge Kielmanovich que este principio rector opera en todas las ramas del derecho, sea que el niño intervenga como parte procesal, como tercero o que sus derechos resulten alcanzados al resolverse un conflicto. Además, debe ser apreciado en todas las instancias, aun en las extraordinarias.<sup>5</sup>

En igual sentido fue definido por el máximo órgano judicial de la Nación, al sostener que el interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo; resulta útil asociar el interés del niño con sus derechos fundamentales. Así será de interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos, y perjudicial la que pueda vulnerarlos. En definitiva, entonces, claramente el interés del niño se identifica con el respeto a sus derechos fundamentales.

Desde otra perspectiva para representar a la sociedad se encuentran los fiscales. El defensor de menores ya no debe tener el rol de la observancia del "orden público". Por ello, en aquellos supuestos en que en una misma causa haya intereses contrapuestos, por ejemplo un menor autor y otro víctima de delito, resulta imprescindible la presencia de dos defensores de menores. En la práctica, el defensor de menores de un joven al que se le imputa una conducta delictiva debe asumir su defensa técnica, y cuando se trata de un menor víctima debe asumir la calidad de querellante.

5. Conferencia SCBA Ac. 85958 del 12-03-03 "MJM y otros s/art. 10 ley 10.067.

En este sentido, la normativa del Ministerio Público de la provincia de Río Negro –ley 4199– establece entre las funciones del defensor de menores que éste debe “velar por el cumplimiento de la legislación que resguarda los derechos de los menores que resulten víctimas o testigos en un proceso de índole penal. En los conflictos en los que resultare un menor o incapaz víctima de delitos cometidos por sus ascendientes, tutores, curadores, guardadores o representantes legales, el defensor de menores e incapaces coadyuva en la tarea de asistencia del fiscal y colabora con la oficina de atención a la víctima”.

En tal sentido, también ha sido prolífica la doctrina sentada por el máximo órgano judicial de la provincia in re “Sanhuesa” Se. Nro. 100/06, al sostener que “*el Ministerio de Menores está investido de todas las atribuciones necesarias para controlar el efectivo cumplimiento de las normas destinadas a protegerlos*”. En ese precedente se declaró la nulidad del decreto de debate y la sentencia dictada por violación del debido proceso legal (art. 18 de la CN) en función de la ausencia de participación de la entonces asesora de menores (hoy defensora de menores) (art. 59 y cctes. CC 218 inc. 3 CP, 71 CPP, 77 inc. K 2430 y normas concordantes). Fijó como doctrina legal que la asesora de menores es parte necesaria y esencial en todos los procesos judiciales, sin distinción de fueros e instancias y cualquiera sea el motivo o carácter por el cual interviene el menor, cuya activa participación no puede suplirse por una posterior convalidación de los actos procesales. La declaración de nulidad se deriva de la ausencia en la audiencia de debate que ocasionó un perjuicio irreparable a los intereses del menor víctima, toda vez que se privó a la asesora de menores de la debida y activa participación que le correspondía en el debate oral y de la consecuente actividad recursiva si la estimaba conveniente.

Así también tiene dicho el máximo órgano judicial de la provincia que “Entre las prerrogativas procesales, el Ministerio de Menores puede deducir todos los recursos –ordinarios y extraordinarios– conducentes a resguardar los intereses del menor, y se encuentra establecido que se puede recurrir y expresar agravios

aunque el representante legal consienta la sentencia e interponer excepciones de fondo y de forma (Fassi)... Tal actuación (del hoy defensor de menores) está prevista en función de su calidad de parte legítima y necesaria (art. 77 inc. K ley 2430 y arts. 59 y cctes. CC) entendida como una activa participación en el proceso...".<sup>6</sup>

Y tan es así con relación a la actuación del defensor de menores que se ha declarado la nulidad de las actuaciones por su falta de participación. Se ha señalado con respecto a las niñas, niños o adolescentes víctimas de delito que en tanto éstos son sujetos de derechos y garantías por el simple hecho de serlo (CN leyes 26.061 y 4109), y a ellos se les suman –cuando son víctimas de delitos– iguales derechos y garantías que los reconocidos al imputado (CADH, CIDH), si para el menor imputado rige el inc. 3 del art. 389 del CPP, igual garantía de orden público tiene la víctima menor y bajo la misma “pena de nulidad” (conf. art. 59 del C.C., 27 Dcto. 415/06, 77 incs, k y L ley 2430.<sup>7</sup>

Puede señalarse que pretorianamente en la provincia de Río Negro se le ha dado a la figura del defensor de menores este nuevo rol, particularmente en lo que hace al funcionamiento prácticamente de querellante, y está legitimado además del planteo recursivo para ofrecer prueba ejerciendo plenamente su derecho de parte.

La experiencia de quien suscribe como defensora en lo penal a lo largo de dos años a la fecha da cuenta de que si bien en un principio se advirtió mucha resistencia en el ámbito de los operadores jurídicos para aceptar este nuevo rol, que obviamente requiere un proceso de construcción que obliga a que los demás actores también se reacomoden ante esta nueva actuación, en los hechos ha sido legitimada como parte con un desempeño proactivo en defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En los procesos penales seguidos contra menores el defensor de menores debe desempeñar una función de garantía y asistencia técnica. En términos generales, los defensores públicos otor-

6. “Sanhueza” Se. Nro. 100/06 del 10-08-06.

7. Conferencia STJ “Díaz” Se. Nro. 166/06 del 25-10-06.

gan escasa importancia al trabajo con menores. Debe acabarse con el paternalismo benigno y preservar en forma irrestricta los derechos legales.

Siguiendo las ideas de Gaetano Di Leo, el objeto primordial es contrastar y eliminar las discriminaciones, los abusos y las diferencias de tratamiento que se producen en relación con los jóvenes socialmente más débiles y con menores posibilidades en el plano económico-familiar.

Entiendo pertinente destacar que, tal como sostiene el Dr. Emilio García Méndez, resulta por demás común que el "tratamiento", instituto misterioso que nadie sabe bien en qué consiste, cuando se aplica a los jóvenes pertenecientes a las clases media y alta sorprendentemente siempre produce resultados "óptimos", mientras que, precisamente en virtud de la selectividad propia del sistema penal, los institutos de menores se encuentran poblados de jóvenes provenientes de las clases sociales bajas y respecto de los cuales el "tratamiento" a cargo del órgano administrador prácticamente nunca funciona. Puede agregarse que cuando sí funciona es en virtud de la resiliencia de cada niño o joven.

Desde el punto de vista civil, la función del defensor de menores debe contribuir a la "eliminación de los obstáculos que impiden el desarrollo en condiciones de seguridad ambiental y psicofísica, de acceder y participar en las instituciones de la escuela, del trabajo, de la cultura de expandir sus propias condiciones de vida individual y de grupo en el barrio, etc.", objetivo que Gaetano Di Leo, en su obra *Justicia del menor*, señala como una de las directrices a tener en cuenta desde el ámbito judicial.

La Defensoría de Menores debe funcionar como un lugar al cual los mismos niñas, niños y adolescentes acudan para denunciar las distintas situaciones que lesionen sus derechos. Y este organismo habrá de responder en forma proactiva y reactiva ante tales vulneraciones de derechos.

Así, las intervenciones del defensor de menores ya no se asimilan a la del juez, esta suerte de juez que, especialmente en el ámbito civil y de familia, actúa "tracción a dictamen" ya no puede ejercer el patronato en forma concurrente con el juez. Sus

intereses –los del defensor– son los del niño y joven en tanto sujetos de derechos y garantías. Por otra parte, tampoco se debe depositar en el juez la función de proteger a los niños y adolescentes sin avanzar sobre las políticas públicas que deben hacer efectiva la desjudicialización de los problemas sociales.

Se requieren jueces que diriman conflictos del orden de lo jurídico, no que sean buenos padres de familia ni que protejan al menor. A partir de la sanción de la ley 26.061 se desjudicializan prácticamente todas las cuestiones relativas a la protección, al distinguirse claramente la política social de la política criminal, y se plantean la defensa y el reconocimiento de los derechos de niños y jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales entendidas como responsabilidad conjunta (en su diseño y ejecución) de la sociedad civil y del Estado y que deben ser definidas a partir de la descentralización y la municipalización.<sup>8</sup>

Así, el Poder Judicial se transforma en garante de la legalidad constitucional controlando la compatibilidad de la política social con los mandatos legales. Aquí es donde adquiere especial relevancia el rol del defensor de menores para exigir el cumplimiento de garantías y derechos.

En este nuevo contexto, el sistema de promoción de derechos nos otorga una herramienta fantástica, ya delineada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en cuanto a la participación y ciudadanía de niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de su derecho de ser oídos y a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta en todos los procedimientos administrativos o judiciales que los involucren y/o afecten. Sin embargo, es menester señalar que en la práctica –en términos generales– se otorga escaso valor a este instrumento fundamental, tanto en sede administrativa como judicial.

Pues bien, éste es el nuevo rol del defensor de menores, que técnicamente deberá dejar de llamarse así y pasar a ser defensor de niñas, niños y adolescentes. Se restaría además la conno-

8. Conferencia de Mary Beloff.

tación negativa de lo que históricamente fue el término “menor”, integrándose con esta nueva visión del concepto del niño con autonomía progresiva y desvinculando la capacidad de hecho del período cronológico. A mayor autonomía, mayor participación del niño, sin perjuicio de que para el ejercicio de los derechos personales no debe existir limitación de edad alguna.

Se trata entonces de optar por una auténtica e irrestricta defensa de niños y jóvenes en todos sus ámbitos, y ello puede resultar una aventura arriesgada porque significa situarse en el centro mismo de las contradicciones en las que estamos sumidos todos: los individuos y la sociedad, precisamente para afrontarlas y transformar lo que a través de ellas nos es dado ver. Optar por los niños y adolescentes con todas sus consecuencias, sabiendo comprender la sorprendente vida en proyección de futuro que es un niño.<sup>9</sup>

Para finalizar, entiendo pertinente traer a colación el concepto de *niño sacer* esbozado por Eduardo Bustelo. Éste, parafraseando a Agamben, quien habla del “homo sacer” como aquel a quien cualquiera puede matar sin cometer homicidio, sostiene que aunque representa el inicio de la vida, ésta puede ser suprimida de manera impune. La mayoría de nuestras niñas y niños se han convertido en *niños sacer*. Esta figura del derecho romano se traduce, por su carácter, en insacristificable, pero a la vez cualquiera puede matarlo quedando impune. Miles de niñas y niños mueren cotidianamente y se transforman en niños sacer, son eliminables o desechables, y la característica básica es que su muerte no entraña ninguna consecuencia jurídica. Por tanto, en caso de que mueran de hambre por enfermedades curables o fácilmente prevenibles, de que sean víctimas de la guerra, de manera sospechosa nadie es responsable de ello. Consiste –sostiene Bustelo– en la naturalización del horror, de miles de niñas, niños y adolescentes que mueren todos los años, más que en silencio en una muerte verdaderamente silenciada y cuya responsabilidad no puede ser atribuida a nadie.

9. López Hernández en La defensa del menor.

Considero que el planteo formulado resulta más que interesante para evaluar y generar nuevas estrategias en cuanto a cómo y de qué manera los defensores de menores habremos de plantear la exigibilidad de derechos de nuestras niñas, niños y adolescentes.

## **EL ASESOR DE MENORES NACIÓ LIGADO AL PATRONATO Y EL ABOGADO DEL NIÑO, LIGADO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS ¿ES POSIBLE COMPATIBILIZARLOS?**

Laura Rodríguez

### **I. El nuevo escenario a partir de la sanción de la ley 26.061: el sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y el rol protagónico del abogado de confianza en los procesos administrativos y judiciales que involucren niños.**

A partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño con rango constitucional y ahora, en especial, luego de la sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, nos vemos ante la obligación de impulsar reformas legales cuyo objetivo se centre en derogar o reformular aquellos institutos que impiden poner en pleno funcionamiento los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso.<sup>1</sup> Si bien es cierto que la reforma legal resulta indispensable, no es menos cierto que hasta que se concrete debemos redoblar nuestros esfuerzos para reinterpretar las normas, en consonancia con la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Nº 26.061. En este punto, es trascendente resignificar la figura del asesor de menores a la luz de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, y en especial del debido proceso legal, proceso que no estuvo presente al momento de concebirse las funciones de los defensores públicos de menores, que estuvieron impregnadas de la ideología del Patronato.

Por tal razón, estamos obligados a adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ningun-

1. CIDH, Opinión consultiva Nº 17, 22 de septiembre de 2002, en [www.acnuar.org](http://www.acnuar.org)

na manera los vulneren. En definitiva, la ley 26.061 fue sancionada para desterrar formalmente todas aquellas prácticas propias del modelo de la situación irregular. En esta lógica, se deslegitiman los remedios judiciales tutelares.<sup>2</sup> Remedios judiciales tutelares adoptados, tradicionalmente, por los jueces y defensores de menores, en forma conjunta.

Dentro de este contexto, puede decirse que la ley 26.061 provoca una alteración sustancial de las leyes internas que se encuentran basadas en el régimen tutelar, y por eso no prevén la participación efectiva del niño.<sup>3</sup>

Para no dejar margen de dudas, la ley 26.061 deroga expresamente la Ley de Patronato de Menores 10.903 –basada en la consideración del niño como un objeto de tutela– y crea el Sistema de Protección Integral de Derechos, conformado por organismos, entidades y servicios que planifican y ejecutan políticas públicas para la infancia. Conforman los órganos locales de protección, de los cuales emanan las medidas de protección integral de derechos.

El sistema trae consigo la revalorización y ampliación de la infraestructura administrativa para una rápida defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Para ello, enumera una serie de medidas que los organismos administrativos pueden y deben adoptar.<sup>4</sup>

En este orden de ideas, establece el artículo 37 de la ley 26.061 que: Comprobada la amenaza o violación de derechos, el órgano administrativo de protección deberá adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

2. Mabel López Oliva, "Las políticas públicas en la ley 26.061: de la focalización a la universalidad", en Emilio García Méndez (compilador), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores del Puerto, p. 139.

3. Néstor Solari, "El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial", LL 29/11/05.

4. Andrés Gil Domínguez, Victoria Fama, Marisa Herrera, "Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", *La Ley*, 29/06/07.

- a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños y adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b) Solicitudes de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) Asistencia integral a la embarazada;
- d) Inclusión de la niña, niño y adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño y adolescente a través de un programa.
- f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- g) Asistencia económica.

En este escenario, la protección de los derechos de los niños es de modo prioritario competencia administrativa –particularmente de los órganos locales de protección– a través de las medidas establecidas en el artículo 37 citado. Al respecto, el sistema es un medio adecuado para ordenar el fuero de menores y de familia, quitando de su ámbito de acción asuntos sociales ajenos a su competencia, a fin de que pueda atender con mayor profundidad los conflictos jurídicos en los que realmente está llamado a intervenir.<sup>5</sup>

Lo que sucede es que el Poder Judicial sólo intervendrá cuando exista un conflicto jurídico, ya sea penal o civil.

Como ya fue expresado para garantizarles a los niños el acceso al debido proceso legal y permitirles reclamar por sí por todos sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales, el artículo 27 de la ley 26.061 reconoce a los niños su derecho a la defensa material y técnica. Así, garantiza a los niños, niñas y adolescen-

5. Andrés Gil Domínguez, Victoria Fama, Marisa Herrera, ob. citada.

tes, en todo proceso administrativo o judicial que los afecte, el derecho de ser oídos, de que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte, de designar un abogado de confianza que defienda sus intereses particulares, de participar activamente en todo el procedimiento y de recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que los afecte.

En sintonía, establece el decreto reglamentario 415/06 que el derecho a la asistencia letrada previsto en el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el ministerio pupilar.

De modo evidente, la defensa técnica del niño en los procesos judiciales y administrativos es función del abogado de confianza, establecido en el artículo 27 citado de la ley 26.061. En consecuencia, se reconoce a los niños y adolescentes la posibilidad de ser oídos, de que su opinión sea tenida en cuenta, de ofrecer prueba y controlarla, todo ello a través de la figura del abogado de confianza.

Sin dudas, la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, y más aún la sanción de la ley 26.061, ha puesto en jaque el paradigma de la incapacidad y lo ha reemplazado por la autonomía o capacidad progresiva. En este orden de ideas, a partir de las nociones de autonomía y evolución de las facultades, a la que alude la CDN, y la nueva normativa de adecuación a ella, se reconoce que los niños y adolescentes adquieren capacidad para el ejercicio personal de sus derechos.<sup>6</sup> Es en este terreno donde cabe destacar un avance significativo de la ley 26.061, al garantizar al niño su derecho a designar un abogado de confianza, lo cual supone su real protagonismo con el debido asesoramiento.<sup>7</sup>

6. Nelly Minyerski y Marisa Herrera, "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061", p. 53, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores del Puerto.

7. Nelly Minyerski y Marisa Herrera, *ob. citada*, p. 57.

Tanto el derecho de ser oído como la garantía de designar un abogado de confianza deben verificarse cualquiera sea la edad del niño. Esta conclusión surge nítidamente de la ley 26.061, que en ninguna de sus normas condiciona la citada garantía al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño. Vale decir que no corresponde efectuar diferencias que la propia ley no realiza.<sup>8</sup>

De modo coincidente, se sostuvo que la ley 26.061 habilita a los llamados por el Código Civil menores impúberes y púberes a designar un abogado de confianza y que las pretensiones del niño –expresadas a través del abogado– serán evaluadas según su madurez y desarrollo.<sup>9</sup>

La intervención del abogado del niño implicará que su opinión se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene un nuevo interés autónomo y de directa atención por el órgano jurisdiccional. El sentido de su admisión reside en que de nada valdría el derecho de ser oído si no se lo puede ejercer de un modo útil y eficaz.<sup>10</sup> Al respecto, la defensa técnica contribuirá a que las manifestaciones del niño no adquieran para el intérprete cualquier sentido, sino sólo aquel tendiente a la irrestricta defensa de sus intereses particulares.

Considerar lo contrario es no tomar en cuenta el principio de autodeterminación progresiva del sujeto, que implica la posibilidad de ser otro, distinto de su representante legal o su representante promiscuo, aun a pesar de que coincidan en apariencia sus intereses. El simple hecho de permitírsele una escucha diferenciada dentro del proceso posiciona al niño como diferente, con capacidades distintas del resto de las partes, lo cual contribuye a la construcción en el imaginario colectivo de la comunidad, del respeto al niño, niña y adolescente como un sujeto autónomo.<sup>11</sup>

8. Mauricio Mizrahi, "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061", en Emilio García Méndez (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores del Puerto, p. 79.

9. Jorge Kielmanovich, "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061", LL, 7/11/05.

10. María Silvia Morello de Ramírez y Augusto M. Morello, "El abogado del niño", en ED, 164-1180.

11. Noris Pignata, "El acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes: una política desde la perspectiva de sujetos de derechos".

Ante un nuevo sistema jurídico con estas características, cabe preguntarse qué rol deberá ejercer el defensor de menores. La respuesta no es sencilla. Sin embargo, surge con claridad que la derogación de la ley de patronato trae como consecuencia fatal la derogación de todas las funciones tutelares del defensor de menores y nos obliga a replantear sus atribuciones a la luz de la normativa constitucional.

La dificultad de tal reformulación surge de la paradoja de encontrarnos obligados a resignificar constitucionalmente las atribuciones de un funcionario estatal que ha sido concebido a la sombra de tales garantías constitucionales.

## **II. El derogado modelo tutelar: las funciones promiscuas del asesor de menores**

Dentro del modelo tutelar, la actuación del defensor de menores respondía a la ideología del Patronato, que –basada en la estimación del niño como objeto de protección– parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de la vida civil.<sup>12</sup> Enfáticamente, se ha dicho que del sistema de representación promiscua de los menores subyace la idea del menor objeto de control por parte del asesor de menores.<sup>13</sup>

Este defensor “promiscuo” fue concebido jurídicamente cuando las personas menores de edad eran consideradas objetos de tutela, compasión y represión y, en consecuencia, el mundo adulto no les reconocía ninguno de los derechos y garantías inherentes a la persona humana.<sup>14</sup>

Como consecuencia de concebir la infancia desde los que no pueden o no saben se estableció normativamente su incapacidad como una institución de “protección” y su representación promiscua, y se engendró un sistema que consideraba a los ni-

12. Luis Mauricio Mizrahi, ob. citada, p. 82.

13. Nelly Minyerski y Marisa Herrera, ob. citada, p. 58.

14. Mary Beloff, en “Niños, jóvenes y sistema penal: abolir el derecho que supimos concebir”, en [www.derecho.penal.com](http://www.derecho.penal.com).

