

Voces:

ABOGADO DEL NIÑO ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ~ DERECHO DE FAMILIA ~ DERECHOS DEL NIÑO ~ PERSONA MENOR DE EDAD

Tribunal: Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros(JCivFliaySucMonteros)

Fecha: 06/11/2019

Partes: V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos

Publicado en: RDF 2020-IV , 263, Con nota de Vanina Lamberti;

Cita: TR LALEY AR/JUR/61368/2019

Sumarios:

- 1 . La resolución 4/2019 MPD de Tucumán y su Anexo I infringe un principio clave que emerge de manera clara del artículo 26 del CCyCN como lo es la existencia de intereses contrapuestos. Por lo tanto, la reglamentación de la figura del Abogado del Niño por decisión individual de un órgano del Estado Provincial —cuando la implementación de esa figura debería ser por una ley provincial—conculca principios emanados de normativas que deben ser respetadas.
- 2 . La pretendida coexistencia de figuras —Ministerio Publico y Abogado del Niño— con roles diferenciados, en una misma órbita institucional conlleva una clara incompatibilidad de funciones e intereses, pues “controlador y controlado” recaen en una misma figura orgánica.
- 3 . Dado que la persona menor de edad está inhabilitada para contratar —lo que incluye el mandato— la asistencia técnica que ejerce el Abogado del Niño es desde el principio y hasta el final en el carácter de patrocinante.
- 4 . Dado que el sistema tutelar está derogado, el acto administrativo que se ampara como mínimo en el espíritu de una ley abolida, deviene inexcusablemente en arbitrario e irrazonable; hoy, a la luz del Sistema de Protección Integral —Convención de los Derechos del Niño, CN, Ley 26061, Ley 8293 de Tucumán— los niños no deben ser considerados objetos de protección segregativa como lo marca la resolución 04/2019 del MPD de Tucumán y sus Anexos, sino sujetos de pleno derecho.

Texto Completo:

Expte. N° 1045/19

1ª Instancia.- Monteros, noviembre 6 de 2019.

Antecedentes:

Que estos autos se inician con la interposición de la demanda suscripta por el adolescente C. F. V., DNI ... y el letrado Juan Facundo Masaguer, invocando éste último el carácter de Abogado del Niño y Adolescentes dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa.

La pretensión principal es la determinación de alimentos derivados de la responsabilidad parental a favor del adolescente C. F. V.

La acción se dirige en contra de su progenitor, el Sr. J. A. V. Actor y demandado conviven en el mismo inmueble, según lo manifestado. En el escrito inicial se solicita alimentos provisorios.

Mediante decreto de fecha 30/09/2019 dispongo el control de constitucionalidad de oficio para el presente caso, conforme las facultades concedidas en el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán, en sus artículos 5 y 88.

Respecto a los alimentos provisorios requeridos, y a los fines de satisfacer el mejor interés del adolescente, y, tomando el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño en su triple dimensión: norma de fondo, principio de interpretación y regla procesal (axioma estructurante no solo de este proceso en particular sino de todo el Sistema Integral de conformidad con lo dispuesto en la Observación General N° 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño), es que hago lugar y concedo la medida cautelar fijándole un monto mínimo a favor del alimentado, y, como consecuencia del control de constitucional dispuesto, se asigna la intervención del Ministerio de Niñez y Adolescencia en el carácter principal conforme lo estatuido por el artículo 103 inciso b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Acorde consta en autos, se cumplió con los requisitos establecidos por el Código de Procedimiento Constitucional en su artículo 88, corriéndose los traslados pertinentes a las partes, como así también la vista al Ministerio Público (fojas 11, 21, 22/26, 28, 29 y 30).

El dictamen del Agente Fiscal es agregado en la hoja 30. Opinión de la que me aparto en esta oportunidad.

Posteriormente, el letrado Juan Facundo Masaguer, a quien no se dio intervención de ley en el carácter alegado, agrega otras piezas procesales, las cuales fueron reservadas en su providencia, a la vista de lo dispuesto en el punto 2) del decreto de fecha 30/09/2019 que instaura —reitero— el control de constitucionalidad y convencionalidad de los instrumentos que invoca aquel letrado como sostén y fundamento del carácter en que se apersona en autos.

En este estado queda el expediente para el control de constitucionalidad de oficio y emitir el pronunciamiento correspondiente.

Considerando:

El letrado Juan Facundo Masaguer, se presenta en el carácter de Abogado del Niño y Adolescente dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa (MPD).