ños y jóvenes objetos de protección-tutela, donde sus intereses eran llamados a ser protegidos-tutelados por el defensor público de menores, sin que en nada interfiriera la voluntad del representado.

En definitiva, la representación legal se exhibe como una ficción legal por la cual se le otorga al representante un poder en la esfera jurídica ajena y, por ende, sólo es posible la actuación del representante, única voluntad a tener en cuenta en la formación del acto jurídico.<sup>15</sup>

En este sentido, la característica central del modelo tutelar consiste en la negación de la participación del niño, ya que la representación legal lo "sustituye" absolutamente.<sup>16</sup>

Al respecto, se ha manifestado que el criterio de actuación de aquél es el de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición más favorable a los intereses del niño y aun cuando su dictamen contrarie las pretensiones sustentadas por el representante individual del mismo.<sup>17</sup>

En idéntico sentido, se dijo que el asesor de menores coopera a la realización de la función judicial y a su finalidad esencial: la administración de justicia. Las funciones e intervención del asesor de menores se proyectan en el proceso civil conjugando los derechos inherentes de los menores con la observancia de las leyes de orden público.<sup>18</sup>

De modo similar, sostuvo la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que si bien protege el interés particular de los individuos aisladamente considerados representa en definitiva la suma de los intereses de la colectividad.<sup>19</sup>

En consecuencia, no corresponde la intervención de dos asesores, existiendo menores con intereses contrapuestos.<sup>20</sup>

15. Luis Diez Picaso, *La representación en el derecho privado*, Civitas Madrid, 1979, p. 49.

16. Néstor Solari, *ob. citada*.

17. Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil*. Parte general, 3ª ed., Abeledo Perrot, 1967, T1, p. 157.

18. Opinión del asesor de menores de Cámara, en CNCiv, Sala C, LL 85-362.

19. SCBA, LL 93-605.

20. CN Civ, Sala D, LL 90-510.

Sin dudas, el defensor público de menores, en tanto ejerce una representación promiscua, representa los "intereses" del menor, pero, a la vez, cumple con la función tutelar propia del Patronato del Estado. Vale aclarar que expresas disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946 establecen que el defensor de menores ejerce el Patronato Estatal en concurrencia con el juez. De ahí que sus intervenciones se identifiquen con las de éste, en el sentido de contribuir a la "tutela" del menor. Sus intereses son los del Estado en su función tutelar y no los intereses del niño o joven tutelado en cuanto titular de derechos y garantías.<sup>21</sup>

### **III. Las funciones jurisdiccionales del defensor de menores: sus orígenes como órgano perteneciente al Poder Judicial.**

Muchas de las facultades asignadas por la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946 al defensor de menores resultan ser jurisdiccionales y, por tanto, violatorias del diseño constitucional propio de un Estado de Derecho.

En nuestro país, el Ministerio Público nace como un órgano perteneciente al Poder Judicial en la originaria Constitución de 1853, cuando disponía: "El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de 9 jueces y dos fiscales". Sin embargo, este artículo 9.1 fue modificado a partir de la reforma de 1860, y desde allí comienza un largo peregrinaje como un órgano híbrido que en parte se encuentra fuertemente vinculado con el Poder Ejecutivo y en parte con el Poder Judicial. A partir de la reforma constitucional, proliferan las posturas que lo consideran un órgano extrapoder.<sup>22</sup>

Tanto la Constitución Nacional como las provinciales asignan al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal en los delitos

21. Mary Beloff y José Luis Mestres, "Los recursos en el ámbito de la justicia de menores", en Julio B. J. Maier (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.

22. Domingo Sesin, "Ubicación institucional del Ministerio Público y de los otros órganos con jerarquía constitucional"

de acción pública, la defensa de la legalidad cuando se compromete el orden público, la intervención en cuestiones de menores, incapaces y ausentes y la defensa de los justiciables carentes de recursos.

De allí se advierte que, en verdad, comporta una magistratura especial, ya que sus facultades se encuentran íntimamente vinculadas con la función judicial.<sup>23</sup> Ya sea como órgano extrapoder o como una nueva institución situada al lado de los jueces, cumple sus funciones propias en estrecha conexión con ellos, pero con la necesaria independencia que requiere.<sup>24</sup>

En este contexto, el artículo 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Nº 24.946 enuncia una serie de funciones jurisdiccionales que claramente exceden la labor "defensista". Tales funciones jurisdiccionales surgen de la simple lectura de la ley. Y esto resulta aún más claro desde el momento en que la propia ley indica que aquél ejerce una defensa "promiscua o conjunta". Esta promiscuidad se refleja en los siguientes incisos:

*"Art. 54: Los defensores de menores e incapaces (...) tendrán los siguientes deberes y atribuciones:*

- e) (...).En su caso, podrán por sí solos tomar medidas urgentes propias de la representación promiscua que ejercen;*
- g) Concurrir con la autoridad judicial en el ejercicio del patronato del Estado nacional, con el alcance que establece la ley respectiva, y desempeñar las funciones y cumplir los deberes que les incumben de acuerdo con la ley 22.914, sobre internación y externación de personas, y controlar (...);*
- h) Emitir dictámenes en los asuntos en que sean consultados por los tutores o curadores públicos" (el destacado me pertenece).*

23. Fernando Caffarata, "El ministerio público: un nuevo órgano de poder en la Constitución nacional", en LL 1196-C, p. 1341.

24. Guillermo Héctor Ferrara, Ministerio Público de la Nación. Régimen jurídico, Editorial La Ley, p. 3.

Siguiendo con este argumento, la función de orden público que el artículo 59 del Código Civil le asigna al defensor de menores hace que sus atribuciones se extiendan en la medida de los intereses del menor,<sup>25</sup> que están siempre definidos por el defensor de menores, independientemente de los deseos del niño y/o de sus padres.

Así, en nombre del riesgo y la protección, el defensor de menores adopta la medida que considera más conveniente, sin ningún tipo de control ni fundamento, legitimado en las amplias facultades concedidas en el Código Civil y en la Ley Orgánica del Ministerio Público Nº 24.946.

En sintonía, con las disposiciones citadas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha dictado dos acordadas: la Nº 837, del 11 de diciembre de 1987, y la Nº 869, del 13 de marzo de 1991, que han sobredimensionado las facultades discrecionales de los asesores. En forma sintética, ambas normativas dispusieron la obligatoriedad para los responsables del área de la salud de denunciar ante el asesor de menores e incapaces –actuales defensores– toda situación donde se encuentren involucradas personas menores de edad “en riesgo”, práctica que, sin ningún aval normativo, se extendió a los ámbitos educativos.

En franca colisión con lo manifestado, el sistema de frenos y contrapesos que pretende resguardar la división de poderes –concebida por Montesquieu en su libro *El espíritu de las leyes*– tiene por objeto separar el poder confiriendo las funciones estatales a distintos órganos que se controlan y limitan recíprocamente.<sup>26</sup>

En particular, la garantía de la separación de funciones entre los actores de un proceso judicial es condición esencial de la imparcialidad del juez respecto de la causa. Esta imparcialidad debe ser personal e institucional, en tanto no debe tener ningún interés en su resultado.<sup>27</sup>

25. Elena Highton, “Funciones del asesor de menores. Alcances de la asistencia y el control”, *La Ley* 1978-D, p. 907.

26. Domingo Sesin, ob. citada.

27. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 580 y ss.

En el otro extremo del análisis, se observa que el fiscal representa los intereses del Estado y por tanto es el encargado de ejercer la acción penal pública, mientras que el defensor es quien actúa como asesor jurídico en el procedimiento, o incluso obra por el imputado en sentido defensivo.<sup>28</sup>

Permitir que un órgano extrapoder continúe arrogándose facultades propias de las magistraturas implica seguir sosteniendo un esquema decisionista, que encierra un claro tinte inquisitivo en el cual es justo que el que juzga sea órgano activo en la investigación de la verdad sustancial, informada por criterios esencialmente discrecionales.<sup>29</sup> El hecho de que del propio texto de la Ley Orgánica del Ministerio Público Nº 24.946 surja que el defensor de menores pueda representar tanto al Estado como al menor atenta contra la garantía de imparcialidad derivada de la separación de funciones, propia de un Estado de Derecho, y permite situaciones de hecho en donde el defensor se transforme en juez y parte de un proceso judicial. Situaciones legales, mas claramente no válidas.

*“La garantía de imparcialidad –derivada de la división de poderes– deviene necesaria de manera tal que quien juzgue, decida o adopte una decisión judicial no debe ni puede ser quien acuse, quien defienda o quien represente al Estado.”<sup>30</sup>*

*“Tal como lo afirma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa”<sup>31</sup> (el destacado me pertenece).*

28. Julio B.J. Maier, Derecho procesal penal, II. Partes procesales. Sujetos procesales, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 436 y ss.

29. Ferrajoli, ob.cit., p. 541.

30. Pedro Aguilar León, “Administración de justicia en Colombia”, en Hacia una nueva justicia penal, Tomo 2, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1989, p. 34.

31. CIDH, Opinión consultiva 17, 22 de septiembre de 2002.

Desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y la sanción de ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes existe hoy suficiente claridad acerca de cuáles son los rasgos que configuran un “justo proceso”. Por lo tanto, la problemática se presenta cuando se efectúa la concreción legislativa, la plasmación orgánica e instrumental de los mismos requisitos en precisas pautas institucionales y la interpretación y aplicación de las normas. La colisión de lo normado en la reciente ley 26.061, por un lado, y el Código Civil y la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946, por otro, es clara y, por ende, obliga a reformulaciones legislativas y reinterpretaciones judiciales.

#### **IV. ¿Es posible concebir al asesor de menores como garante del cumplimiento del debido proceso legal y respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes?**

Por todo lo expuesto, debe quedar claro que toda reformulación de las funciones del asesor de menores a la luz de los principios constitucionales debe desterrar toda función jurisdiccional en cabeza de los asesores.

Dentro de este marco, se ha dicho que la actuación del Ministerio de Menores no tendrá que responder a la ideología del patronato, que basada en la consideración del niño como objeto de protección parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de la vida civil.<sup>32</sup>

Hasta que se reformule normativamente la figura del asesor de menores, el órgano especial instaurado por el Código tendrá que velar por el cumplimiento irrestricto de los derechos reconocidos a los niños, pero sobre todas las cosas cuidando que se respete su desarrollo autónomo en el marco de la capacidad pro-

32. Mauricio Mizrahi, “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Editores del Puerto, p. 82.

gresiva que incorporen tras su actuación cotidiana. Así, el asesor de menores deberá ser reinterpretado como un plus de protección o sistema de garantías extras para los niños que están incluidos en un litigio judicial.<sup>33</sup> Este enfoque cambia el eje de la representación basado en la incapacidad por la intervención necesaria y obligada del órgano que el Estado ha instaurado para el cumplimiento de los derechos reconocidos a las personas menores de edad en el respeto de su capacidad progresiva.

En este sentido, el asesor de menores representa el patrón de derechos que el Estado reconoce al colectivo de niños, niñas y adolescentes.<sup>34</sup>

Desde similar perspectiva, se ha sostenido que el asesor de menores es defensor por mandato legal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin confundirse con la defensa técnica que en el marco de un proceso realiza el niño por sí con su abogado.<sup>35</sup>

Por estas razones, el asesor de menores deberá controlar que se cumpla con el debido proceso legal, que supone para su legitimación frente a la sociedad la actuación del abogado de confianza de niñas, niños y adolescentes. Al respecto, la función del asesor de menores no es contraria a la Convención, pero evidentemente no es suficiente para garantizar que el niño, niña y adolescente pueda ser parte del proceso, accediendo a la información que en él se suscita y activando su tramitación.<sup>36</sup>

En esta línea argumental, el asesor de menores concebido como sistema extra de garantías para el niño deberá arbitrar acciones positivas para que se les asigne a los niños un abogado, en los términos del artículo 27 de la ley 26.061.

33. Noris Pignata, "El acceso a la justicia de los niños en la ciudad coquetea con la ideología del patronato", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

34. *Ibidem*.

35. Gustavo Moreno, "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", en *Derecho de Familia*; RIJD Número 35.

36. Noris Pignata, *ob. citada*.

Vale aclarar que cobra especial relevancia la figura del asesor como sistema extra de garantías, en las medidas de separación del medio familiar, donde el asesor deberá controlar el estricto seguimiento de los requisitos de procedencia. Entre ellos, agotamiento de las medidas de protección integral de derechos, límites temporales y defensa técnica de los niños.

#### *IV.1. La resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación aporta al reconocimiento del derecho de los niños a su defensa técnica*

Llegados a este punto, se puede afirmar que en líneas generales la resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación se ubica dentro de la postura que afirma la necesidad de replantearnos las funciones del asesor de menores a la luz de los principios constitucionales.

Dentro de este marco, la defensora general de la Nación insta a los asesores de menores –en aquellos supuestos que denoten complejidad o se vislumbre la existencia de intereses contrapuestos, o la niña, niño o adolescente solicite asistencia técnico-jurídica– a que se arbitren los medios para la provisión al niño de un abogado de confianza. Argumenta que el criterio de supeditación del ejercicio del derecho de defensa a edades cronológicas determinadas –sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo– no respeta el principio de capacidad progresiva o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño o adolescente. La actuación del abogado del niño se aplica cualquiera sea la edad de éste; esto es, no requiere como condición el discernimiento del patrocinado... Las normas pertinentes del Código Civil tendrán que ser reinterpretadas y ya no podrán aplicarse en su sentido literal tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. De aquí se sigue que el principio a aplicar será de la capacidad y no el de la incapacidad, pues el criterio a seguir es de la capacidad progresiva. Con lo expuesto, se quiere señalar que los conceptos de capacidad o discernimientos cronológicos (de los artículos 54 y 921

del Código Civil) se reemplazarán por criterios de capacidad y discernimiento reales. Todo ello sin soslayar las dificultades de armonización de normas existentes, lo que deberá dar lugar a una postura amplia sobre el concepto de capacidad en orden a una actitud conciliadora que en ningún caso debe suponer la posibilidad de renunciar a adiciones de derechos concretadas por la nueva normativa.

Por otra parte, observa la Defensora General de la Nación que la designación del abogado del niño o adolescente es una garantía del debido proceso que no siempre resulta a todas luces necesaria, de no existir contraposición de intereses con los padres de la persona menor de edad. Ello no quita que se encuentre debidamente garantizado su derecho a ser oído.

De todas maneras, si el juez advirtiera un grado de conflictividad en los vínculos parentales, y en la medida en que el niño que haya adquirido madurez suficiente no aspire a nombrar él mismo su propio abogado, estará obligado a designarle un letrado especializado en niñez y adolescencia, proporcionado gratuitamente por el Estado.

En este marco, la resolución 1234 de la DGN representa un avance respecto de los antecedentes registrados en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil,<sup>37</sup> en cuanto estipula que por debajo de los 14 años se atenderá a la capacidad progresiva, ampliándose el margen de población infantil a la cual se haya dirigido el reconocimiento del derecho de defensa técnica. Sin embargo, entendemos que se podría haber avanzado más, considerando el derecho de defensa como garantía del debido proceso legal, y por ende, exigir su cumplimiento irrestricto, sin condicionarlo al criterio de capacidad progresiva.

De todos modos, la resolución en análisis resulta trascendente, dado que establece instrucciones tendientes a garantizarles a las personas menores de edad un debido proceso legal.

---

37. Fallo de la Sala C, del 14 de agosto de 2007, "MG c/ P s/ tenencia", y fallo de la sala K, del 28 de septiembre de 2006, "RMA s protección especial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial.

En este sentido, ha dictaminado la Asesoría de Menores N° 5 que “la designación de un abogado para M es pertinente atento a la complejidad de la cuestión planteada, la excesiva litigiosidad de los padres de lo que dan cuenta los procesos conexos en trámite ante las partes, la necesidad de escuchar al menor, su derecho a recibir asistencia técnica-jurídica”.<sup>38</sup>

De modo más tímido, la Asesoría de Menores de Cámara ha emitido dictamen en pos de asegurar el aspecto material del derecho de defensa, al solicitar la nulidad de la sentencia de desalojo que pesó sobre un inmueble habitado por un niño y su madre por no haberse garantizado el derecho del niño a ser oído.<sup>39</sup>

Sin embargo, vale aclarar que los defensores o asesores de menores no agotan en su participación el acceso a la Justicia de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, la legislación local —a través de la ley 114— y la legislación nacional —a través de la ley 26.061—, como ya fue manifestado, se han preocupado de garantizar que los niños, niñas y adolescentes puedan acceder en forma directa al asesoramiento y patrocinio jurídico de un abogado de confianza que les permita el acceso a la Justicia y defienda sus intereses de parte en todo proceso judicial que los afecte.<sup>40</sup>

A estas alturas es preciso destacar que, si bien el objetivo prioritario de la resolución 1234 es establecer un modo de funcionamiento uniforme, a través del dictado por la Defensoría General de la Nación de Instrucciones Generales, unificando los criterios de actuación de los defensores públicos de menores en torno a la designación de abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que tal resolución sólo ha sido cumplida por algunos asesores y sistemáticamente desobedecida por otros.

Al respecto, parece ser postura mayoritaria de los asesores de menores de primera instancia, ante la situación de intereses

38. M G contra PCA sobre tenencia (expte. 89025-05), Juzgado Nacional Civil con Competencia en Familia N° 84, Asesoría de Menores N° 5.

39. P S c G M sobre desalojo (expte. 47976-08), Juzgado 69, sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dictamen de la Asesora de Menores de Cámara.

40. Noris Pignata, ob. citada.

contrapuestos entre los niños y sus padres, solicitar que se les designe tutor mas no abogado,<sup>41</sup> postura que ha sido avalada por los tribunales intervinientes.

Desde similar perspectiva, la Asesora de Menores a cargo de la Asesoría N° 5,<sup>42</sup> en causa que tramita ante el Juzgado Nacional Civil N° 8, ha dictaminado en contra de la procedencia de la figura del abogado del niño por entender que no existen intereses contrapuestos del niño con su representante legal.

Sin embargo, el estricto seguimiento de la resolución 1234 de la DGN por la Asesoría de Menores e Incapaces ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil nos permite concluir que, a medida que vayan surgiendo mayor cantidad de antecedentes en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, la resolución citada se aplicará también por los asesores y juzgados de familia de primera instancia.<sup>43</sup>

## *V.2. El rol del asesor de menores como límite al ejercicio abusivo del poder estatal. Control de legalidad de la medida excepcional de separación del medio familiar*

En particular, en los procesos para la adopción de medidas de protección, lo cierto es que, independientemente del fin de amparo, igual se afectan derechos de los niños, incluso llegando a producirse la medida de separación del medio familiar y consiguiente afectación del derecho a la identidad. Cualquiera sea la denominación que reciban, los procesos para la adopción de medidas de protección implican el ejercicio del poder del Estado, que

41. Esto ha sucedido en los autos "A. J. L. s/protección de persona" en trámite ante el Juzgado Nacional con Competencia en Familia N° 8; "C. contra R. sobre filiación", en trámite ante el Juzgado Nacional con Competencia en Familia N° 77; "C. contra B. sobre impugnación del reconocimiento", en trámite ante el Juzgado Nacional con Competencia en Familia N° 7; "A. C. sobre protección de persona", en trámite ante el Juzgado Nacional con Competencia en Familia N° 92.

42. J. L. sobre protección de persona (expte. 127408-95), Juzgado Nacional Civil con Competencia en Familia N° 8.

43. "M. contra P. sobre tenencia", en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 84.

significan la intromisión, aunque sea por motivos muy loables, en la vida del niño y su familia. Esta intromisión debe siempre considerar las garantías del debido proceso para su legitimación frente a la comunidad. Por consiguiente, la función del Estado de brindar amparo debe ser controlada con algún mecanismo que asegure la representación de los intereses de los niños.<sup>44</sup>

Si bien la sanción de la ley 26.061 establece límites precisos para la procedencia de la medida excepcional de separación del medio familiar y dispone que es competente para su dictado el poder administrador, sujeto a control judicial de legalidad, cabe tener presente que abusos y extralimitaciones del Estado pueden provenir tanto del poder administrativo como del Poder Judicial. Es que el llamado tutelarismo es susceptible de ser ejercido por ambos poderes.<sup>45</sup>

Llegados a este punto, cobra relevancia la función de control de legalidad que la ley 26.061 les acuerda al Poder Judicial y al Ministerio Pupilar. Dentro de este marco, el Poder Judicial –haciéndose eco de lo dictaminado por el Ministerio Público de Menores– ha declarado la ilegalidad de la medida de separación del medio familiar, atento a la intervención arbitraria del poder administrador. En el caso que se comenta, el órgano administrativo había decretado esta medida en un supuesto de violencia familiar sin haber considerado que el agresor había sido excluido del seno familiar y, por ende, resultaba improcedente su adopción, en los términos del artículo 39 del decreto 415 reglamentaria de la ley 26.061.<sup>46</sup>

Del mismo modo, se ha decretado la ilegalidad de la medida excepcional de separación del medio familiar por no haberse agotado –ni siquiera intentado– la implantación de medidas de protección integral de derechos que hubieran permitido a los niños

44. Patricio Millan y Patricio Villavicencio, "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", en *Revista de Derechos del Niño* Nº 1, UNICEF, Santiago, 2002.

45. Andrés Gil Domínguez, *ob. citada*.

46. R F sobre protección de persona, Juzgado Nacional Civil con Competencia en Familia Nº 84.

permanecer en su seno familiar, según expresas disposiciones del artículo 40 de la ley 26.061.<sup>47</sup>

### *V.3. El rol del asesor de menores como límite al ejercicio abusivo de la patria potestad*

También el asesor de menores ha operado como límite al ejercicio abusivo de la patria potestad, representando a los niños, niñas y adolescentes cuando sus intereses son opuestos a los de sus progenitores y éstos no logran proteger el interés superior de sus hijos.

En este sentido, se ha dicho que como fiel reflejo de la ideología autoritaria del Código Civil el niño ha sido considerado más como un objeto de posesión por parte de sus padres que como un sujeto de derechos con intereses y opiniones propias que merecen protección legal.<sup>48</sup>

Cabe agregar que a través del artículo 236 del Código Civil, que habilita a los progenitores a celebrar acuerdos sobre tenencia, visitas y alimentos, en el marco de un proceso de divorcio vincular y separación personal por presentación conjunta (artículos 205 y 215 del Código Civil, extendido por la doctrina y la jurisprudencia a los supuestos de separación de hecho sin voluntad de unirse previsto en los artículos 204 y 214 del Código Civil inciso 2 del mismo cuerpo normativo), ha ingresado gran parte de la autonomía de la voluntad en las relaciones padres-hijos. En forma coherente con esta línea de mayor apertura en las relaciones jurídicas entre padres e hijos, la presidencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en el marco de las facultades de superintendencia, en fecha 13-05-96, dispuso ampliar los supuestos de mediación prejudicial obligatoria previstos por la ley 24.573 a los procesos de tenencia y régimen de visitas.

47. Juzgado Nacional Civil con Competencia en Familia Nº 84, "POM sobre protección especial".

48. Mauricio Mizrahi, ob. citada, página 72.

Sin embargo, en el caso de que estos acuerdos sean contrarios a los derechos e intereses de los niños, pueden ser observados por el juez o por el asesor de menores.<sup>49</sup>

Llegados a este punto, es preciso aclarar que si bien la figura del asesor de menores puede operar como límite al ejercicio abusivo de la patria potestad, no es menos cierto que debemos ser cuidadosos para evitar injerencias arbitrarias del Poder Judicial en la vida privada y familiar del niño.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "si bien es cierto que los derechos fundamentales que tienen los padres respecto de sus hijos no son absolutos, en cuanto están sometidos a las leyes que razonablemente reglamentan su ejercicio sin alterar su sustancia (art. 28 CN.), no lo es menos que aquéllos han de ser celosamente resguardados en su vigencia real y efectiva y sólo limitados en su ejercicio por causas acreditadas, fundadas en legítimo derecho... Todo padre y toda madre tienen el derecho de velar por sus hijos menores, no obstante los defectos que puedan tener y que son propios de la condición humana si no han sido inhabilitados al respecto. Desconocerlo podría introducir un gravísimo factor de perturbación tanto en lo moral como en lo social y aun comportar el riesgo de que una eventual concepción utópica y totalitaria atribuyera al Estado la función que la propia naturaleza ha conferido a los padres. Negar a éstos la facultad de decidir sobre la crianza y educación de los hijos, que resultaría así transferida a los magistrados, situaría al ordenamiento en una pendiente peligrosa que hasta podría acercar a concepciones repugnantes de la esencia de nuestro régimen constitucional, donde se asignen al Estado funciones que sólo le competen subsidiariamente".<sup>50</sup> De modo pues que las atribuciones reconocidas a los jueces y asesores de menores han de ser ejercitadas, particularmente en estos casos, con mucha prudencia, a fin de no alterar el funcionamiento "normal" de la familia.

49. María Herrera, *El derecho a la identidad en la adopción*, Editorial Universidad, p. 370.

50. Fallos 305-1825.

Por último, resulta preciso aclarar que el Código Civil también establece un límite al ejercicio abusivo de la patria potestad al contemplar la figura del tutor *ad litem*. Al respecto, dispone el Código Civil, en su artículo 397, que los jueces designarán tutores especiales a los niños cuando sus intereses estén contrapuestos a los de sus padres.

#### *IV.4. El rol del asesor de menores como garante del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, niñas y adolescentes*

Cabe agregar que le compete al Poder Judicial en concurrencia con el Ministerio Pupilar el rol de controlador y último garante del cumplimiento de los compromisos asumidos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.<sup>51</sup>

Siguiendo con este argumento, los asesores de menores están habilitados para iniciar acciones de amparo ante la inexistencia o deficiencia de una política pública para la infancia que garantice el acceso a sus derechos.

En este sentido, la Asesoría General Tutelar de la ciudad de Buenos Aires ha interpuesto una acción de amparo en representación del niño ES, contra el gobierno de la ciudad, a fin de que la Dirección de Niñez le proporcione el recurso adecuado para el restablecimiento de su salud psíquica. Es decir, el alojamiento en un hogar terapéutico o casa de medio camino. Vale aclarar que el niño estaba alojado en el Tobar García, pese a tener el alta médica desde hacía cinco meses, y que los profesionales a cargo de su tratamiento habían manifestado que mantener la institucionalización era iatrogénico. Por las razones expuestas, en el caso en análisis se configuraba una privación arbitraria de la libertad que no encontraba remedio por la situación de pobreza del niño, que le impedía acceder a un tratamiento privado.<sup>52</sup> Con fecha 12 de marzo de 2009, el Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciu-

51. Mabel López Oliva, ob. citada, p. 136.

52. AGT c GCBA sobre amparo (expediente 33253-09).

dad de Buenos Aires a cargo del Dr. Guillermo Scheiler hace lugar a la medida cautelar solicitada.

Desde similar perspectiva, se ha dicho que el Ministerio Público tiene la representación de todas las personas menores de edad y, por ende, está legitimado para iniciar acciones en resguardo de los derechos de incidencia colectiva de los niños.<sup>53</sup>

#### *IV.5. El control de los establecimientos de privación de libertad de niños, niñas y adolescentes*

El inciso j) del artículo 54 de la Ley de Ministerio Público 24.946 pone en cabeza de los defensores de menores la inspección periódica de los establecimientos de internación, guarda y tratamiento de menores.

Si bien este inciso parece referirse al control de las condiciones materiales de detención de las personas menores de edad, la reformulación de las funciones del defensor de menores a la luz de los principios constitucionales nos conduce a sostener que también están obligados a controlar las condiciones jurídicas de las personas menores de edad detenidas.

Así, en el caso en que las condiciones materiales de detención no sean contestes con los estándares internacionales, deberá interponer los pertinentes hábeas corpus correctivos. En caso de que las detenciones sean ilegales, deberán solicitar la inmediata libertad de los niños, niñas y adolescentes.

A estas alturas, resulta preciso manifestar que todas las funciones atribuidas al asesor de menores en los distintos apartados del punto IV también pueden ser ejercidas por el abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes. Tal afirmación nos lleva a preguntarnos si es compatible la existencia simultánea del abogado de niños, niñas y adolescentes y del asesor de menores, coadyuvando ambos a la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

53. Gustavo Moreno, ob. citada.

## **V. ¿Existen incompatibilidades entre el abogado de confianza de los niños y el defensor de menores? o ¿Es posible que el asesor de menores fortalezca la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes?**

Las posibles incompatibilidades tienen fundamento en que las funciones del asesor de menores se regularon en sintonía con el modelo de la situación irregular y, por ende, al margen del debido proceso legal. No obstante, las pautas que se mencionan a continuación tienen que ser tenidas en cuenta si es que se pretende intentar una compatibilización respetuosa de los principios constitucionales.

### *V.1. El asesor de menores se debe despojar de toda función jurisdiccional y acusatoria*

A modo preliminar, y a fin de diferenciar ambas figuras, la doctrina ha afirmado que el abogado asiste, acompaña o representa al niño o adolescente en el proceso y el asesor de menores defiende los intereses del Estado. De conformidad con lo expresado en torno a la tensión existente entre “el interés superior del niño” y el derecho a ser oído, el defensor de menores vendría a materializar aquella mirada adulta desde la cual se conceptúa el interés superior. Por su parte, el abogado del niño materializa la definición del interés superior según la propia mirada del niño.<sup>54</sup>

Tal postura, si bien genera tranquilidad al mantener diferenciadas ambas figuras, no puede ser sostenida porque al representar el asesor de menores una mirada distinta de la del niño de su interés superior se puede ver obstaculizada de modo serio la estrategia de defensa material y técnica del niño.

Por su parte, la jurisprudencia concibe las funciones del asesor de menores como un híbrido entre un órgano jurisdiccional destinado a garantizar la justicia del proceso y un representante individual del niño.

54. Nelly Minyerski, ob. citada, p. 66.

Así se ha dicho que “la intervención del ministerio pupilar, por la vía de la representación promiscua, debe ser considerada la actuación de un órgano jurisdiccional llamado a asegurar la justicia de las resoluciones judiciales y a perfeccionar la defensa de los incapaces. Asimismo, su misión tutelar se cumple con la pertinente intervención en los juicios en que los menores estén involucrados a efectos de que sus intereses encuentren el debido resguardo.”<sup>55</sup> De nuevo nos encontramos con el dilema de qué hacer cuando lo justo para el proceso no es lo justo y conveniente para el niño.

Cabe reiterar que las funciones del asesor de menores –tanto defensor como fiscal– atentan contra el ejercicio legítimo del derecho de defensa. En este contexto, el defensor de menores interviene por mandato legal, indistintamente, en todos los procesos judiciales en que estén involucrados niños. Como lógica consecuencia, la designación de un abogado de confianza por parte del niño no implica el cese de su actuación.

Tal situación genera pretensiones diversas. Por un lado, la pretensión del defensor de menores, y por otro lado, la pretensión personal del niño, expresada a través del abogado de confianza, que queda confundida con el dictamen del asesor, quien privilegia fundamentalmente los intereses de la sociedad.

Así, ha dicho la jurisprudencia que la intervención del asesor de menores debe conjugar los derechos inherentes a la persona y los intereses del menor con la observancia de las leyes y del orden público. *Cuando la pretensión del menor fuera injusta, el ministerio de menores faltaría a su deber propiciándola* (el destacado me pertenece).<sup>56</sup>

La defensa de estos derechos interesa a la sociedad y al Estado y no puede confundirse con la defensa técnica que, dentro de un proceso judicial, se traduce en la asistencia propia de un abogado del niño, a quien se asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la volun-

55. CN Civ y Com Fed, Sala II, diciembre 2 de 1994, ED 167-197.

56. CN Civ Sala G, 1989-06-02.

tad del niño. Al respecto, resulta difícil sostener que el Ministerio Público defienda en el mismo proceso el interés particular y concreto del niño o adolescente parte y, al mismo tiempo, el interés general y abstracto de la comunidad.<sup>57</sup>

En particular, en los procesos penales suele ocurrir que el defensor de menores consienta que el niño sea autor del ilícito por el que se lo persigue y por ende solicite medidas tutelares privativas de la libertad, aun cuando el niño en su defensa haya negado toda participación en el hecho que se le endilga. También sucede a menudo que en los procesos de separación excepcional del medio familiar el asesor de menores dictamine en contra de la restitución familiar cuando tal restitución es solicitada por el abogado de confianza del niño.

A estas alturas debe quedar claro que para no obstaculizar la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes la figura del asesor de menores debe desterrar cualquier atisbo de funciones jurisdiccionales y acusatorias.

## *V.2. El asesor de menores no puede asumir la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes*

Despojados de funciones jurisdiccionales y acusatorias, la jurisprudencia ha considerado que el asesor de menores puede asumir la defensa técnica de los niños y adolescentes. En este sentido, se ha dicho que la crítica que ha recibido la actuación de la asesoría de incapaces en los procesos de menores radicaba en su carácter promiscuo, es decir, una suerte de fiscal y defensor al mismo tiempo, que no sólo resultaba conceptualmente contradictorio, sino que, puesto a intervenir en el proceso penal, lo obligaba a representar intereses antagónicos con clara lesión del efectivo derecho de defensa del imputado. Ahora bien, habiéndose resuelto que en el proceso de menores debe intervenir el fiscal a los fines de concretar la acción desde el punto de vista material,

57. Andrés Gil Domínguez; María Victoria Fama, Marisa Herrera, *Derecho constitucional de familia*, Editorial Ediar, p. 645.

desaparece aquel conflicto y ahora sí el asesor puede asumir un solo rol: el de representar y asistir al menor respecto de la imputación, es decir, se le ha quitado su desempeño como “fiscal” del proceso de menores. De aquí que no encuentro inconvenientes funcionales para que desempeñe el rol de defensor.<sup>58</sup>

No obstante, la disidencia ha sostenido que “es evidente que el asesor de menores no se haya investido en el nuevo modelo de enjuiciamiento penal de menores, como tampoco lo estuvo en el que preveía la derogada ley 10.067, de la obligación de parcialidad que es inherente a la misión encomendada al defensor técnico ante la imputación penal dirigida contra él o los menores enjuiciados. Al respecto, en forma concluyente, calificada y especializada doctrina sostiene: “En este punto, es importante señalar que en nuestro orden jurídico no hay otra asistencia adecuada para defenderse de una acusación penal que la asistencia legal. Esto hace a la garantía de la defensa en su dimensión técnica. También es importante tener en cuenta que la figura del asesor de menores –que vela al mismo tiempo por los intereses del menor y por la defensa de la sociedad– no satisface de modo adecuado la garantía de los arts. 40.2.b. y 37.d de la CDN” (Mary Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, 2004 p. 54, nota 8).

Siguiendo con este argumento, el defensor, al contrario de lo prescripto para el fiscal y, más aún, para los jueces, está obligado a la parcialidad, en tanto debe omitir toda acción que pueda perjudicar a su defendido.<sup>59</sup> Por tal razón, existe un deber de lealtad del defensor hacia su defendido.

Vale reiterar que el hecho de que del propio texto de la ley de Ministerio Público surja que el defensor de menores pueda representar tanto al Estado como al menor atenta contra la garantía de imparcialidad derivada de la separación de funciones propia de un Estado de Derecho, permitiendo situaciones donde el defensor se transforma en juez y parte de un proceso.

58. Plenario Cámara Nacional de Apelaciones y Garantías, Mar del Plata, 5 de marzo de 2008, en autos H G P y PM sobre recurso de queja.

59. Julio Maier, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, p. 272.

Llegados a este punto, es necesario precisar que si bien es cierto que sostener que el asesor de menores puede asumir funciones de abogado de confianza es más loable que sostener que asuma funciones jurisdiccionales y acusatorias, no es menos cierto que en ambos supuestos se termina vulnerando el debido proceso legal y debilitando la defensa técnica de las personas menores de edad.

### *V.3. El asesor de menores puede coadyuvar a la defensa técnica de niño*

Dentro de este marco, resta analizar qué función cabe al asesor de menores cuando el niño designa un abogado de confianza, dado que el funcionario citado en primer lugar, de todos modos, intervendrá, atento a la representación promiscua que le confiere el artículo 59 del Código Civil. O, dicho en otros términos, cabe preguntarnos si la figura del asesor de menores, despojada de funciones jurisdiccionales y acusatorias y en su rol de sistema de garantías extras para el niño, puede coadyuvar a fortalecer las defensas técnicas de las personas menores de edad.

Llegados a este punto, resulta imprescindible aclarar que el rol del defensor de menores no puede ser concebido como “un control de calidad” de la defensa técnica designada por el propio niño. Al respecto, desconfiar del abogado libremente elegido por el niño en pos de su protección implica de nuevo desconocer su condición de sujeto de derechos y su autodeterminación progresiva.

Sin dudas, el rol del defensor de menores como complemento de la defensa técnica del niño presentará muchas dificultades y requerirá la colaboración recíproca de defensores de menores y abogados de niños, niñas y adolescentes.

La situación conflictiva se puede desencadenar cuando el abogado del niño y el asesor de menores tengan estrategias defensivas diversas, porque cualquiera de ellas debilitará la estrategia del otro y dejará perplejo al juez llamado a decidir, y, más aún, al niño.

A modo de hipótesis, cabe plantearse algunos supuestos en los cuales las estrategias de defensa pueden ser diversas.

Por ejemplo, el asesor de menores –aun tendiendo a concretar el deseo del niño de ser restituido a su familia–, ante una medida de separación del medio familiar e interrupción del contacto con los padres, puede entender que lo más oportuno para arribar a lo petitionado por el niño es apelar la medida de interrupción de contacto, mas no la medida de separación del medio familiar, que será apelada con posterioridad y al momento de su prórroga. Por otra parte, el abogado de confianza puede entender que la mejor estrategia de defensa es cuestionar de modo directo la legalidad de la medida excepcional de separación del medio familiar.

También puede suceder que, en vista de plantear un proceso de amparo, el asesor de menores decida solicitar una medida cautelar autosatisfactoria. Por su parte, el abogado de confianza decida no solicitarla por considerar que el juzgado no hará lugar a aquélla y, por ende, su único efecto será dilatar la resolución definitiva del proceso.

Además, en un proceso de adopción en el cual es deseo del niño permanecer con su familia de origen, el asesor puede considerar que lo único posible es solicitar la adopción simple para cuando menos garantizarle al niño contacto con su familia biológica. Y el abogado de confianza puede opinar que todavía es momento oportuno de solicitar la restitución del niño con su familia de origen.

Asimismo, en un proceso penal puede suceder que el asesor de menores considere que lo mejor para el niño es un juicio abreviado y que el abogado de confianza considere que el niño está en condiciones de demostrar su inocencia en juicio.

O puede suceder que en el marco de un proceso civil, penal, laboral, comercial o administrativo el asesor de menores y el abogado de confianza no logren arribar a un acuerdo sobre qué prueba ofrecer para hacer valer la postura del niño.

Planteadas estas hipótesis, resulta imperioso preguntarse qué estrategia de defensa debe prevalecer.

La respuesta se puede encontrar en el artículo 27 de la ley 26.061, que prevé y jerarquiza la participación personal y activa

del niño en el proceso y le reconoce capacidad procesal para designar un abogado de confianza. Como lógica consecuencia de la capacidad procesal reconocida a los niños, niñas y adolescentes, son éstos quienes definirán su estrategia de defensa, asesorados por su abogado de confianza.

En este escenario, el asesor de menores podrá colaborar con esta estrategia de defensa, sugiriendo enfoques para su planteo, nuevas pruebas que aportar o citas jurisprudenciales y doctrinarias que sostengan la estrategia, pero sujeto al consentimiento del niño, asesorado por abogado.

De otro modo, se producirá el efecto adverso al buscado, como es fortalecer la defensa técnica del niño, debilitándose su postura individual, por la existencia de opiniones diversas relativas a la mejor estrategia de defensa.

## **VI. ¿Es necesario el asesor porque el Estado no les garantiza a los niños un abogado gratuito?**

El hecho de que se haya sostenido que los asesores de menores pueden asumir la defensa técnica de las personas menores de edad nos conduce a preguntarnos si quienes sostienen la necesidad de subsistencia de la figura lo hacen sobre la base de la incapacidad del Estado de garantizarles a todos los niños, niñas y adolescentes el acceso a un abogado de confianza gratuito que defienda su interés particular, en los términos del artículo 27 de la ley 26.061.

En contra de tal tesis, el diputado Emilio García Méndez presentó el proyecto 2217-D-2008, que proponía la derogación de la figura del asesor de menores, dado que desde la sanción de la ley 26.061, y en especial a partir del reconocimiento al niño de su derecho de ser asistido por un abogado de confianza, la figura del asesor de menores dejaba de tener sentido.

Los fundamentos principales son que su actuación corresponde a la ideología del patronato. Que muchas de sus funciones son jurisdiccionales y acusatorias, por ende, inconstitucionales. Y

que otras se asemejan a las del abogado particular y, por ende, a partir de la sanción de la ley 26.061, tienen que ser ejercidas por el abogado del niño, en los términos del artículo 27 de la ley 26.061. Abogado de confianza que le garantizará al niño la parcialidad necesaria para el cometido de sus funciones, parcialidad que no puede proporcionar el asesor de menores.