Para justificar esa representación, acompaña la resolución 229/2019 dictada por el Ministerio Pupilar y de la Defensa. Dicho acto administrativo establece que ese abogado (entre otras personas) sea designado en la Oficina del Abogado del Niño/a y Adolescente y que representará como Abogado los intereses personales e individuales de los niños/as y adolescentes (apartado I. de la parte resolutive del acto).

A su vez, el texto de la resolución 229/2019 de MPD, en su considerando, indica que mediante resolución 4/2019 de fecha 01/04/2019, se creó en el ámbito de la Secretaria Judicial del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la oficina del Abogado del Niño/a y Adolescente.

Textualmente en la resolución 4/2019 se lee “Crear en el ámbito de la Provincia de Tucumán, dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la figura del Abogado del Niño, Niña y/o Adolescente quien debe representar los intereses personales e individuales de los mismos, interviniendo en carácter de parte, sin perjuicio de la intervención de los Defensores de Niñez, Adolescencia y Capacidades Restringidas (artículo 1)”.

En este estado corresponde entonces, introducirnos en el análisis sobre la validez constitucional de las resoluciones invocadas por el profesional Luis Masaguer, para presentarse en el carácter y función aludida.

Este análisis sobre la validez constitucional de las normas inferiores —señala la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)— “es un elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos” (1).

Veamos:

A) Punto de partida

Sostiene la jurisprudencia reinante, a la cual adhiero, que el control de constitucionalidad exige también el control de convencionalidad, que tiene por finalidad analizar la compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los tratados, pactos o convenciones internacionales (2).

Con ese control se busca que prevalezcan las convenciones incorporadas a la Constitución Nacional, la misma Carta Magna y las leyes que se dicten en su consecuencia, sobre cualquier otra norma local que se le oponga.

Esta actividad fue desplegada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid c. Chile” (2010), y a la postre nuestra Corte Suprema de la Nación desarrolló la misma actividad desde siglos pasados, quizás el más antiguo fuera el antecedente Elortondo, en el que la Corte señaló que “en los gobiernos regidos por instituciones monárquicas, que no son las nuestras, no existe el poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia para juzgar la validez de los actos legislativos” (3). Luego la misma Corte Suprema de la Nación, desarrolló el concepto de control de constitucionalidad y convencionalidad en los casos Simón (4), Mazzeo (5) y Videla (6) entre otros.

Por lo tanto, siendo el control de constitucionalidad un deber al que debo ceñirme, no solo por el criterio señalado por el Tribunal Superior, sino también por expreso mandato de los artículos 19, 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, como así también por los artículos 5 y 88 del Código Procesal Constitucional de la

Provincia, es que se emprende el siguiente análisis.

#### B) Análisis

Para el tratamiento de esta actividad de cotejo entre normas, se abordaran cuatro (4) ejes centrales:

1°) La fuente del acto administrativo contenido en las resoluciones N° 4/2019 y 229/2019. Por aplicación de tales leyes y de la Constitución Nacional, se considera la función asignada al Ministerio Público, Pupilar y de la Defensa;

2°) El principio de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa;

3°) La figura del Abogado del Niño. Función concreta y delimitada a la luz del Sistema de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes;

4°) Supremacía Constitucional, el Bloque de Constitucionalidad y la Regla de Reconocimiento Constitucional.

#### Procedo:

1°) La fuente de los actos administrativos contenidos en las resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019. La función del Ministerio Público, Pupilar y de la Defensa conforme la manda del artículo 120 de la Constitución Nacional y de las leyes provinciales.

La resolución del MPD N° 229/2019 tiene —a su vez— como fundamento la resolución N° 4/2019 del mismo órgano.

Entonces, como punto de partida tenemos: dos resoluciones emitidas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, por el cual la figura del Abogado del Niño se encuentra ubicada dentro del organigrama de esa Entidad Institucional y bajo su dependencia.

Para poder entender cuál es la exégesis de esas resoluciones, es necesario hacer un breve pero sustancial recorrido histórico de las leyes que erigen al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa en la Provincia de Tucumán. Las funciones que la ley les atribuye y los principios básicos sobre los cuales se asienta la creación de estos órganos institucionales.

Ley N° 6238 (1992): “Ley Orgánica del Poder Judicial” (Texto consolidado con Leyes N° 3335, 4509, 6239, 6256, 6359, 6361, 6379, 6490, 6506, 6563, 6574, 6577, 6679, 6719, 6756, 6757, 6759, 7023, 7065, 7104, 7264, 7312, 7365, 7384, 7414, 7523, 7705, 7729, 7790 y 7810).