El proyecto en análisis no tuvo dictamen favorable de la Comisión de Justicia, comisión cabecera del proyecto.

Su presentación motivó que el Ministerio de Justicia de la Nación remitiera a la Comisión de Justicia una nota para oponerse al proyecto.

Sostuvo el Ministerio de Justicia de la Nación que el órgano apropiado de representación de los niños, según disposiciones del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, es el asesor de menores, contemplado en el artículo 59 del Código Civil.

Tal interpretación podría haber sido válida sólo con anterioridad a la sanción de la ley 26.061, mas nunca con posterioridad a su sanción. A partir de la sanción de la ley 26.061, no quedan dudas de que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de ser representados por su abogado de confianza, según expresas disposiciones del artículo 27 de la ley 26.061.

Por tal razón, sostener que el representante apropiado de los niños es el asesor de menores, con fundamento en el artículo 12 de la CDN, implica desconocer la ley 26.061 y, en particular, las mayores garantías constitucionales que les reconoce a niños, niñas y adolescentes en el citado artículo 27.

Vale recordar que la Convención de los Derechos del Niño es un piso mínimo de derechos reconocidos que debe y puede ser ampliado por los países que la han ratificado.

En este orden de ideas, el artículo 12 de la CDN ha sido reglamentado por el artículo 27 de la ley 26.061, ampliando los derechos reconocidos.

Al respecto, ha dicho la doctrina que la sanción de la ley 26.061 ha venido a incorporar, aclarar o ampliar una serie de fundamentales derechos y garantías procesales a favor de los niños y adolescentes para *todos los procedimientos judiciales y adm-*

*nistrativos que los afectan*, que importan la conformación de un nuevo proceso y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal.<sup>60</sup>

Por otra parte, agrega la nota del Ministerio de Justicia que el artículo 59 rige en todo el país y que su modificación significa una alteración de todos y cada uno de los ordenamientos provinciales sin que las Legislaturas competentes hayan establecido en modo alguno pautas normativas que reemplacen el régimen que se pretende derogar, teniendo como consecuencia que las niñas, niños y adolescentes del territorio nacional tengan un déficit de representación y defensa.

Dentro de este marco, se desconoce que el artículo 59 es reemplazado por el artículo 27 de la ley 26.061, que también rige en todo el país, es decir, en todos los ordenamientos provinciales. Como ya fue dicho, el artículo 27 de la ley 26.061 reconoce a los niños mayores garantías que la representación promiscua del asesor de menores, contemplado en el artículo 59 del Código Civil. Por otra parte, el artículo 27 no requiere para su implementación que los Parlamentos provinciales establezcan ninguna pauta normativa, sólo reclama que los Ejecutivos provinciales desarrollen acciones positivas, tendientes a garantizarles a los niños y adolescentes un abogado gratuito proporcionado por el Estado.

En este escenario, resulta inadmisibles que el principal fundamento esbozado para la subsistencia de los defensores de menores sea la inexistencia de abogados de confianza gratuitos y suficientes para garantizarle la defensa técnica a todo niño, niña y adolescente involucrado en un proceso administrativo o judicial, renunciando de facto a las mayores garantías que esta figura proporciona.

Luego, el Ministerio de Justicia se detiene en ejemplos que intentan demostrar que al derogarse el asesor de menores los niños quedarían desprotegidos y sometidos a las decisiones arbi-

---

60. Jorge L. Kielmanovich, "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en LL, 10 de noviembre de 2005.

trarias de sus padres. Así, se olvida que a partir de la sanción de la ley 26.061 los niños son representados en juicio por sus abogados de confianza, quienes harán valer la posición personal de los niños, aun en contraposición con la de sus representantes legales. Bastará para ello que el tribunal tome recaudos especiales para que el abogado que represente al niño no pertenezca a la órbita de influencia de alguno de sus padres, de manera de asegurar el desempeño autónomo de aquél.<sup>61</sup>

Sin dudas, el asesor de menores no es el único funcionario que puede oficiar como límite al ejercicio abusivo de la patria potestad. Incluso el Código Civil prevé la representación del niño por un tutor *ad litem* cuando sus derechos entran en contraposición con sus padres. En este orden de ideas, el tutor *ad litem* cumple funciones muy similares a las del asesor de menores.

No obstante, cabe reiterar que, luego de la sanción de la ley 26.061, sin dudas esta función puede claramente ser asumida por los abogados de confianza. A lo manifestado se debe sumar el plus de que la defensa técnica también opera como límite al ejercicio del poder estatal –materializado, en este caso, en el Poder Judicial–, al velar por el cumplimiento irrestricto de las garantías constitucionales, límite que en muchos casos no puede hacer operar el defensor de menores por estar ligado de modo inexorable al Poder Judicial, al punto de asumir funciones de clara naturaleza jurisdiccional.

## VII. Conclusiones

En sus orígenes la figura del defensor de menores respondió a los intereses de la sociedad de ejercer la protección-represión de los menores mediante el Patronato Estatal. En contrario, la sanción de la ley 26.061 refleja un nuevo consenso social que

61. Mauricio Luis Mizrahi, "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061", en Emilio García Méndez (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores del Puerto, p. 80.

impide concebir la protección en términos de retaceo de garantías constitucionales e impone el reconocimiento de la autonomía progresiva de las personas menores de edad.

En este escenario, la reforma legislativa deberá tomar como base esta premisa y analizar con rigurosidad si es posible la subsistencia de esta figura que ha sido funcional a la ideología del patronato y que en la actualidad debe ser resignificada con nuevas funciones que contribuyan al ejercicio pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco del riguroso respeto del debido proceso legal. Pero nunca su subsistencia se puede sostener sobre la base de la imposibilidad del Estado de garantizarles a los niños, niñas y adolescentes el acceso a un abogado garantizado gratuitamente por el Estado.

Mientras opere la reforma legislativa, las funciones, jurisdicciones y acusatorias del defensor de menores deben ser consideradas tácitamente derogadas, dado que respondían a la lógica del derogado sistema de patronato y lesionan seriamente las garantías constitucionales de los niños, niñas y adolescentes.

Despojado de estas funciones, el asesor de menores se debe limitar a cumplir su rol de sistema plus de garantías para el niño y coadyuvar a la *defensa técnica del niño*. *En este marco, el asesor de menores y el niño –asesorado con su abogado de confianza– deberán acordar la estrategia de defensa. Pero, en caso de no arribar a un acuerdo, prevalecerá siempre la estrategia de defensa elegida por el propio niño. De lo contrario, se convertiría en letra muerta la figura del abogado del niño, como también la capacidad procesal y autodeterminación progresiva de las personas menores de edad.*

# EL ROL DEL ASESOR DE MENORES A LA LUZ DE LA LEY 26.061: NUEVOS DESAFÍOS

Mirta Lapad<sup>1</sup>

María Inés Casey<sup>2</sup>

María Isabel Rodríguez Virgili<sup>3</sup>

## I. Introducción

La incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a nuestro ordenamiento jurídico, primero mediante su ratificación por ley 23.849, luego con su inclusión en el bloque de constitucionalidad con la reforma de 1994, significó un cambio sustancial en la mirada de la infancia y la adolescencia. La concepción del niño como “sujeto de derecho”, por oposición a la concepción como “objeto de protección”, implicó el primer paso de un largo proceso para la implementación del paradigma de la “protección integral”, que encuentra en la sanción de la ley 26.061 un importante avance para su concreción.

El nuevo marco jurídico vigente en materia de derechos del niño y la adolescencia, en el cual la ley de protección integral ocupa un rol fundamental, obliga a replantearse conceptos e instituciones que fueron delineadas con anterioridad, pero que se encuentran actualmente vigentes,<sup>4</sup> a fin de definir su verdadero alcance a la luz de esta nueva mirada.

1. Asesora General de Incapaces de la Provincia de Salta.

2. Secretaria relatora de la Asesoría General de Incapaces de la provincia de Salta.

3. Secretaria letrada de la Asesoría General de Incapaces de la provincia de Salta.

4. Ello así pues entendemos que la ley 26.061, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todo el territorio nacional, no implica sin más la derogación tácita de ciertas instituciones previstas en la legislación civil, sino que exige a los operadores jurídicos la interpretación armonizadora de las normas concebidas mediante la normativa anterior con la nueva perspectiva que impone la legislación actual.

Entre ellas, la del asesor de menores e incapaces, institución que en nuestro derecho tiene una tradición inveterada<sup>5</sup> en lo que respecta a la protección y defensa de los derechos de los niños y adolescentes, pues antecedentes de la existencia de esta figura los encontramos en el derecho argentino incluso con anterioridad a la sanción del Código Civil.

Sin embargo, para delinear el rol que le compete al asesor de menores e incapaces en este contexto normativo, y de algún modo esbozar cuáles son los nuevos desafíos que exige su función, resulta imprescindible, por un lado, revisar conceptos íntimamente ligados con ella, como los de “representación” y “capacidad”, y analizar cuál es el impacto que en ellos ha tenido la doctrina de la protección integral, y por otro, cuál es su función frente a estos derechos y garantías que se les reconocen efectivamente a los niños como sujetos de derechos.

## **II. Los niños como sujetos de derechos: la autonomía progresiva y el derecho a ser oído. El derecho de participación frente a los conceptos de capacidad y representación**

Los niños y los adolescentes, reconocidos como sujetos de derechos, son titulares de todos los derechos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos más un plus de derechos previstos, precisamente por su condición de personas en etapa de crecimiento.<sup>6</sup>

---

5. Castro Mitarotonda, respecto del origen histórico del art. 59 de nuestro C.C., menciona que éste se deriva en forma inmediata del cargo del asesor de menores previsto por las Ordenanzas Provisionales del Excelentísimo Cabildo, Justicia y Regimiento de la Ciudad de Buenos Aires del 21 de octubre de 1814, con facultades para intervenir en todas las instancias judiciales cuando aparecieran comprometidos intereses o derechos de los menores. (Fernando H. Castro Mitarotonda, “El menor en juicio y el art. 59 del C.C.”, UNLP. La Ley online).

6. Nelly Minyersky y Marisa Herrera, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Editores del Puerto.

Couso<sup>7</sup> señala que hay tres principios íntimamente ligados a la concepción del niño como sujeto de derechos: interés superior del niño, autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y el derecho del niño a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en todas las decisiones que lo afecten.

El principio de la autonomía progresiva implica la posibilidad para los niños *de ejercer por sí mismos* los derechos de acuerdo “con la evolución de sus facultades”.<sup>8</sup> El ejercicio por sí de los derechos es un aspecto importantísimo para su titular porque es lo que permite un real protagonismo en la definición del proyecto de vida de acuerdo con las propias preferencias e intereses. En el caso de los niños, este protagonismo se va adquiriendo progresivamente, según la madurez y desarrollo que va apareciendo con el transcurso del tiempo y la mayor edad.

Vinculado directamente con la autonomía progresiva se encuentra el derecho del niño a ser oído, reconocido en el art. 12 de la CDN, que prevé que en las cuestiones que lo afecten el niño tiene derecho a: a) expresar su opinión libremente y que ésta sea debidamente tenida en cuenta; b) ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.

Estos principios –de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos y el derecho de ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta–, junto a la calidad de sujetos de derechos de los niños, han sido profundizados aún más por la ley 26.061,<sup>9</sup> apareciendo así el concepto de *participación del niño* en

7. Jaime Couso, “El niño como sujeto de derecho y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”.

8. Surge del art. 5 del CDN que al referirse a las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención, hace referencia expresa a que éstas deben hacerse “en consonancia con sus facultades”. De este modo –señala Cillero Bruñol–, los deberes jurídicos reconocidos a los padres, que a su vez son límites a la injerencia del Estado, no son poderes ilimitados, sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño.

9. La ley 26.061 hace un fuerte hincapié en estos principios, que aparecen a lo largo del articulado al tratar la aplicación obligatoria de la ley (art. 2); al definir el

todos los ámbitos en los que se desenvuelve, como una característica fundamental del nuevo sistema, superadora del antiguo sistema tutelar. En efecto, algunos autores han considerado que *este derecho a la participación* que desarrolla la ley es un hito fundamental en nuestro derecho positivo y que la nueva normativa otorga las herramientas necesarias para que el niño exprese su voluntad directamente a fin de que sea tenida en cuenta cuando se tomen decisiones que lo afecten, sin que sea sustituida por la de sus representantes.<sup>10</sup>

Como vemos, la nueva mirada obliga a revisar entonces conceptos contenidos en el Código Civil y sobre la base de los cuales se instituyó la figura del asesor de incapaces en ese cuerpo normativo, que "a priori" parecen incompatibles con el paradigma propuesto por el marco jurídico de protección de la infancia, como ser el de representación y capacidad para que, reformulados en un nuevo sentido, nos sirvan de base para delinear el nuevo rol del asesor de incapaces.

El Código Civil, y con un fin tuitivo, estableció la minoría de edad como una causa de incapacidad, incluyendo a quienes no habían cumplido la edad de 21 años dentro de los llamados incapaces de hecho, es decir, aquellos que pudiendo ser titulares de derechos se encontraban imposibilitados para ejercerlos por sí mismos. Se parte de la presunción de que aquellos que no alcanzaron la edad indicada carecen de la madurez suficiente para conducir su persona y administrar sus bienes.

Para suplir este obstáculo de la incapacidad de hecho o de obrar, el legislador creó la figura de la representación, determinando que los menores de edad quedarían sujetos a una representación doble: por un lado, una representación necesaria ejercida por sus padres, como titulares de los derechos-deberes

---

superior interés del niño (art. 3 inc. b) y d), y art. 24 al tratar el derecho a ser oído y el art. 27 sobre garantías mínimas de procedimientos en los procesos judiciales o administrativos.

10. Néstor Solari, "El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial", L.L., 2005-F, 1127.

derivados de la patria potestad; por otro lado, una representación promiscua a cargo del Ministerio Público Pupilar. Esta representación legal, tanto la necesaria, en cabeza de los padres, como la promiscua, a cargo del Ministerio Público, abarca todos los aspectos judiciales y extrajudiciales en que se vean involucrados los menores.

Entonces, desde esta perspectiva, los menores de edad aparecen sujetos a una representación dual: necesaria y conjunta. La representación necesaria la ejercen los padres o tutores (art. 57 inc. 2º del Código Civil). La representación promiscua, el Ministerio de Menores (art. 59 del C.C.), que es conjunta con la de los representantes legales y complementaria, es decir que no sustituye ni reemplaza a la que prevé el art. 57 del Código Civil.

La promiscuidad está dada porque existe tanto entre representantes como entre representados. Por ello, en el primer sentido, se puede afirmar que el Ministerio Público de Menores interviene en representación de un niño en particular de manera complementaria con los padres o el tutor, o de manera autónoma por omisión o defecto en la representación ejercida por los padres o el tutor. Pero además el Ministerio Público de Menores tiene la representación de todas las personas menores de edad, sin distinción, con legitimación suficiente para iniciar acciones en resguardo de derechos de incidencia colectiva de los niños.<sup>11</sup>

Se ha sostenido que este sistema de representación, tal como ha sido descrito, implica en los hechos cercenar la intervención del niño en las cuestiones en las que están en juego su persona o sus bienes, y con ello su derecho a la participación, pues la idea que encierra la "representación" es la de "actuar en nombre o en lugar de otro".

Sin embargo, no deben confundirse la institución de la representación legal –consecuencia de la incapacidad, que tiene un fin tuitivo, pues sanciona con la nulidad los actos celebrados en

---

11. Gustavo Daniel Moreno, "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 35, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 56 y ss.

perjuicio del incapaz—, con el derecho a la participación, que se vincula con la calidad de sujeto de derecho. Pues el derecho a la participación, respecto del cual el derecho de ser oído es sólo una de sus manifestaciones, implica que sin perjuicio del sistema de representación legal, necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afectan.<sup>12</sup>

### III. El asesor de menores y la ley 26.061

Desde la base de la compatibilidad que existe entre el niño como sujeto de derechos y la institución del asesor de menores e incapaces —como representante promiscuo que interviene en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales en el que estén comprometidos sus intereses—, debemos preguntarnos cuál es la función que debe cumplir este último frente al marco jurídico de la infancia propuesto por la sanción de la ley 26.061.

Consideramos que la figura del asesor de incapaces se erige como el funcionario que, por su naturaleza, características y atribuciones legales, coadyuva a hacer efectivos los derechos y garantías previstos en la normativa nacional e internacional que rige en materia de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes tanto en los ámbitos judiciales como extrajudiciales.

Su intervención está orientada a la protección y garantía de esos derechos que corresponden a cada niño y adolescente.

Señalamos que los niños gozan de todos los derechos humanos más un plus de derechos en virtud de su condición de niños, es decir, personas en desarrollo. Por tal motivo, se considera que se les deben brindar mayor cuidado y protección, y en ese sentido es en su beneficio contar con mayor cantidad de mecanismos de garantía y protección.

12. Esta distinción entre el concepto de representación y participación que no se confunden ni se contraponen es propuesta por Solari. (Véase Ob. Cit.)

En este sentido, la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana aprobó las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, estableciendo que la edad es uno de los criterios para considerar una persona en situación de vulnerabilidad, y disponiendo en el art. 5 que “todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo”.<sup>13</sup>

Su participación en el ámbito judicial traduce la garantía de la defensa en juicio y debido proceso prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, forma parte de la “protección y asistencia especial” que debe garantizar el Estado (art. 20 y cc. CDN), y asimismo responde a las pautas de la Convención de los Derechos en cuanto una mayor protección y defensa de los derechos responde al “interés superior del niño” (art. 3 CDN).

Son innumerables los precedentes judiciales en los que la vulneración de los derechos de los niños por una defensa técnica deficiente de sus intereses por parte de sus progenitores se ha visto superada por la intervención del asesor de menores e incapaces.<sup>14</sup> Pues “la intervención del Ministerio Pupilar no se limita a una labor meramente asistencial y de control, supliendo la representación ineficaz, pudiendo deducir todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles según la ley procesal cuando lo resuelto se considere perjudicial o se aparte de lo establecido

13. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Ministerio Público de la Defensa, p. 56, Buenos Aires, 2008.

14. Así, el asesor de menores ha solicitado judicialmente en defensa de los intereses de los niños: a) la no homologación de los pactos de cuotas litis celebrados por uno de los progenitores con los letrados que intervinieron en el proceso iniciado sin su intervención, cuando los mismos resultan contrarios a sus derechos (Capel C. y C. Formosa, 5/02/09, L-Litoral 2009 (Mayo), 443; b) la nulidad de las actuaciones por omitir su intervención, lo que privó de la posibilidad de oponerse al desistimiento del apoderado de la madre de los niños de pruebas esenciales, que hubieran demostrado el nexo causal entre la enfermedad del progenitor fallecido y la actividad laboral, haciendo procedente la indemnización reclamada en representación de éstos. (SCJ Bs. As, 5/07/2000, “Belofiglio Oscar Roberto, c/ Club Newman- indemnización ley 9688”).

legalmente, incluso cuando su representante legal consienta una resolución en tal sentido”.<sup>15</sup>

Esta función de control, con posibilidad de suplir la defensa técnica deficiente en caso de ser necesaria, será sumamente beneficiosa incluso en los casos previstos por el art 27. inc. c) de la ley 26.061, es decir, cuando el niño actúe con el patrocinio de un abogado especializado en niñez. De este modo, si el profesional que en el proceso representa los intereses particulares del niño realiza desde el punto de vista técnico una defensa que comprometa los derechos que el niño postula dentro del proceso, la actuación del asesor/defensor en este sentido garantizará la efectiva tutela judicial de sus derechos.

Partiendo de la idea de que la representación que ejerce el asesor –promiscua, como una función de asistencia y control, o directa en el supuesto de intereses contrapuestos con sus representantes legales–, y el derecho de participación del niño en el proceso no son ideas que se contrapongan, incluso a través de la designación de un abogado especializado, encontramos en este funcionario el encargado de hacer efectiva esta “garantía mínima” en el caso de que resulte cuestionada.<sup>16</sup>

Debe tenerse presente además, que uno de los objetivos de la ley 26.061 fue la desjudicialización de las cuestiones asistenciales relacionadas con la infancia, de modo tal de que los temas re-

15. Superior Tribunal de Justicia de Neuquén, “A.R.C. c/ Omnitronic S.A”, 27/02/2008; L.L Patagonia 2008 (Junio), 261.

16. En este sentido cabe señalar que de la lectura de la sentencia de la C.NCiv, Sala I, del 4/03/09, “L. R., v/ M.Q., M.G.”, por medio de la cual se confirmó la providencia que tuvo a dos niñas de 12 y 15 años de edad, por presentadas en carácter de parte cada una con su respectivo letrado patrocinante, se infiere que la defensora de menores e incapaces de cámara en su dictamen sostuvo, de conformidad al principio de capacidad progresiva, que las niñas tenían discernimiento y madurez suficientes para requerir los servicios de los abogados que defiendan sus intereses e intervenir en el proceso en dicha calidad. (Textualmente el voto en minoría del Dr. Quintana: “Lo cual impide sostener lo que la señora defensora pública de menores e incapaces de cámara, que dado aquel principio el art. 921 del C.C. debe ser considerado una presunción iuris tantum respecto de que los menores de catorce años no gozan de discernimiento necesario para celebrar actos jurídicos”.)

lacionados con las políticas públicas vuelvan a su ámbito natural, que es el de la administración.

Con el nuevo diseño de protección, donde la actuación preponderante está a cargo del órgano administrativo y la judicial aparece como subsidiaria, la actuación del asesor de incapaces también tendrá lugar frente al órgano administrativo de protección, ya sea solicitando su intervención ante el conocimiento de la vulneración de un derecho que deba ser restaurado a través de las “medidas de protección” previstas en el art. 33 o bien ejerciendo el control y asistencia en los procedimientos administrativos en los que se dispongan “medidas excepcionales”, garantizando durante el mismo el respeto y efectividad de los derechos de los niños, y a su vez supervisando luego su seguimiento en función de la transitoriedad de las mismas.<sup>17</sup>

#### IV. Palabras finales

El asesor de menores e incapaces aparece entonces como el funcionario investido de las atribuciones necesarias para controlar el efectivo cumplimiento de las normas nacionales e internacionales destinadas a proteger los derechos reconocidos a los niños en su calidad de sujetos de derecho. Su naturaleza, al formar parte de un órgano independiente de los otros poderes públicos, sus atribuciones legales y la experiencia y conocimiento

17. En este sentido el Juzgado de 1ª Inst. en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la V Circunscripción de Chos Malal (Neuquén), al referirse a las atribuciones del asesor de incapaces según los lineamientos dados por la ley provincial 2302 de protección integral hace referencia expresa a que “Lejos han quedado los tiempos del patronato donde era el juez quien de oficio disponía sobre los menores. Hoy, es el defensor de los derechos del niño y del adolescente quien tiene facultad para hacer realidad los derechos de los niños...Tiene amplia legitimación para desempeñarse judicial y extrajudicialmente en la defensa de los derechos que se le encomiendan, de modo tal que en el marco de la desjudicialización su tarea es superior a la que se le pueda encomendar al juez, quien queda de esta manera relevado de asumir funciones que no sean estrictamente jurisdiccionales”. (el Dial –AA535B).

especializado de quienes desempeñan estos cargos les permiten intervenir en todos los asuntos que los afecten, sean de carácter judicial o extrajudicial, desempeñándose con eficiencia en los nuevos desafíos que propone la legislación vigente.

Sin embargo, debe tenerse presente que la eficacia en la realización de la multiplicidad de tareas y funciones a cargo del Ministerio Público de Menores, que surgen del contexto normativo en general y particularmente de la ley 26.061, depende también en alguna medida de que se destinen los recursos necesarios y suficientes para cumplir acabadamente su cometido, sin olvidar que la propia ley establece como absoluta prioridad garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual establece la asignación privilegiada de los recursos públicos.

## ROL DEL ASESOR DE MENORES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. NUEVOS PERFILES DEL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL DE INFANCIA

Silvia E. Fernández<sup>1</sup>

*“Todo derecho en el mundo ha sido combatido y toda máxima jurídica que ha llegado a prevalecer debió, en sus comienzos, ser arrancada casi a viva fuerza de aquellos que la atacaban. Así que todo derecho, tanto de un pueblo cuanto de un individuo singular, presupone una disposición en ellos para mantenerlo.”*

Rudolf von Ihering<sup>2</sup>.

El título que encabeza estas líneas intenta motivar la reflexión acerca de la adecuada repercusión que en la institucionalidad preexistente en materia de infancia deben recibir el dictado y la puesta en práctica de las nuevas leyes de protección integral de derechos de la niñez (nacional 26.061 y 13.298 de la provincia de Buenos Aires). Nos proponemos repensar el sistema y los mecanismos de actuación procesal-legal preexistentes para medir el efecto provocado por estas normativas en lo concerniente a la defensa jurídica de niños y adolescentes y, específicamente, en

1. Asesora de incapaces titular de la Asesoría de Incapaces Nº 1 del Dep. Jud. Mar del Plata, Pcia. de Buenos Aires. Abogada especialista en derecho de familia, Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Magistratura Judicial, Universidad Nacional de Mar del Plata – FUNDESI. Docente de grado de las cátedras de Derecho de Familia y Sucesiones de la UNMDP y Sucesiones de la Universidad Atlántida Argentina. Docente de posgrado Carrera de Especialización en Derecho de Familia UNMDP. Vicepresidente del Instituto de Derecho de Familia Colegio de Abogados del Departamento Judicial Mar del Plata.

2. Rodolfo von Ihering, *La lucha por el derecho*, Colección Oro Atlántida, 36.

cuanto al tradicional rol del asesor de menores o incapaces<sup>3</sup> como “representante legal” de menores de edad.

## I. Palabras previas

El eje estructurante de las leyes 26.061 y 13.298<sup>4</sup> es el reconocimiento de los niños como sujeto de derechos, con clara recepción de la doctrina forjada a partir de la Convención de los Derechos del Niño, de la “protección integral de derechos”. Su expresa acogida en el plano legal importa un inexcusable cambio en el ámbito interno respecto del tradicional paradigma de la minoridad, adscripto hasta entonces al sistema “tutelar” de los “incapaces”.

La aplicación de esta doctrina obliga a desplazar criterios anteriores de intervención, motivados desde la observación de la “situación irregular” y el concepto de “riesgo” como término que determinaba la intervención jurisdiccional tutelar en ejercicio del patronato del Estado.<sup>5</sup> La protección integral de derechos implica el posicionamiento del niño como sujeto de ellos y no mero objeto

3. Como advertencia preliminar aclaramos que a lo largo de estas líneas se empleará la denominación “asesor de incapaces”, término propio de nuestra ley provincial bonaerense 12.061, no sin desconocer la particular denominación que en diferentes territorios del país recibe esta figura. Sin perjuicio de expresar nuestro disgusto por la conservación del término “incapaces” con que aún hoy día sigue calificándose a los menores de edad y a las personas con disfunción psíquica, lo que entendemos inaceptable a la luz de la Convención de los Derechos del Niño, como también la Convención para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4. Integrada con su decreto reglamentario 300, ley 13.634 sobre “Principios generales del fuero de familia y fuero penal del niño”, resoluciones 171 y 166 del Ministerio de Desarrollo Humano.

5. En el ámbito nacional, dicho proceso tutelar era sostenido por la ley 10.903, y en la pcia. de Buenos Aires, por el decreto-ley 10.067, que permitían la “disposición” de los menores a los fines de su tutela judicial. La leyes 26.061 y 13.298 derogan ambas normas preexistentes, que no pueden ya ser invocadas para justificar intervenciones jurisdiccionales en la vida de los niños y sus familias.

de decisión;<sup>6</sup> son sus derechos los que merecen amparo directo y no la tutela discrecional de su persona.

El plano conceptual y terminológico de estas normas es claro, y conocido por todos aquellos que desde un área u otra trabajamos en materia de infancia. Sin embargo, esta misma cotidianidad nos demuestra que los cambios en los modos de intervención no deben ser sólo terminológicos ni se producen de manera automática sin una clara decisión y convicción acerca de la necesidad de erradicación de los viejos parámetros. Es que la consolidación de un modelo jurídico es siempre un proceso difícil, social y culturalmente. El “producto” que aparenta ser exclusivamente legal exige en realidad explicar el entrecruzamiento de otros discursos sociales, cuyos rastros no son expuestos; la historia de la nueva legalidad “...empieza aquí, recién aquí, en el exacto momento de su juridización. O al menos esto es lo que pretende, con más o menos éxito, el discurso oficial de los juristas. Porque...hay síntomas que denuncian lo negado. Y hay un contradiscurso que se hace cargo de ellos. También en este campo hay resistencias...”<sup>7</sup>

Así, el terreno práctico nos da sobradas muestras acerca de la dificultad –ya no normativa– en la erradicación de patrones de actuación fuertemente instalados en la operatividad habitual, para cuya eliminación no resulta suficiente la sola modificación de una ley. Se necesitan una extirpación “más mental que legal” de un modelo perimido y el firme asentamiento de un estándar de *reconocimiento de derechos* respetuoso de las bases de un Estado democrático, que brinde a los niños un proceso justo constitucional.<sup>8</sup> El modelo de *reconocimiento* apuntado

6. OC 17, CIDH: “Los niños no deben ser considerados ‘objetos de protección segregativa’, sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...”.

7. Alicia Ruiz, “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)”, en Enrique Marí, Carlos Cárcova, AA.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot. Bs. As., 2006, 2da. edición, p. 116.; op. cit. p. 126.

8. Arts. 16, 18 CN; arts. 8 y 25 CADH; arts. 2, 9, 14 y 15 PIDCP.

—llamado también *liberacionista*, por oposición al modelo de *protección* propio del patronato de Estado— considera al niño un sujeto de derecho con capacidades y cualidades propias; postula la defensa del interés del niño por él mismo mediante el ejercicio de sus facultades. Se reemplazan los conceptos de “riesgo”, “peligro físico-moral”, “situación irregular”, por el de “vulneración de derechos”, intentando reflejar así que son *los derechos* de su titularidad los que se ven vulnerados y reclaman intervención para su restitución. Las leyes han receptado esta doctrina no sólo desde el plexo de garantías, sino también en el ámbito procesal, con la derogación parcial del proceso de protección de persona (arts. 87 y 88 ley 13.634), calificando ahora el procedimiento pertinente en nuestra provincia como “protección de derechos”.<sup>9</sup>

De tal modo, lo primero que debemos exigir es la observancia de la ley 26.061 en todos los territorios provinciales, como norma de contenidos mínimos,<sup>10</sup> sin perjuicio de la posibilidad de ser maximizado su plexo de derechos por las leyes provinciales.<sup>11</sup>

A partir de aquí entonces se impone un cambio radical en el modo de intervención judicial, a la vez que se plantean varios interrogantes ante el surgimiento de nuevas figuras y conceptos hasta ahora inexistentes. En efecto, las leyes refieren a la “participación activa” del niño, su “defensa activa”, la figura de un “abogado del niño”, la creación de “centros de protección de derechos”, “servicios locales”, “servicios zonales”, en fin, una importante cantidad de nuevos actores que ingresan en la escena de la infancia, hasta entonces unificada en las figuras del juez y asesor de menores.

9. Ignacio Campoy Cervera, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 487.

10. Conforme lo dispuesto por el art. 75 incs. 19 y 23, la protección integral de infancia es competencia del Estado federal.

11. Conf. Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. V, Ediar, Bs. As. 1994 p. 42; Daniel Sabsay, “La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del decreto 1293/2005”, en García Méndez (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores del Puerto, Bs. As. 2006, p. 21.

De tal modo, cabe preguntarse cuál es la función que cabe a los operadores judiciales dentro de esta nueva institucionalidad y, en particular, cuál es el rol a ejercer por el Ministerio Público de Menores para poder medir en su justo término algunas interpretaciones que se pronuncian por su relegamiento –y aun su directa eliminación– a consecuencia del ingreso de otras figuras del sector administración.

Nuestro punto de partida para este análisis no será exclusivamente exegético, con una visión sectorizada de las leyes de protección, sino que partiremos de los principios superiores que las fundamentan. El objetivo es que en el final podamos concluir a favor de *nuestra premisa inicial, por la que afirmamos que con las nuevas leyes de infancia, el reforzamiento de la tutela jurídica de los derechos de la niñez que en forma expresa se establece implica idéntico refuerzo para la figura del Ministerio de Menores, como mecanismo de protección y defensa jurídica de niños y adolescentes y soporte legal imprescindible en la esfera judicial y extrajudicial. Lejos de toda confusión, los principios, derechos y garantías que brindan estas normas nos exigen una resignificación y redimensionamiento del rol del Ministerio de Menores.*

## **II. La figura del asesor de menores como integrante del debido proceso de infancia**

La intervención en la vida y/o derechos de niños y adolescentes se produce siempre dentro de *un proceso* (administrativo o judicial, conforme la doble vertiente del Sistema de Protección de Derechos). Los alcances de las funciones de cada uno de los operadores intervinientes en este proceso –entre ellos, el asesor– dependerán entonces, en buena medida, del significado de este término.

En el marco de nuestro Estado Democrático de Derecho hablamos de *proceso justo constitucional*, término que engloba ciertas garantías básicas imprescindibles impuestas por la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos que

deben observarse desde el instante mismo del acceso a la Justicia y durante todo el desarrollo de este proceso. Se pretende así reafirmar la exigencia de tutela judicial efectiva, un concepto integral de "derecho a la jurisdicción" que abarca todo este itinerario.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido en su OC-17 que *"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"*. De este modo, todos los recaudos que se exigen para realizar el proceso justo constitucional del adulto rigen para el del niño, con un plus adicional determinado por su especial condición.

Llegados aquí, si vamos a analizar el rol del asesor de menores, debemos contextualizarlo dentro de las garantías que integran este proceso constitucional,<sup>12</sup> que deben ser no sólo observadas, sino más aún reforzadas frente a la condición de niño del destinatario del servicio de justicia. Así, *"...deben considerarse una serie de principios y garantías propias de la materia de la niñez para conformar un núcleo fundamental... que contemple un principio de discriminación positiva para procurar equidad y compensar mediante mayores y más específicas garantías estas situaciones de franca desigualdad que existen en la realidad"*. Traducir estas asimetrías fácticas en desigualdades de tratamiento jurídico no viola el principio de igualdad (art. 16 CN), sino que resulta una discriminación positiva como instrumento de protección (art. 75 inc 23 CN), por cuanto la verdadera igualdad consiste en aplicar a los casos ocurrientes la ley según las diferencias constitutivas de ellos.<sup>13</sup> Es que la aspiración de justicia

12. Arts. 16, 18 CN; 8 y 25 CADH; 2, 9, 14 y 15 del PIDCP. Garantías: 1.- Sustantivas: a.- principio de legalidad (art. 18 CN), b.- igualdad ante la ley (art. 16 CN), c.- principio de culpabilidad, d.- racionalidad de las sanciones; 2.- Procesales. a.- debido proceso, b.- acceso a la justicia, c.- principio de inocencia, d.- derecho a asistencia letrada, e.- plazo razonable, f.- principio de privacidad ("Estándares de derechos humanos para la implementación de un sistema de justicia penal juvenil", Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

13. CSJN, 14/10/97, in re "Arce, Jorge".

excede la concepción aristotélica de “dar a cada uno lo suyo”, planteándose en la modernidad actual como una pretensión de “igualdad de poder”.<sup>14</sup>

La CIDH se ha referido a esta necesidad de nivelación en una OC ajena al tema de infancia<sup>15</sup> en estos términos: “*El proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real... [y] adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan la defensa eficaz de los propios intereses... [para]... un verdadero acceso al a justicia y... un debido proceso legal en condiciones de igualdad*”.<sup>16</sup>

Nos preguntamos entonces cuáles son las “medidas de compensación” para el niño que han previsto las leyes 26.061 y 13.298, como niveladoras de la desigualdad propia de su condición. La primera establece en su artículo 27 aquellas “Garantías mínimas de procedimiento” que ha entendido imprescindibles para el desarrollo del proceso justo.<sup>17</sup> Si integramos esta norma con las de la Convención de Derechos del Niño, con sus reglas interpretativas emanadas del Comité de Derechos del niño<sup>18</sup> (CRC), con la Convención Americana y las OC de la CIDH, concluiremos que la “tutela efectiva administrativo-judicial” de infancia se integra-

14. “*Se aspira a Libertad, mientras no se tenga el poder. Una vez que se tenga el poder se aspira a la Supremacía; si no se la logra (porque no se es aún lo suficientemente fuerte para lograrla) se aspira a Justicia. Vale decir, igualdad de poder.*” Friedrich Nietzsche, *La voluntad de poder*, cit. por Ricardo Entelman, “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, en Enrique Marí, Carlos Cárcova, op. cit. p. 209.

15. CIDH OC-16 (1/10/99).

16. Subrayado propio.

17. Las que, sin perjuicio de su carácter procesal –facultad no delegada por las provincias, art. 121 CN–, entendemos son de aplicación obligada para las provincias, como “núcleo duro” de garantías al cual deben ajustarse, más allá de las mejoras que puedan establecer localmente. Las garantías de la ley 26.061 siguen las pautas constitucionales de la CDN y jurisprudencia de la CIDH y el CRC, órganos a los que la Argentina reconoció competencia en cuanto a la interpretación de la CADH y de la CDN, al establecer su jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22). El CRC ha dicho (OG Nº 5) que el Estado que ratificó la CDN es responsable de garantizar su aplicación en todo territorio sometido a su jurisdicción.

18. En adelante nos referiremos a este organismo con el empleo de su sigla CRC.

ría con las siguientes “medidas de compensación”: 1. Acceso a la justicia;<sup>19</sup> 2. Derecho a una representación propia;<sup>20</sup> 3. Derecho a ser oído;<sup>21</sup> 4. Derecho a la participación personal;<sup>22</sup> 5. Derecho a asistencia letrada especializada.<sup>23</sup>

### III. El derecho de niños y adolescentes a una representación propia. Delimitación de la extensión funcional del rol del asesor de incapaces

Si bien el art. 27 de la ley 26.061 no la menciona expresamente, es mi opinión que la representación propia constituye una garantía mínima que debe entenderse incluida por las leyes de protección integral. Veamos por qué. El art. 27 encabeza aclarando que las garantías allí previstas operan “...*además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, en los tratados internacionales y en las leyes*”. La Constitución Nacional, la CDN y la ley argentina contienen la figura de la representación propia del niño (arts. 264, 274 y 59, 494 y concs. C.C.), con lo que podemos afirmar que el Ministerio de Menores representa una *específica garantía del debido proceso* que la 26.061 también contiene en la tácita referencia a “los derechos contenidos en la CN y leyes”.

Son conocidas las normas en que se funda nuestra figura. Simplemente las recordamos.

19. Arts. 14, 16 CN; art. 15 Constitución Pcia. de Bs.As.; art 35 inc c) CPCBA; art. 27 inc a) ley 26.061.

20. Arts. 59, 264, 274 C.C., art. 23 ley 12.061.

21. Art. 18 CN, 12 CDN, 14 PIDCP. Arts. 167, 264 ter, 314, 321 inc c) C.C.; “Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” y “Convención interamericana sobre restitución internacional de menores” (art.13). Arts. 3, 14, 15, 19, 23, 24 inc. a), 27 inc. c) ley 26.061; art. 3, ley 13.634.

22. Arts. 18 CN, 8 y 15 CADH, 37 y 40 CDN. Art. 27 inc d) ley 26.061; art. 5 ley 13.298.

23. Art. 37 inc d) y 40 v inc. 2 b ii) CDN; art. 27 inc c) ley 26.061.

A. Fuentes legales: la primordial del art. 59 C.C., regla de intervención “en todo asunto judicial o extrajudicial” en que un incapaz<sup>24</sup> sea parte o sus intereses se vean comprometidos; intervención cuya omisión se sanciona con nulidad.<sup>25</sup> Otras normas del Código contemplan puntualmente su actuación obligada.<sup>26</sup> También deben mencionarse las leyes específicas regulatorias de esta figura, en nuestro caso la provincial 12.061 Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo art. 23 establece la intervención imperativa del asesor en “todo asunto judicial o extrajudicial que interese la persona o bienes de incapaces”, bajo sanción de nulidad y responsabilidad “de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación”;<sup>27</sup> lo habilita para peticionar por propia iniciativa ante la falta o conflicto de intereses con el representante legal o cuando resulte necesario para impedir la frustración de derechos.<sup>28</sup> Similares previsiones contiene la ley nacional 24.946, cuyo art. 54 inc. a) lo habilita a “entablar las acciones o recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios”, dotando ambas al Ministerio de Incapaces

24. Sin perjuicio de la crítica a la pervivencia en nuestra legislación civil del término “incapaz” para referir a niños y adolescentes, como también a personas con disfunción mental, la cita a las normas legales debe efectuarse referenciando el término por ellas empleado.