Modificada por Leyes N° 8317, 8320, 8332, 8356, 8367, 8400, 8405, 8406 (Modificada por Ley 8412 - Ley derogada por Ley 8658), 8428, 8429, 8430, 8481, 8562, 8658, 8735, 8743, 8744, 8756, 8775, 8784, 8804, 8833, 8837, 8838, 8868 - Vetada en su artículo 3° por decreto 1505/2014 (BO 20/05/2016) y 8883, 8885 (BO 13/06/2016).

Ley N° 8967 (BO 04/01/2017), 8971 (BO 04/01/2017), 8983 (BO 22/02/2017), modificada por Ley 8992 (BO 29/03/2017).

Luego la Ley 8983 fue declarada inaplicable por Acordada de la Corte Suprema de Justicia N° 198/2017.

Ley 8992, de fecha 23/03/2017, publicada en el Boletín Oficial 29/03/2017, actualmente en vigencia.

En el año 2019: Como consecuencia de las facultades atribuidas al Ministerio Pupilar y de la Defensa, es que se dictan los actos administrativos contenidos en las resoluciones N° 4/2019 (01/04/2019) y N° 229/2019, ya referidas.

Del examen de esas leyes, y de los títulos y apartados que fueron modificándose en el transcurso de los años —a los fines de lograr la autonomía del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Pupilar y de la Defensa— surge que el artículo 92 de la Ley 6238 (que es la fuente directa de la resolución N° 04/2019, según su propio texto) tuvo una sola modificación en el encabezado, mediante la Ley 8735 (2014). Esta última ley establece —solamente— que se reemplace en el primer párrafo con la expresión “Ministerio Público Fiscal y Pupilar”, por “Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa”. El resto de su texto no fue reformado y está vigente.

Ese artículo reza lo siguiente:

Artículo 92. Principios fundamentales. La actuación del Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa se sustenta en los siguientes principios:

1. Tiene por misión preparar y promover la acción de la justicia en defensa del interés público y los derechos de las personas, procurando ante el órgano jurisdiccional sus efectos.

2. En ejercicio de sus funciones actúa conforme a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley.

3. Desempeña sus funciones a través de órganos propios, con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y subordinación jerárquica en todo el territorio de la Provincia.

4. Es único e indivisible, y es representado por cada uno de sus integrantes en los actos, procesos e instancias en que actúen.

5. Se organiza jerárquicamente bajo la jefatura del Ministro Fiscal quien ejerce superintendencia sobre sus componentes, los que deben acatar las instrucciones por él impartidas, salvo los Defensores Oficiales Penales cuando hubiere intereses contrapuestos. (Artículo 92 primer párrafo sustituido por Ley 8735 - BO 25/11/2014)

Esos principios fundantes del Ministerio Público —a su vez— guardan perfecta relación y coherencia con lo regulado por el artículo 120 de la Constitución Nacional. Esta norma (120 CN) instaura la función del Ministerio Público, señalando que tiene a su cargo promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

A nivel provincial, las leyes posteriores a la 6238, que son: N° 8983 y N° 8992, realizan una serie de modificaciones destinadas a estructurar el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Pupilar y de la Defensa, estableciendo su integración y facultades. En ese marco legal por tanto —nacional y provincial— es sobre el que se afirma que el Ministerio Público de Argentina (en su doble estructura, Fiscal y de la Defensa) es un órgano constitucional, regulado originalmente por el artículo 120 de la Constitución Nacional y las normas infra-constitucionales que en tal sentido se dicten.

En lo que en este caso interesa puntualmente, el Ministerio Pupilar tiene como función la representación legal de las personas menores de edad, por mandato constitucional. Esta representación se integra a la de los padres o tutores de los niños, niñas y adolescentes (NNA) por expresa disposición del artículo 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, pero no implica actuar en nombre del niño por parte del Ministerio; sino que ese órgano ejerce el control de legalidad de los procedimientos en los que participan los niños, niñas y adolescentes (NNA), defendiendo los intereses generales de la sociedad y del niño en particular.

La función esencial del Ministerio Pupilar es la de representar con todas las facultades y los deberes que le impone la ley, no la de asistir a las personas menores de edad. En esto radica la esencial diferencia con la figura del abogado del niño, profesional que tiene a su cargo la defensa técnica.