25. Art. 59 C.C. Entre otros, CSJN 17-10-07 “E.M.C. C/ Mpalidad Coronel Pringles”; CSJN, 19/5/2009 “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS”.

26. Art. 66, 144 inc. 3; 147; 177. inc. 5, 220, 255, 272, 381, 414, 459 y concs., 470, 491 a 494 Código Civil. En el plano de violencia familiar, la ley nacional 24.417 y provincial 12.569 lo legitiman para la recepción de denuncias ante víctimas menores o incapaces; en el plano procesal, los arts. 234, 235, 236 del CPCC con respecto al proceso reformado de protección de persona.

27. En doctrina de la CSJN 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” (ver Fallos: 325:1347 y 330:4498; también doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291).

28. La resolución 277/94 de la Procuración Grl. SCBA establece que “deberán cumplir los actos tendientes a la impulsión del proceso, al resguardo de la defensa de los intereses de sus representados” (art. 3).

de amplísimas facultades de actuación, en la esfera judicial, extrajudicial y ámbitos comunitarios. Todo este régimen propio del Ministerio no ha sido derogado por las nuevas leyes. Es más: veremos que en realidad resulta fortalecido.

**B. Fuente constitucional:** el art. 120 de la CN incluye al Ministerio Público como órgano constitucional, a lo que deben sumarse las normas respectivas de la CDN (arts. 12, 37, 40, 41), todas las que permiten afirmar, como enseña Alejandro Molina,<sup>29</sup> que esta "doble representación" es en nuestro derecho una *verdadera garantía constitucional de defensa*; de allí que su omisión de actuación, además de nula, es inconstitucional. Es que esta intervención resulta "...en pos de la vigencia plena de todos los contenidos normativos de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se pone en juego a partir de que un menor de edad se ve involucrado en circunstancias que dan lugar a un proceso judicial, conformando así la categórica directiva que surge del art. 3 de la misma".<sup>30</sup>

Esta representación legal-constitucional delimita para el asesor un doble rol:

\* *Rol representante:* función tradicional dada por el art. 59 C.C., concurriendo con los representantes necesarios y controlando su actuación. La básica función de "representación promiscua"<sup>31</sup> se amplía habilitando una actuación autónoma ante deficiencias en la representación necesaria o perjuicios para el representado, transformándose en una intervención principal y directa dirigida a impedir la frustración de derechos.<sup>32</sup> Por su parte, la

29. Alejandro Molina, "Intervención del Ministerio Público de Menores en toda clase de procesos: ¿imposición de la ley común o de la Constitución Nacional?".

30. SCBA voto del Dr. Pettigiani, Ac 84.102 – 10/5/2006.

31. Gustavo Daniel Moreno, "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño".

Revista de Derecho de Familia Nº 35, Lexis Nexis, p. 56 y ss. Ver CC Morón sala II 33956, RSD-241-95, S 29-6-95.

32. Regla establecida desde el plenario "Barett" de la C.N.Civ., del año 1933, voto del Dr. Barraquero.

representación de todos los menores sin distinción lo habilita a articular acciones en resguardo de derechos colectivos.<sup>33</sup>

\* *Rol de parte*: es "parte legítima y esencial" conforme el art. 59 CC. Aun antes de la ley 26.061 la amplitud de intervención judicial y extrajudicial del asesor pudo desprenderse de este concepto de "parte", que nos muestra la agudeza del codificador, quien con esta calificación entregó a "los incapaces" el concepto procesal más generoso a favor de su representante: el de "parte", que implica un carácter autónomo y superior a la idea ficta de representación por sustitución. Esto significa que el asesor de incapaces tiene poder de petición independiente por ser parte, aunque no lo sea por derecho propio.<sup>34</sup>

A su turno, a partir de la CDN y las leyes de protección, este concepto de parte se ve reforzado y revivificado, ante el impacto del principio rector del *interés superior del niño*, como pauta de definición y actualización permanente de la interpretación de las normas y acorde con los principios sustanciales de derecho internacional humanitario de *maximización*<sup>35</sup> y de *no regresividad*<sup>36</sup> de los derechos reconocidos a la persona. En efecto, el impacto del derecho internacional humanitario en el ámbito local implica la tutela de nuevos derechos, la necesidad de adecuar la legislación y *una nueva conceptualización de antiguos derechos* reconocidos por los sistemas. Es así cómo a la luz de estos principios y de la adecuada interpretación del proceso justo

33. Así, C. Cont. Adm. sala 1, 1/6/01; J. Civil n 3 24/3/97, entre otros.

34. Elena Highton de Nolasco, "Funciones del asesor de menores. Alcance de la asistencia y control", LL, 1978-B p.- 904 y ss.

35. El principio internacional de maximización implica que el DIDH deja abierto siempre el sistema a lo que más ampliamente pueda brindar el orden jurídico local u otros tratados de derechos humanos. (Germán Bidart Campos, "Relaciones entre el DIDH y el derecho argentino", en Martín Abregú y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. CELS, p. 82 y ss.

36. Este principio implica que cuando el sistema normativo acrece por ingreso de nuevos derechos, o de contenidos nuevos en derechos viejos, el "plus" queda definitivamente anclado en el sistema. (Bidart Campos, op. cit.).

que venimos sosteniendo como carril de la tutela judicial efectiva (art. 15 CPBA) el niño/adolescente tiene no sólo el derecho a ser oído por su juez, sino a ser *debidamente representado* mediante el mecanismo de asistencia y defensa jurídica apropiado (art. 12, 2da. parte CDN).

*\* Rol - nuevas funciones de las leyes de protección*

Contra todo pronóstico limitador de las funciones del asesor de incapaces –en virtud del “ensanchamiento” de intervención administrativa y la desjudicialización que se propugna–, las leyes de protección de derechos han ampliado su rol, que en la nueva intervención jurisdiccional funciona como una suerte de bisagra o ensamble entre las esferas Administración-Jurisdicción y por una doble vía:

*a. Como canal de comunicación entre ambos ámbitos:*

Cabe al asesor de incapaces la intervención en la medida de abrigo regulada por el art. 35 inc. h) de la ley 13.298, la que debe ser comunicada a éste y al juez de familia a fin del control de su legalidad. También el vencimiento del abrigo (art. 35.4 dec. 300) debe comunicarse al asesor para que evalúe la “promoción de las acciones civiles necesarias para la protección de los derechos del niño”, vgr. guarda institucional (art. 35), con lo que se le concede una amplia legitimación, independiente de la del representante legal.

El art. 37 lo habilita tácitamente para poner en conocimiento de los servicios locales situaciones de vulneración de derechos, al referir a todo “tercero que tenga conocimiento”. Igualmente puede peticionar medidas en sede judicial independientes de las adoptadas por el SLP, pues la actuación judicial no ha sido derogada por el sistema.<sup>37</sup>

37. La ley 13.634 también amplía su función al regular las nuevas competencias del Fuero de Familia (art. 16 modif. art. 827 CPCC), supuestos todos en los que corresponde su intervención: inc. t (protección de persona); inc. v (abrigo), inc. w (violación de intereses difusos, habilitando la representación colectiva); inc. x: “toda cuestión” relativa al “derecho de familia y del niño”.

En la órbita penal, el art. 63 regula la situación de los niños inimputables estableciendo la necesidad de comunicación al SZPD, representantes legales o asesor.

*b. Como figura de control directo de la intervención y gestión administrativa:*

Viene aquí a nuestra mente la concepción del maestro Morello respecto del rol actual del Poder Judicial en el Estado moderno, como el "...tercer gigante; en una difícil y atrapante asunción de roles y funciones imprescindibles para controlar al mastodonte legislador y al Leviatán administrador".<sup>38</sup>

Así, en el caso de la medida de abrigo, dictaminará sobre el ajuste de lo actuado no sólo en cuanto a su legalidad sino también a su oportunidad y de mérito,<sup>39</sup> pues la interpretación adecuada del término "control de legalidad" debe partir del art. 9 de la CDN, conforme al cual la separación de un niño de su familia sólo procede a "reserva de revisión judicial". Se confieren aquí al asesor amplias facultades para controlar, peticionar en su caso las medidas faltantes que estime corresponder y aun dictaminar en contra de la adoptada por la administración. Afirmar la posibilidad de "revisión"<sup>40</sup> de lo actuado implica compartir la opinión que entiende que la Justicia se halla habilitada para la revisión de hechos y derecho,<sup>41</sup> contralor cuya extensión se ha medido analizando el ejercicio de las facultades administrativas:<sup>42</sup> así, se

38. Subrayado propio. Augusto Mario Morello, "La Corte Suprema...", diario ED, 15/2/1985.

39. Conferencia del Dr. Alejandro Molina en las III Jornadas de Asesores de Incapaces de la Provincia de Buenos Aires, Necochea, 7 y 8 de marzo de 2008.

40. "Revisar" significa "Ver con atención y cuidado. Someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo" (Diccionario de la Real Academia Española. [www.rae.es](http://www.rae.es)).

41. Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. T II-B, Ediar. Bs. As., 2005, p. 426; Tribunal de Menores N° 1 La Plata, 9/10/07 "R., B.I.A. S/ hábeas corpus".

42. Se sostiene la revisión de las facultades regladas (normadas); en cuanto a las discrecionales, sólo serían revisables ante irrazonabilidad o desviación de poder (Cecilia Lopes y María Alejandra Massano, "Una sola ley para todas las familias. El sistema de promoción y protección de derechos del niño en la provincia de Buenos Aires". (RDF n. 41, Abeledo Perrot p. 254 y ss).

afirma que los aspectos reglados<sup>43</sup> serían revisables judicialmente, no los discrecionales.<sup>44</sup>

La comunicación al asesor de incapaces —y juez de familia— para este control de legalidad corresponde *en todo caso*, exista o no acuerdo de los representantes legales en la adopción de la medida. Esta advertencia parecería innecesaria ante la claridad del texto legal; sin embargo, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la autoridad de aplicación estableció en su oportunidad una interpretación diferente,<sup>45</sup> afirmando que las MPD adoptadas “en acuerdo” con los representantes legales no exigen comunicación judicial. Esta interpretación, violatoria del art. 35 inc. h ley 13.298 (conf. ley 13.634) y de los arts. 59 C.C., 23 ley 12.061, motivó una contundente actuación de la Procuración de la SCBA, acusando la falta de atribuciones de la dependencia administrativa para “delimitar el alcance de las normas jurídicas sustanciales”.<sup>46</sup> En igual sentido, la jurisprudencia<sup>47</sup> sostuvo que la normativa no registra diferencias que sustraigan del control judicial el alojamiento de los niños en ámbitos alternativos cuando los progenitores manifiesten no poder darles adecuada protección. Todo esto forzó el dictado de la Disposición Nº 12 de la Subsecretaría de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, que aclaró que toda MPD que implique permanencia en ámbitos alternativos, incluso acordada por los padres, debe recibir comunicación judicial. Ni más ni menos que lo que la ley dice.<sup>48</sup>

Sin embargo, la cuestión no terminó allí. Al tiempo, en algunos departamentos judiciales asistimos al dictado de resoluciones

43. Vgr. el ámbito de alojamiento, el plazo de duración, la provisionalidad, la excepcionalidad de la medida.

44. Vgr. la elección de uno de los sitios establecidos por la ley,

45. “Documento de Trabajo” del Ministerio de Desarrollo Humano dirigido a la actuación de los SPPD.

46. Dictámenes de fecha 28/9/2007 y 05/10/2007.

47. Cám. Ap. La Plata, sala 2ª, 23/10/2007, entre otros.

48. El dec. 300 establece que cuando a pedido de los padres un niño ingresa a un hogar convivencial éste está obligado a comunicarlo al servicio local y la permanencia del niño será regida por el art. 35 inc. h (art. 31.2).

de primera instancia que reiteran la doctrina de la resolución 12.<sup>49</sup> Esta diferenciación también es sostenida por cierta doctrina,<sup>50</sup> con fundamento en la derogación del último párrafo del art. 35 ley 13.298<sup>51</sup> y su modificación por el art. 100 ley 13.634,<sup>52</sup> que entienden implica que el abrigo sería tal cuando no exista consenso del niño o representantes legales. Existiendo tal acuerdo, se trataría de “una decisión enmarcada en el legítimo ejercicio de la patria potestad”, que no califica como “medida de abrigo”, sino “medida de protección de derechos”.

Por nuestra parte, sostenemos que las leyes expresamente atribuyen la competencia judicial para el control de legalidad de la medida de protección especial. Que el art. 35 ley 13.298 no distingue las causas o modo en que el abrigo se implemente. Es elemental regla de hermenéutica que cuando el texto de la ley es claro y expreso no puede prescindirse de sus términos.<sup>53</sup> En cuanto a la interpretación que se intenta construir a partir de la modificación del art. 35 por el art. 100 ley 13.634 –supresión del último párrafo–, nos parece claro que lo que implica esta eliminación es que la *adopción* del abrigo ocurre *siempre* –sea consensuado o no– en sede administrativa. Que la modificación pretendió poner el 35 a tono con la legislación, pues *todas* las MPD del sistema son *dictadas* por la administración. Así, lo que hizo la reforma fue sustraer del ámbito judicial la situación de falta de consenso, única que en el viejo artículo era excluida de la actuación

49. Juzg. Resp. Penal N° 1 MDP. Revocada por sentencia de Cam. Civ. Com. sala I, de fecha 26-3-2009.

50. Cecilia Lopes y María Alejandra Massano, “Medidas de protección de personas versus medidas de protección de derechos en la provincia de Buenos Aires”, LNBA 2008, fasc. 4, p. 367 y ss.

51. Que rezaba: “Cuando la medida no sea consensuada por el niño y quienes ejerzan su representación legal será dispuesta por la autoridad judicial competente”.

52. “Con carácter excepcional y provisional, la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro horas, al asesor de incapaces y juez de familia...El juez de familia deberá resolver la legalidad de la medida...”

53. SCBA Ac. 39014, 12/4/89; Ac. 45.868, 27/8/91; Ac. 58.089, 3/9/96, entre otras.

administrativa. Pero esto no implica que en caso de acuerdo la medida se vea exenta del control judicial. Modificar lo relativo al *dictado* de la MP no implica modificaciones en su *control*.

Desde otra perspectiva, toda inclusión de un niño en ámbito familiar alternativo o institucional refleja una disfuncionalidad en el ejercicio de la responsabilidad parental<sup>54</sup> que por sí sola limita la "autonomía de la voluntad" que se invoca. Existe un deber general de control del Estado en garantizar el adecuado ejercicio y respeto de derechos, el que en el caso debe verificar que los padres cumplan ajustadamente sus funciones.<sup>55</sup> En tal sentido, la omisión de comunicar la medida de abrigo al asesor de incapaces viola derechos y garantías constitucionales de los niños, en particular, a ser criado por su familia y a que su separación se produzca a condición de "revisión judicial" (art. 9 CDN).

Con este sintético análisis podemos concluir que las nuevas leyes de protección refuerzan el "rol-parte" del Ministerio de Menores por sobre el de mero "representante", confiriéndole una legitimación autónoma y plena para la promoción de todas las acciones en que resulten afectados los intereses y derechos fundamentales de niños, aun sin acuerdo o en contra de sus representantes legales.

#### **IV. Del cuestionamiento a la pretendida "innecesaria" figura del asesor de incapaces a partir de los nuevos órganos dispuestos por las leyes de protección**

Las dudas respecto de la intervención o del rol que cabe cumplir al Ministerio de Incapaces como consecuencia del dictado de las leyes de protección integral se plantean a partir de la "prevención" administrativa, esto es, el traslado a la órbita del Poder Ejecutivo de ciertas funciones anteriormente ejercidas en el

54. Término preferido por sobre el de patria potestad, para poner acento en su carácter "funcional", en la finalidad de los derechos y deberes reconocidos para la formación y preservación de derechos del hijo.

55. Campoy Cervera, Ignacio. Op. cit. p. 1007.

marco del patronato del Estado por el Poder Judicial, frente a la situación de “vulneración de derechos”<sup>56</sup> de niños-adolescentes, la que conforme las leyes citadas habilitan el dictado de las llamadas medidas de protección de derechos (art. 32 y ss., ley 13.298, y arts. 37 y ss. ley 26.061). Según este nuevo modo de intervención, para muchos ya no tendría justificación la figura del asesor, a quien se asocia con actuaciones tutelares propias del patronato de Estado. El cuestionamiento es en realidad más general, y refiere al rol del Poder Judicial en general frente a la dualidad impuesta por el sistema.<sup>57</sup>

Consideramos sin embargo que existen fundadas razones para sostener nuestra hipótesis en cuanto al rol sustancial e insustituible del asesor de incapaces, reforzado en el nuevo bloque legal.

Diremos en primer término que por encima de la ley 26.061 y el SPID se encuentra la OC-17 de la CIDH,<sup>58</sup> que, como ya señala-

56. Concepto al que el art. 6 del dec. 300 define como las “acciones u omisiones del Estado, familia o la comunidad... que impiden el disfrute de los derechos del niño”.

57. La defensa del mantenimiento de la figura del asesor no se ha abordado particularmente desde la doctrina; sí se ha justificado la importancia del rol del Poder Judicial en términos generales, a pesar de la reforma. Se señala una errónea percepción de la realidad en tanto es notorio que la administración no se encuentra en condiciones de dar por sí sola las respuestas necesarias y se acusa vulneración de garantías fundamentales del niño. (D Antonio Hugo “La protección de los menores de edad como función estatal esencial, subsidiaria e indelegable.” ED 7-12-2005). “Se habla de desjudicializar. En algún punto parece conveniente... mas ¿realmente se solucionan los problemas de los niños y la familia suprimiendo el efecto (la judicialización) o será preciso que alguna vez las políticas públicas apunten a las causas?” (Úrsula Basset, “La inveterada costumbre de legislar inconstitucionalmente. El reciente ejemplo de la ley 26.061 y sus inciertos decretos reglamentarios”, ED 5-6-2006). Una interpretación integradora del orden jurídico vigente lleva a concluir que la intervención jurisdiccional se mantiene vigente; lo que se sustrae del ámbito tutelar es la ejecución de políticas tutelares, pero no es concebible que la administración pretenda actuar sustituyendo a los jueces que, en última instancia, son o deben ser garantía republicana del debido proceso” (Eduardo Zanonni, “El patronato del Estado y la reciente ley 26.061”, LL 10-11-2005).

58. Que conforme el art. 75 inc. 22 CN reviste jerarquía constitucional, pues el término “en las condiciones de su vigencia” con que se incorporó a las convenciones del inc. 22 implica igual recepción a los documentos emanados de sus órganos de interpretación. (CSJN in re “Giroldi”, 7/4/95., JA, 1995-III).

mos, establece que en las situaciones que involucren a los niños se deben “observar los principios y las normas del debido proceso legal”. Entre las garantías mínimas de este debido proceso luce el acceso a la Justicia,<sup>59</sup> el que en el caso requiere una reformulación: como acceso a la Justicia, pero también “acceso a la instancia administrativa”.<sup>60</sup>

La CSJN, en los fallos “Quintana” (1/7/97) y “Quiroz” (1/6/2004), reconoció que el acceso a la jurisdicción de los niños es un deber que el Estado debe garantizar a través de sus órganos competentes conforme al art. 12 pto. 2 de la CDN. Creemos que el órgano competente por excelencia para asegurar este acceso resulta justamente el asesor de incapaces. Para este objetivo, las vías procesales deben brindar cauces efectivos de actuación, vgr. relativizando el principio del art. 264 quater inc. 5,<sup>61</sup> que debe ser interpretada teniendo en cuenta la petición formulada por el niño, medida en función de su autonomía progresiva (arts. 5, 18 CDN), en especial en materia de derechos personalísimos;<sup>62</sup> implementar normas procesales que prevean la legitimación activa directa de niños/adolescentes en función de su edad y desarrollo; fortalecer las vías procesales de tutela de derechos constitucionales, primordialmente el amparo individual o colectivo para defensa de intereses colectivos o difusos.

Es nuestra opinión que la pretendida “desjudicialización” de la ley no puede tener por efecto privar al niño de sus derechos fundamentales, entre los que prioriza el acceso a la Justicia para la tutela efectiva de sus derechos. En este sentido hay que

59. Arts. 14, 16 CN; art. 15 Constitución Pcia. Bs. As., y art. 27 inc. a) ley 26.061: “Los organismos del Estado deben garantizar al niño el derecho... a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite”.

60. Es la puerta de entrada para el efectivo ejercicio de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pues como agudamente sentencia Ihering: “Un derecho que no se ejerce no es derecho”.

61. Que requiere el consentimiento de ambos padres para autorizar al hijo a estar en juicio por sí.

62. El principio del código no es tan rígido, pues prevé la habilitación al menor adulto para actuar por sí, cuando es demandado penalmente (art. 286.) ver Juzg. Cont. Adm. y Tribut. Nº 10 Capital Federal (9/10/2001).

recordar el art. 28 CN en cuanto a la imposibilidad de alterar la esencia de los derechos constitucionales a través de las leyes que reglamentan su ejercicio. Y otro principio troncal del derecho internacional como es el principio *pro homine*, criterio hermenéutico que manda acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos y resulta a su vez pauta para la regulación jurídica de los derechos humanos, como exigencia de *reglamentación razonable* en referencia a la regulación legal de los derechos, sin desvirtuar su naturaleza.<sup>63</sup>

Por su parte, y específicamente respecto de las MPD, es errado entender que su atribución al órgano administrador impida el dictado de medidas urgentes o cautelares propias de la jurisdicción, cuyas funciones no se han visto cercenadas por la nueva normativa; por el contrario, se mantienen como última garantía del justiciable para el respeto de sus derechos fundamentales.<sup>64</sup>

Otro aspecto a analizar, de indudable connotación práctica, tiene que ver con el riesgo dado por la duplicidad de intervención administrativa-judicial, que en muchas ocasiones puede resultar ineficaz y aun peligrosa, comprometiendo al derecho mismo que se intenta proteger. Gran cantidad de situaciones de la práctica cotidiana muestran la distancia real entre “discurso y realidad”, donde la ponderación de la infraestructura administrativa como vía idónea para la “rápida defensa de derechos” no se da.<sup>65</sup>

Opinamos también que la situación del niño-adolescente con afectación de sus derechos fundamentales lo coloca en el

63. Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abramovich y Courtis, op. cit. p. 163 y ss.

64. La misma 26.061 viabiliza la intervención de la jurisdicción y mantiene vigente la ley 24.946. Ver Mauricio Mizrahi, “Los derechos del niño y la ley 26.061”, LL, 16-12-2005. Zanonni, op. cit.

65. En fuertes términos contra la reforma, Zanonni critica la pretensión de suplir mediante el dictado de una ley la ejecución de políticas de desarrollo humano: “...se ha optado por disfrazar la inacción o la indiferencia a través de una retórica legislativa efectista. Porque *legislar* parece ser mucho más barato que *hacer*... legislar se torna en antídoto de la realidad lacerante...”. (Zanonni, “El patronato... op. cit.”).

estatuto de *persona vulnerable* en los términos de las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*,<sup>66</sup> que afirma: “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” (art. 3). Como vemos, las reglas marcan la indiscutible legitimación judicial ante la situación de vulneración de derechos, y en nuestro entender sirven para reforzar esta idea de intervención *imprescindible* del asesor de incapaces conforme su art. 4, que reza: “...*Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo*”.<sup>67</sup> La previsión enlaza perfectamente con la ya citada de la OC-17 en cuanto a la necesidad de un plus especial de protección para el proceso del niño, en consonancia con el Preámbulo CDN y art. 19 CADH, que exigen “*medidas especiales de protección*”.

## V. La pretendida eliminación de la garantía de representación propia para niños y adolescentes. Acerca del proyecto legislativo de derogación del art. 59 c.c.

El embate contra el Ministerio Público de Incapaces se ha visto reflejado en el plano parlamentario con la presentación de un proyecto de ley que postula su lisa y llana eliminación. Nos referimos al postulado ante la Cámara de Diputados de la Nación bajo el expte. Nº 2217-D-2008, encabezado por el diputado Emilio García Méndez.<sup>68</sup> Afirmamos que el objetivo de ese proyecto,

66. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Con adhesión de nuestra CSJN mediante resolución 05-09.

67. Subrayado propio.

68. Expte. 2217-D-2008 (12-5-2008), titulado “Ministerio Público, ley 24.946. Derogación de las funciones sobre acciones judiciales con intervención de menores. Modificación de las funciones sobre acciones judiciales con intervención de incapaces”.

consistente en la eliminación de la figura del asesor de incapaces en referencia a menores de edad, deja en absoluta indefensión el debido resguardo de derechos de niños y adolescentes. Lo demostraremos procurando derribar cada uno de sus fundamentos.

1. El proyecto presenta *“el nuevo escenario a partir de la sanción de la ley 26.061”* conformado por *“el SPID y el rol protagónico del abogado de confianza en los procesos administrativos y judiciales que involucren niños”*.<sup>69</sup> Ante este escenario, cabe *“derogar aquellos institutos que impiden poner en funcionamiento los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso”*, terminología con la que refiere al asesor, en términos notoriamente descalificadores.

En la economía del proyecto, el “reemplazo” del órgano judicial de representación se produce por la figura del abogado del niño, al que llamativamente titula “abogado de confianza”, aunque no es éste el nombre que le dan la ley 26.061 y su decreto 415.<sup>70</sup> Nos encontramos frente a una “llamativa” tergiversación, que en nuestra opinión no es casual, pues se la emplea en once oportunidades.

Pero aclaremos; no se trata sólo de una cuestión “de nombre”; si sólo eso fuera no tendría importancia. Por el contrario, entendemos que hay un trasfondo ideológico intencional en calificar a esta figura como “abogado de confianza”. En un sentido positivo, el término sirve para sobrecalificarlo como “la” figura de confianza del niño, y en un sentido negativo, por oposición, trasluce que el asesor de incapaces no es este representante de confianza. Pensamos que el análisis de las instituciones jurídico-legales no puede desentenderse del factor ideológico, siempre presente detrás de ellas, pues “lo jurídico” es un producto típicamente social, en el que subyacen los factores ideológicos y de poder correspondientes a un tiempo y un lugar determinado.<sup>71</sup>

69. Subrayado propio.

70. La ley regula el derecho del niño “...a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia...” (art. 27 ley 26.061).

71. Ruiz, op. cit. p. 117, 122.

2. El proyecto continúa sosteniendo que *“la protección de los intereses de los niños en los procesos judiciales es función del abogado de confianza establecido en el artículo 27 citado de la ley 26.061”*. Esta afirmación también es falsa. Veamos por qué:

a.) El dec. 415 reza: *“El derecho a la asistencia letrada previsto en el inciso c) del art. 27 incluye el de designar un abogado”*.<sup>72</sup>

El término “incluye” implica que la opción del letrado del niño no es la única posible para la defensa de sus intereses. Es más: se aclara que la designación de abogado es *“sin perjuicio de la actuación del Ministerio de Incapaces”*. También los arts. 37 inc. d y 40 inc. 2 b,ii CDN contemplan el derecho *“a un pronto acceso a asistencia jurídica”*, términos más amplios que la estricta defensa técnica.

b.) La norma madre, art. 12 punto 2 de la CDN, dispone: *“...se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo... ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de... la ley nacional”*. Así, el art. 27 de la 26.061 debe interpretarse en su recto sentido, como una derivación de las garantías de este art. 12, que pretende con la figura del “representante” lograr una *real intervención* del niño en consonancia con la evolución de sus facultades.

c) Ya referimos la doctrina de la CSJN<sup>73</sup> en cuanto a la obligación estatal de garantizar el acceso a la jurisdicción de los niños *a través de sus órganos competentes conforme artículo 12 pto. 2 CDN*. En este sentido, ha sido más que ajustada la observación del Dr. Atilio Álvarez<sup>74</sup> al apuntar al sentido político de esta reforma, dado por *definir* cuál es en la Argentina el órgano apropiado de representación que establece el art. 12 de la CDN. Puede apreciarse así la altísima entidad institucional del proyecto.

e) La CDN, la jurisprudencia de la CIDH y las OG del CRC son coincidentes en que deben ponerse a disposición de los niños los

72. Subrayado propio.

73. Casos “Quintana” (1/7/97) y “Quiroz” (1/6/2004).

74. En ocasión de participar del debate en la Comisión de Justicia de la HCD nacional, sesión del 26.8.2008.

medios legales para acceder a la Justicia de manera efectiva. El CRC, en su OG Nº 5 del 27/11/2003 sobre “Medidas generales de aplicación de la Convención”, al regular el punto V) “*Posibilidad de invocar los derechos ante los tribunales*”, estableció la obligación de los Estados de asegurar a “*los niños y sus representantes... el acceso... a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria*”. Vemos así que el Comité no establece rígidamente cuál es la forma en que este acceso a los tribunales se produce, sino que la fórmula empleada fue lo suficientemente generosa para que cada Estado pueda incluir amplitud de nuevas legitimaciones, aun en cabeza de organismos estatales, para accionar en tal defensa.

3. El pretendido reemplazo del asesor de incapaces por el abogado del niño olvida los variados casos de imposibilidad de esta última figura. En efecto, una amplia franja etaria –los menores de 14 años– se ve privada de esta garantía. Tal es así en virtud del juego de los arts. 264 quater inc. 5 y 282 C.C., que prevén la venia para actuar en juicio por sí a favor del “menor adulto” y lo dispuesto por el art. 921 en cuanto al discernimiento para los actos lícitos. La propia 26.061 en su art. 3 define como integrante del interés superior del niño el respetar su discernimiento, directriz que debe ensamblarse con la norma que establece el piso etario de éste. Defender la procedencia del letrado del niño por debajo de los 14 años olvida la necesidad de contar con capacidad para locación de servicios y para dar mandato (instrucciones). Así, la interpretación de la ley 26.061 no puede practicarse en forma aislada del resto del ordenamiento jurídico, pues es parte del Código Civil. La jurisprudencia es prácticamente uniforme en cuanto a mantener esta interpretación con relación a la exigencia del carácter púber.<sup>75</sup>

Tampoco deben olvidarse los casos de imposibilidad de designación de abogado ante niños con un grado de competencia

75. CNCiv Sala K, 28/9/2006; Sala C; Juzg. Civ. Com. Nº 7 MDP, 29/3/07, reiterada en 30/11/07. Firme.

vulnerada, tal como ocurre en los supuestos que comprometen los derechos a su salud y a la vida.

Delimitar la designación de abogado recién desde la edad púber no resulta discriminatorio para los menores de esa edad; por el contrario, respeta el criterio de la OC-17 de la CIDH en cuanto a que *“no existe discriminación por razón de la edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes por ser menores... no están en condiciones de ejercerla sin riesgo... la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior”*.

Los propios arts. 37 y 40 CDN limitan la actuación mediante abogado propio: el art. 40 inc. b refiere que la causa será dirimida ante juez competente y *“en presencia de un asesor jurídico... a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes”*. La Convención no obliga entonces a la figura del abogado stricto sensu sino que refiere a la *“asistencia jurídica”* en forma general (art. 37.d y art. 40 2.b.iii).

Muy por el contrario de las pretensiones participativas de las leyes de infancia, en muchos casos la intervención indiscriminada de niños y adolescentes, y más aún, reconocerles un directo carácter de *“parte”* en términos procesales –como mucha doctrina pretende–, puede implicar un riesgo para sus derechos y defensa, pues la calificación de *“parte”* supone someterlos a las distintas consecuencias procesales, lo que en muchos casos puede derivar en serio perjuicio.

Creo que tenemos que entender correctamente lo que las leyes de infancia pretenden, que es la participación del niño en el procedimiento,<sup>76</sup> pero medida a través de su autonomía progresiva, la razonabilidad y las normas de fondo en juego. Quizá más que de *“partes”* sería más apropiado referir a *“centros de inte-*

76. Arts. 18 CN, 8 y 15 CADH, 37 y 40 CDN; 27 inc d) 26.061: *“participar activamente en el procedimiento”*.

rés" (Carnelutti), siendo indudable que el niño representa un interés autónomo en el proceso. Mi opinión es que el niño tendrá siempre una suerte de carácter de parte, pero no en sentido procesal estricto, y este carácter lo ejerce de manera independiente al de sus padres a través de la representación autónoma y legitimación plena que ejerce el asesor.

4. La figura del abogado del niño plantea otros varios interrogantes, que no tienen una respuesta unívoca y por ende obstan a la tan declamada exclusividad y preferencia de esta garantía y correlativa descalificación del asesor: ¿cuándo procede designar un abogado del niño?; ¿en qué tipo de proceso?; ¿quién lo elige?; ¿necesita autorización paterna?; ¿quién paga sus honorarios?; ¿cómo se relaciona esta figura con las representaciones necesarias (padres, tutor ad litem, asesor)? Nada aclara la ley y habilita a todas las interpretaciones posibles. Intentemos algunas ideas.

Más allá de las limitaciones dadas por la edad que ya referimos, no debemos olvidar que la designación de abogado no puede ser impuesta. Deben existir derechos o intereses del niño *directamente* afectados que justifiquen esta intervención e *intereses contrapuestos* con los de los representantes, a riesgo de violar otro principio también troncal en materia de infancia, como lo es el de prohibición de injerencias arbitrarias (art. 16 CDN, art. 10 ley 26.061) y la intervención supletoria del Estado o terceros en la familia. Estas ideas sirven para recordar que se trata de un derecho del niño y no un deber.

Existe otra ingenua concepción dada por considerar que la designación de abogado del niño está ajena a la influencia de los padres. Cuanto más corta es la edad —para aquella doctrina que no admite límites etarios— es irreal pensar en una independencia pura del niño al momento de esta designación; en especial porque no está previsto el pago de sus honorarios, y si bien por aplicación de los principios generales lo justo parecería hacer cargar las costas por su orden a ambos padres, existen infinidad de situaciones con marcadas diferencias de poder adquisitivo de éstos, que delimitarán una mayor posibilidad de influencia de uno

de ellos en esta contratación. La experiencia cotidiana en una asesoría de incapaces nos muestra diariamente las aparentes situaciones de niños que “quieren ser oídos” –según peticionan sus padres–; sin embargo, al momento de la toma de contacto del niño con el asesor, la expresión del primero es que “su padre/madre le dijo que tenía que venir a hablar”, que “no sabía que venía acá”, que “su padre lo fue a buscar y trajo para hablar con las personas del juicio”.

Sin adoptar una postura tan radical como la que defienden los autores del proyecto y los detractores de nuestro ministerio, creo que hoy no podemos discutir sobre el indudable derecho a la defensa jurídica de niños y adolescentes; no es eso lo que pretende nuestro alegato a favor del área Ministerio Público. Lo que debemos debatir es la forma en que se llevará a cabo este concepto macro de defensa jurídica.

5. El ataque al asesor de incapaces continúa cuando el proyecto afirma que la ley 26.061 “impide concebir la protección en términos de retaceo de garantías constitucionales”. Creo que *el proyecto es un retaceo de garantías constitucionales* del niño, pues el mejoramiento o ensanchamiento de una de ellas –la defensa técnica– no debe ir en desmedro de las preexistentes. Es doctrina de la CSJN que la falta de intervención del asesor “compromete las garantías de defensa en juicio, debido proceso, de acceder a la Justicia en un pie de igualdad y el derecho a ser oído” (CN y CDN).<sup>77</sup>

6. La figura abogado del niño como alternativa exclusiva es también insuficiente desde la mira de los pactos internacionales en materia de debido proceso (CDN, CADH). En efecto, la CIDH-OC17 aclara: “*Las disposiciones del debido proceso legal emergen de los arts. 8 y 25 de la CADH, pero son insuficientes para asegurar a las personas menores de edad el respeto de las garantías y derechos reconocidos por ese instrumento a todas las personas...*”.

77. CSJN, 19-5-09.

El art. 8 CADH es el tradicionalmente invocado como sustento del derecho a la defensa y el 25 fuente de la garantía de amparo.<sup>78</sup> Pero este último brinda una tutela mayor, al exigir a los Estados "...desarrollar las posibilidades de recurso judicial...". El concepto "recurso judicial" debe interpretarse en sentido amplio<sup>79</sup> e impondría a los Estados asegurar el acceso a los Tribunales. En materia de infancia, este acceso directo a la Justicia se garantiza mediante el órgano estatal de representación.

7. Es mi opinión que el centro de la discusión del cual erradamente parten el proyecto y la doctrina cuestionadora que lo funda es su calificación del asesor como "resabio tutelar" fundado en la concepción del niño como "objeto de tutela" (sic). Esta noción es absolutamente errada y peca de una peligrosa tergiversación y desactualización de conceptos, violatoria de los derechos reconocidos a niños y adolescentes.

El eje de la mirada debe así *trasladarse desde una intención abrogatoria a una vocación de redimensionamiento de nuestra figura*, al menos si lo que pretendemos es conservar para los niños y adolescentes las garantías constitucionales preexistentes a las leyes de protección, las que no tienen por qué ser eliminadas, con fundamento en "el nuevo paradigma". Como bien se ha dicho, "la elección de una solución jurídica es la manifestación, más o menos clara, de una cierta concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas o transformarlas...".<sup>80</sup> Si está en nuestra vocación la conservación de los derechos y garantías del niño, proyectos de ley del tenor del analizado nos llevan por la senda equivocada.

78. "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido... ante los jueces... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales...".

79. Tenemos en cuenta los tantos significados de este término, vgr. procedimiento, remedio o solución.

80. Alicia Ruiz, "Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)", op. cit. p. 116.

8. Desde otra perspectiva, consideramos que la pretendida eliminación del asesor deja en desamparo la defensa *de los derechos* de los niños-adolescentes. Conforme al proyecto, el abogado del niño garantiza “la defensa irrestricta de sus intereses particulares”. Y es así; todo abogado defiende los intereses personales de su cliente. El abogado del niño aparece así “atado” por la voz y el pedido de éste, al cual debe seguir. En cambio, la función del asesor ya no es la simple “expresión” de esta opinión, sino que asume un rol mayor, de traductor de dicha opinión *expresada* a una opinión *interpretada* en el marco de “satisfacción de derechos fundamentales” definiendo su mejor interés.

Y aquí creo radica la principal diferencia entre ambas figuras: el abogado satisface *intereses*. El asesor ampara *derechos*. Los derechos son “intereses jurídicamente protegidos”; no todos los intereses merecen tutela jurídica; sólo constituirán derechos en cuanto pasen el tamiz de la legitimidad, conforme la tradicional definición del derecho subjetivo como la facultad de exigir la satisfacción de un interés, pero legítimo.

De tal modo, el abogado defiende “intereses” del niño. El asesor cumple una defensa más profunda, la de los “derechos”, que superan y no se identifican con el “simple interés” sino con su “mejor interés”, en cuanto “máxima satisfacción integral y simultánea” de derechos del niño (art. 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298).<sup>81</sup>

Surge así clara la diferencia entre *interés irrestricto* e *interés superior* del niño. Si bien este último contempla la condición de sujeto de derechos del niño y el respeto a su opinión en cualquier modo que se manifieste<sup>82</sup> dicha opinión se tamiza “de acuerdo con su desarrollo psicofísico” (art. 3 ley 26.061, art. 12 de la CDN)<sup>83</sup> y habrá de ser tenida en cuenta según su madurez, desarrollo y “facultad de formarse un juicio propio”.

81. Cecilia Grosman, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, en LL 1993-B-1095. La OC17 estableció este principio como límite a la discrecionalidad en las decisiones.

82. CRC 31 período de sesiones, C/15 del 9-10-2002.

83. Art. 14 PIDCP, arts. 167, 264 ter, 314, 321 inc. c) C.C. (a partir de la CDN ya no es facultad del juez, sino deber). “Convención de La Haya sobre aspectos civiles

## VI. Reformulación de la defensa jurídica de infancia: representación, asistencia y actuación directa

La necesidad de una representación autónoma del niño en conflicto con sus representantes, diferenciada de la del Ministerio Público, ha sido sostenida ya antes de la incorporación de la figura del abogado del niño, desde la jurisprudencia y doctrina. Las Jornadas Ministerio Público 2000 concluyeron por unanimidad que “todo incapaz en nuestro régimen jurídico tiene prevista una doble representación, la del representante necesario –padre, tutor, curador– y la del representante promiscuo –Ministerio Público–. Corresponde al Ministerio de Menores solicitar la designación de *tutor especial* para aquellos menores cuyo interés está comprometido en procesos judiciales con graves conflictos entre los padres que impidan el ejercicio de los derechos esenciales”.<sup>84</sup> La figura requiere la existencia de intereses encontrados con los representantes necesarios (art. 397 inc. 1 C.C.) y la ponderación de su necesidad para la representación adecuada.<sup>85</sup> Este tutor especial supone la imposibilidad de discernir, estrictamente *representa y sustituye voluntad*. No faltaron pronunciamientos que

---

de la sustracción internacional de menores” y “Convención interamericana sobre restitución internacional de menores” Montevideo; art.13 faculta al juez requerido negarse a la restitución si el niño “...se opone...cuando haya alcanzado una edad y grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”. Ley 26.061: arts. 3, 14, 15, 19, 23, 24 inc. a), art. 27 inc. c): “*a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés*”. La ley 13.634 lo contiene en su art. 3.

84. En igual sentido, Carlos Camps y Luis Nolfi, “El Ministerio Público y la efectividad del derecho de los menores cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores” (JA 2001-I-651), Alejandro Molina, “La promiscuidad de un representante y el defensor del niño.” RDF nº 13, p- 101 y ss.), Lidia Makianich de Basset, “Nuevos horizontes de un viejo tema.” (RDF nº 26, p. 101).

85. Entre otros, CNCiv sala C 30-6-83. Asimismo, CNCiv sala I 2-12-99, “Rabinovich” (se designó tutor para la representación ad hoc de embriones congelados). SCBA (27/6/05) sobre solicitud de autorización judicial para realización de aborto terapéutico; en esta causa el dictamen de la Procuración General apuntó que la colisión de intereses debía resolverse “sin menoscabo del derecho de defensa en juicio”, interpretando que se dejó a la persona por nacer en desamparo al no admitirse las medidas pedidas por su representante.

confundían el rol de este tutor ad hoc con el del Ministerio de Menores,<sup>86</sup> no obstante tratarse el primero de la representación especial que en el caso suple la de los padres con intereses opuestos a los del niño.<sup>87</sup>

## VII. Conclusiones. Nuestra opinión sobre el rol actual del asesor de menores

Las resistencias a la figura del asesor/defensor de menores no son originarias de la reforma del sistema de protección integral.<sup>88</sup> De hecho, uno de los fundamentos más empleados para sostener la preferencia del abogado del niño como “verdadera” figura de defensa –y consecuente descalificación del asesor– es la consabida obligación de éste de ejercer su función pronunciándose “conforme a derecho”. Frente a ello, se señala que el abogado del niño defiende el interés particular de su representado, su punto de vista, que puede o no coincidir con la “defensa de la legalidad”.<sup>89</sup>

Por nuestra parte, y agregando esto a todas las consideraciones que hemos volcado a lo largo de este trabajo, respecto de la

86. C. Apel. Mar del Plata “O.M.V.”, 24-2-2007, rechazó la designación de tutor por entender que el asesor “bilateraliza el conflicto de intereses” y los derechos del incapaz se ven “...suficientemente representados”.

87. A partir de la ley 26.061 podría plantearse similar confusión entre las figuras tutor especial y abogado del niño, especialmente ante mayores de 14 años. Sin embargo, ya señalamos que la designación de letrado no procede en forma automática sino dependiendo de la edad-madurez del niño, su petición expresa y conflicto de intereses. La superposición se produciría frente a mayores de 14 años y en tanto se configuren los supuestos habilitantes mencionados; por debajo de esta edad operaría la representación mediante tutor. Así, tratándose de menores adultos que lo soliciten, podría el juez evaluar la designación de abogado, observando las “condiciones de formarse juicio propio” y madurez que presente (TF Nº2 MDP, 9/8/07).

88. Ver ya tiempo atrás, Ricardo Levene, *Historia del derecho argentino*, Bs. As., Kraft, 1952, t.VII, p.465, ss.

89. María Silvia Morello de Ramírez y Augusto Morello, “El abogado del niño”, en ED t. 164 p 1180 y ss.; Gerardo Morello, su ponencia X Jornadas Interdisciplinarias de Familia, Menores y Mediación. Morón, octubre 2007.

falacia de argumentación<sup>90</sup> sobre la dualidad “asesor-abogado”, creemos que dictaminar “conforme a derecho” significa hallar las respuestas que respeten *el orden normativo integral*, conformado jerárquicamente por la CDN y tratados de derechos humanos. El principio constitucional fundamental en materia de infancia es el de interés superior del niño (art. 3 CDN, art. 3 ley 26.061), al que ahora las leyes 26.061 y 13.298 definen como la “máxima satisfacción integral y simultánea de derechos”, estándar que conforme el principio de *prevalencia* también contenido en estas leyes se impone sobre los restantes en jureo (art. 3 ley 26.061, 4, 6 y 7 ley 13.298).

Pero lo que la ley pretende hacer prevalecer es el *interés* del niño, no sus *deseos*; son sus derechos los que merecen esta prioridad, interpretados con razonabilidad y contextualizados en su marco familiar. Así, el ISN no se construye desde el simple deseo del niño y es posible aun que se aparte de sus expresiones, pero tampoco es obra arbitraria del asesor, sino que tendrá por base esa opinión contextualizada, para conformar así “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia determinada”.<sup>91</sup>

Según la interpretación que venimos sosteniendo acerca del rol actual del asesor, no estamos ya ante un mero “representante” como figura ficta de sustitución. Con la lectura que hemos dado al art. 59, enlazándolo con la CDN y leyes de protección de derechos, el rol del asesor de incapaces respecto de niños y adolescentes no se explica ya en el concepto de mero “representante promiscuo”, sino en ser concebido como un órgano del Estado que cumple un *plus de protección de los derechos de los niños y*

90. Entendida como error en la argumentación; se trata específicamente de la falacia llamada “falso dilema”, donde se reducen las opciones que se analizan sólo a dos, presentadas como drásticamente opuestas e injustas para la persona contra quien se expone el dilema. (Anthony Weston, *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2004.

91. SCBA Ac 66.519, 26-10-99.

que debe participar activamente, defendiendo la aplicación de la ley, pero una aplicación dirigida al efectivo goce de los derechos humanos.

Este enfoque nos permitirá *resignificar nuestra función conforme la interpretación constitucional actual* (CDN más leyes de protección) y cambiar el eje de la mirada desde la función *“representación por incapacidad”*, a una *reinterpretada función de “asistencia al desarrollo de la autonomía progresiva del niño-adolescente”*; una intervención obligada y necesaria para el respeto a esta capacidad progresiva, prevista con rango legal y constitucional, que le otorga al asesor una verdadera *legitimación autónoma para la maximización de los derechos del niño*. De este modo, la función actual del Ministerio de Menores conforme las normas constitucionales, su única función posible, es proveer esta asistencia-representación autónoma para la *maximización* de los intereses y derechos del niño. Esta concepción refuerza nuestro rol de *“parte”* y habilita de manera independiente y plena para la promoción de todas las acciones en que resulten afectados los derechos fundamentales de los niños.

Por ello, el asesor de incapaces no se ve reemplazado, ni con el letrado del niño ni con ninguna otra opción.<sup>92</sup> Es una figura que siempre debe estar presente cuando se encuentren afectados los derechos consagrados en la Convención. Su papel se mantiene intacto, más aún, potenciado, a tenor de las nuevas leyes de infancia.

Para quienes conformamos el Ministerio Público, el punto de partida de trabajo cotidiano ha sido siempre la concepción de los niños como sujeto de derecho. Obviamente, con este pensamiento nos complace la sanción de una normativa que reconozca con rango legal esta condición y brinde garantías específicas en consecuencia. Pero parecen excesivos ciertos discursos de ensalzamiento de *“nuevas y más modernas”* garantías, con olvido de

92. Por su función deberá controlar la gestión el abogado, para verificar que cumple una defensa eficiente de los intereses del niño. Y aun podría existir acompañamiento, para una adecuada defensa.

la *representación constitucional*. Entendemos que el valor de las normas de infancia para todos los operadores está en reflexionar acerca de la necesidad de una reconceptualización más amplia en la construcción del término "*defensa jurídica de los niños*". Por un lado, no reducir este concepto a la sola asistencia letrada, pero advertir también que esa defensa no se satisface de una manera única. En vez de discutir o competir acerca de incumbencias exclusivas, deberíamos preocuparnos por maximizar las posibilidades de participación, defensa y asistencia de la niñez. Y aquí también debe aplicarse el principio *pro homine*, que manda acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

Es indudable que las leyes de protección instalan en la superficie la necesidad de armonizar la legislación de niñez en materia de capacidad, representación y actuación procesal, con la doctrina de la protección integral de derechos; por eso, más que para reemplazar figuras, estos aportes legislativos han de servir para construir *un nuevo diseño jurídico-institucional*, basado en el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho y su aptitud progresiva para ejercerlos por sí mismos.

En palabras de Dworkin "la institución de los derechos es crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas". Bienvenida entonces "la promesa" que ofrecen las nuevas leyes en materia de infancia. No obstante, y tal como enseñaba Vélez Sarsfield, un cuerpo legal "...nunca es la última palabra de la perfección legislativa ni el término de un progreso";<sup>93</sup> la revisión de la legislación debe ser continua, para lograr que cada una de sus disposiciones sea el desarrollo y aplicación "...del Código de los Códigos, la Constitución",<sup>94</sup> dando efectividad a los derechos consagrados.

93. Cecilia Grosman, "El legado de Vélez Sarsfield al derecho de los niños", en Academia de Derecho y Ciencias Sociales, año 200-III. p. 353 y ss.

94. Así calificada por Juan Bautista Alberdi. Cit. por Grosman, op. cit.

El reclamo es encabezado por los propios niños en estos términos: *“Las niñas, niños y adolescentes tenemos voz y voto como protagonistas del mundo presente y futuro, recordando y mejorando los errores del pasado. Somos sujetos de derecho escribiendo nuestra propia historia”*.<sup>95</sup>

En nuestras manos adultas está permitir esta construcción y ser canales eficaces para su logro. Afortunadamente, la tarea está en marcha.

95. “Declaración de Barcelona”. 3er Congreso Mundial sobre Derechos de la Niñez y Adolescencia, Barcelona, 14 - 19 / 11 / 2007.

## **PRINCIPALES CONCLUSIONES DE LAS CONFERENCIAS Y PANELES CON PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR DURANTE LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS 2009**

El 27 y 28 de agosto de 2009 se desarrollaron, en la ciudad autónoma de Buenos Aires, las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos. El encuentro, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, estuvo organizado de manera conjunta por el Ministerio Público de la Defensa de la Nación, a cargo de la Dra. Stella Maris Martínez, el Ministerio Público Fiscal de la ciudad, dirigido por el Dr. Germán Garavano, y el Ministerio Público Tutelar de la ciudad, encabezado por la Dra. Laura Musa.

Como cada año, el evento congregó a procuradores, fiscales, defensores, asesores, funcionarios y empleados de los Ministerios Públicos de la Argentina, como también a otros magistrados, integrantes del sistema de Justicia y expertos en la temática, de nuestro país y del extranjero, y profesionales vinculados con la temática, con el objetivo de generar un espacio de análisis y reflexión conjunta.

En esta oportunidad, las Jornadas fueron convocados bajo la consigna de abordar los "Nuevos Desafíos de los Ministerios Públicos", por lo que tanto en las Conferencias Generales, como en los paneles organizados por cada una de las Instituciones convocantes se fomentaron las reflexiones en torno de las acciones necesarias para alcanzar la consolidación de un sistema de justicia democrático, acorde con los lineamientos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos.

Para el Ministerio Público Tutelar, fue una oportunidad especialmente fructífera para el intercambio de experiencias y perspectivas relativas al actual proceso de redefinición del rol del asesor de menores e incapaces, proceso tendiente a adecuar sus funciones al nuevo marco normativo de protección integral de

derechos de niños, niñas y adolescentes, y de los adultos afectados en su salud mental.

Las Jornadas se iniciaron con el acto de apertura, en el que disertaron el Dr. Esteban Righi, Procurador General de la Nación; el Dr. Guillermo Montenegro, Ministro de Justicia y Seguridad de la CABA; el Dr. Eduardo Quattropani, presidente del Consejo de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales de la República Argentina, y la Dra. Ana María Conde, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Seguidamente, tuvo lugar la Conferencia "Acceso a Justicia y Derechos Humanos – Las reglas de Brasilia", de la que participaron la Dra. Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación; el Dr. Gabriel Unrein, Secretario General de Acceso a Justicia y Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal de la CABA, y el Dr. Gastón Chillier, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Luego, continuaron de manera simultánea distintos paneles organizados por las tres instituciones convocantes. El Ministerio Público Tutelar tuvo a su cargo la organización y coordinación de cinco paneles, de los que participaron expertos en temáticas relativas a las funciones institucionales de las denominadas defensorías/asesorías de menores e incapaces.

El primer panel se intituló "El rol del Ministerio Público Tutelar en el marco de la normativa de protección de los derechos humanos de la infancia". Fueron sus disertantes el Dr. Emilio García Méndez, Diputado Nacional (MC); el Dr. Gustavo Moreno, Asesor Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, y la Dra. Mabel López Oliva, Secretaria General de Gestión de la Asesoría General Tutelar. La coordinación del panel estuvo a cargo de la Dra. María de los Ángeles Baliero de Burundarena, Asesora General Tutelar Adjunta de Menores de la CABA.

En él, los panelistas manifestaron la necesidad de precisar el rol del asesor de menores en el marco actual del Sistema de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Desde distintas posiciones se acordó que el reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos plenos de derechos implica un cambio sustancial en el rol del asesor, en tanto deja de ser

concebido como “guardián” del niño para erigirse como el responsable de interpelar al “mundo institucional de los adultos”, responsable de que el niño acceda efectivamente al ejercicio de los derechos que le son propios.

El segundo panel abordó la temática de la “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias, avances y desafíos”, y contó con la participación del Dr. Carlos Balbín, Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA; el Dr. Fernando Lodeiro, Defensor en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA; el Dr. Luis Paoloni, Secretario de Política Institucional y Defensa de los nuevos derechos de la Defensoría General de la Provincia de Chubut, y el Dr. Gustavo Maurino, Director Ejecutivo de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). La Dra. Mabel López Oliva, Secretaria General de Gestión de la AGT, tuvo a su cargo la coordinación del panel.

En primer lugar, el Dr. Balbín propuso reflexionar sobre algunos temas vinculados al déficit de la efectividad de estos derechos y a los nuevos desafíos que presentan, entre los que destacó la necesidad de repensar el principio clásico de división de poderes en función del rol de los jueces en esta materia (quien define las políticas públicas legisla en un sistema donde se da relevancia a las observaciones y recomendaciones de comités de organismos internacionales); la necesidad de generar nuevas discusiones, tanto sobre la distinción entre derechos sociales y derechos individuales como sobre la diferencia entre derechos sociales y derechos colectivos; la falta de una adecuada inclusión del reconocimiento de los derechos sociales en los programas de las carreras de abogacía; los desafíos que suponen algunos temas que aún están en proceso de definición, como la *legitimación* y las *medidas cautelares* y el *alcance de las sentencias*. Por su parte, el Dr. Lodeiro expuso la situación en materia de justiciabilidad de los derechos sociales en la ciudad de Buenos Aires, señalando el papel desempeñado por el Ministerio Público, tanto en el marco de su intervención en las causas –que tuvieron vertiginoso aumento en los últimos años– como en el control de las políticas

sociales, y planteó la necesidad de comenzar a impulsar la realización de acciones de incidencia colectivas y la defensa de derechos individuales homogéneos, trabajando de manera articulada con otros actores jurídicos de derechos humanos. A su turno, el Dr. Paoloni presentó un panorama de las experiencias, avances y desafíos en la materia en la provincia de Chubut, donde la incorporación de la exigibilidad de estos derechos conllevó un profundo proceso de adecuación institucional en el Ministerio Público de la Defensa. Por último, el Dr. Maurino basó su exposición en la discusión general sobre los derechos sociales y los obstáculos para la efectividad en la justicia, subrayando la paradoja que supone la existencia de un desarrollo robusto de una teoría filosófica y dogmática y un derecho positivo inmejorable, conjuntamente con una gran brecha aún existente para la efectivización de estos derechos.

El tercer panel discursó en torno de la problemática de “Las personas menores de edad privadas de libertad. Condiciones jurídicas y materiales”, y allí disertaron el Dr. Carlos Bigalli, Asesor Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA; el Dr. Ezequiel Crivelli, juez de garantías, primera circunscripción de Mendoza; el Dr. Gabriel Ganón, defensor general del Departamento Judicial de San Nicolás, y el Dr. Gustavo Vitale, Defensor ante la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Neuquén, con la coordinación del Dr. Julián Axat, Defensor ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de La Plata.

El Dr. Bigalli basó su intervención, fundamentalmente, en una reflexión en torno del carácter inconstitucional de la ley de facto 22.278, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, y un análisis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “García Méndez” que, si bien reconoce —en el marco de un proceso de hábeas corpus— que las normas que posibilitan el encierro de los niños son inconstitucionales, no dispone la libertad. A su turno, el Dr. Ganón se refirió a la divergencia entre normas y realidad en la provincia de Buenos Aires, señalando que el sistema de protección integral de derechos no se hallaba vigente en esa realidad, a diferencia de lo que sucedía con la

implementación del fuero penal, por lo que propuso –como desafío para la defensa– judicializar el incumplimiento estatal de las leyes de promoción y protección de derechos. El Dr. Crivelli, por su parte, dio cuenta de los efectos nocivos del encierro de personas menores de edad alojadas en instituciones totales, de los presupuestos y límites de la privación de libertad en el proceso penal juvenil, de las condiciones jurídicas de personas “punibles” y “no punibles”, y de la ejecución del internamiento cautelar, señalando que, en la práctica, en nada difieren de las condiciones materiales de la pena. Por último, el Dr. Vitale sostuvo que constituía un error aguardar cambios legislativos para la aplicación de las cláusulas operativas de la Convención y continuar aplicando leyes inconstitucionales, en tanto y en cuanto la CDN imponía el deber estatal de adecuar todos los actos del Estado a los principios allí contenidos, lo que incluía los fallos jurisdiccionales y las políticas públicas.

El cuarto panel fue organizado de manera conjunta con el Ministerio Público Fiscal de la CABA y allí se problematizó “El rol del Ministerio Público en los procesos contradictorios”. Participaron el Dr. Juan Carlos Toselli, Asesor Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA; la Dra. Laura Mercedes Monti, Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; la Dra. Daniela Ugolini, Fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, y la Dra. Lorena González Castro Feijóo, Defensora en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

El quinto panel fue destinado a la reflexión sobre “Salud Mental y Derechos Humanos: el acceso a la Justicia por parte de las personas afectadas en la Salud Mental”, y los panelistas fueron el Sr. Eduardo Madar, director general de Tutores y Curadores Públicos, Defensor General de la Nación; el Dr. Alejandro Morlachetti, Coordinador del Área de Derechos Económicos, Sociales y culturales del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, con la coordinación de la Dra. Magdalena Giavarino, Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces de la CABA.

Durante la última tarde de las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, tuvo lugar la conferencia “Nuevas funciones y roles de los Ministerios Públicos”, de la que participaron la Dra. M. Fernanda López Puleio, Secretaria General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación; el Dr. Germán Garavano, Fiscal General de la CABA, y la Dra. Laura Cristina Musa. Todos los panelistas manifestaron la redefinición de la labor cotidiana, dejando entrever el compromiso de continuar realizando, con distinguida responsabilidad, sus funciones públicas.

Las XXII Jornadas concluyeron con un acto de clausura en el que participaron, además de los organizadores del encuentro, la Dra. Elena Highton de Nolasco, Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, y la Dra. Carmen Falbo, Presidente del Consejo Federal de Política Criminal y Procuradora General de la Provincia de Buenos Aires.

Con orgullo, podemos sostener que la realización en nuestra Ciudad de las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, resultó una oportunidad especialmente fértil tanto para intercambiar experiencias y profundizar conocimientos en temas específicos como para generar mayores niveles de consenso entre quienes integramos el sistema de justicia, respecto de la urgencia de adecuar el rol y funciones de los asesores de menores e incapaces a la normativa vigente de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, y adultos con padecimientos en su salud mental.

**Redefiniendo el rol del Asesor de Menores**, es una publicación de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la cual se presentan los trabajos seleccionados en el Concurso **“Redefinición y actualización del rol del Asesor-Defensor de Menores desde la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño, derogación del Patronato y vigencia de la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Nº 26.061”**.

Dicha convocatoria fue realizada en ocasión de las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, “Nuevos desafíos de los Ministerios Públicos”, las cuales tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 27 y 28 de agosto de 2009, siendo esta Asesoría General Tutelar uno de los organizadores del encuentro, junto a la Fiscalía General de la Ciudad y la Defensoría General de la Nación.

En el convencimiento de que la plena vigencia del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes torna impostergable la tarea de revisión y efectiva redefinición del rol del Asesor/Defensor de menores, impulsamos este espacio de reflexión e intercambio de ideas y experiencias.

Los trabajos aquí publicados, ensayan distintas respuestas a una pregunta que no puede más que interpelar a todos quienes formamos parte del Sistema de Justicia de nuestro país: ¿Cómo hacer convivir institucionalmente la figura del Asesor-Defensor de Menores e Incapaces en el marco del nuevo ordenamiento jurídico de Protección Integral de Derechos?

---

**Ministerio Público Tutelar**   
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



**PODER JUDICIAL** DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

---