Tal como lo dispone el Cód. Civ. y Com. de la Nación en su artículo 103, el Ministerio Público “representa” a los sujetos que la ley imperativamente establece que no pueden ejercer por sí sus derechos. Ello perdura mientras persista la incapacidad de la persona o mientras que los niños no alcancen la mayoría de edad (artículos 22, 23 y 24 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

El Ministerio Público (Pupilar y de la Defensa como dispone el artículo 92 de la ley 6283) en su función exclusivamente “representativa” sustituye la voluntad de su “representado” y ejerce su función conforme a la legalidad del proceso e intereses generales de la sociedad, tal como lo indica el artículo 120 de la Constitución Nacional (CN). El abogado del niño —como patrocinante— no sustituye voluntad, sino que ejerce la defensa técnica conforme a las instrucciones y pretensiones de la persona que patrocina (artículo 27 de la Ley 26.061 y Decreto Reglamentario 4/2006).

Es más, la representación del Ministerio Público cesa de pleno derecho al momento que las personas menores de edad alcanzan los 18 años (artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño y artículos 22, 23, 24 y 103 Cód. Civ. y Com. de la Nación) o cuando se rehabilitó a la persona declarada incapaz. El Abogado del Niño (no miembro del Ministerio Pupilar y de la Defensa), puede continuar en su patrocinio si es que el cliente así lo decide, cuando alcanza la mayoría de edad, no en el carácter de abogado del niño, sino en el ejercicio de la profesión en los términos y alcances de las leyes provinciales N° 5233 texto consolidado por la N° 5480.

Diferencias aquellas, irreconciliables en la génesis de las dos (2) figuras analizadas.

Respetando tales diferencias, y en una lógica de coherencia integral del sistema legal, así es reconocido por el Decreto Nacional 415/2006 que reglamenta la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes cuyo artículo 27 dispone en su primer párrafo que “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e

individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

Por lo tanto, la normativa nacional es clara al diferenciar dos funciones y roles diferentes: una es la del Ministerio Pupilar y la otra es la figura del Abogado del Niño: Esta tiene sus cimientos legales en la mencionada ley 26.061 y se refuerza en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En este marco, es claro que las normativas, reglamentaciones y resoluciones locales deben respetar la estructura legal que ostenta una institución de índole nacional.

Puntualizada la naturaleza jurídica y la función del Ministerio Público (insisto órgano de carácter estrictamente representativo por mandato constitucional) pasamos al análisis mas exhaustivo de las resoluciones dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa que —candorosamente— aspira crear la figura del Abogado del Niño. Aquí, vale detenerse sintéticamente para dejar aclarado que, dicha resolución no viene a crear nada nuevo.

Si bien, puede valorarse la intención del Ministerio Pupilar y de la Defensa de enriquecer el acceso a justicia de los NNyA, válido es reconocer y dar la razón que el derecho a la participación activa del niño en los procesos y con asistencia técnica, es una garantía judicial y uno de los cuatro (7) principios basales de la Convención de los Derechos del Niño, encuadrado en su artículo 12 (1989), luego incorporado al Bloque Constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la CN (1994), más tarde instituido específicamente en el artículo 27 de la Ley 26.061 y su decreto reglamentario 415 (2006). A nivel provincial se lo instaura en el artículo 25 de la Ley 8293 (2010), y para finalizar, en el artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (2015). Con lo cual la pretendida “creación” de la figura del abogado del niño mediante la resolución N° 4/2019, es una falacia jurídica, que no guarda coherencia con el Sistema de Protección Integral en vigencia.

Hechas estas precisiones, surge que los roles y funciones que se pretende asignar al Abogado del Niño en el mismo ámbito y dependiente del Ministerio Pupilar son —cuanto menos— incompatibles e incongruentes con el mandato constitucional del artículo 120, y las reglas de reconocimiento constitucional.

En este punto, cabría la siguiente pregunta ¿Es posible que dentro de un mismo organismo y bajo una misma autoridad máxima, se pueda controlar el funcionamiento de dos figuras con finalidades diferentes? La respuesta negativa se impone, pues es sabido que sin absoluta libertad, la función de control se desvanece con las consecuencias negativas que ello se deriva en términos democráticos; máxime en lo que respecta a instituciones que tienden —con diferentes roles— a la protección de derechos que comprometen a un colectivo vulnerable como lo son las personas menores de edad y a quienes les cabe un plus de protección debido a su condición de personas en pleno desarrollo.

Sigo ahondando: la resolución N° 4/2019 dispone textualmente en su artículo 1° crear en el ámbito de la Provincia de Tucumán, dependientes del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la figura del Abogado del Niño, Niña y/o Adolescente quien deberá representar los intereses personales e individuales de los mismos, interviniendo en carácter de parte, sin perjuicio de la intervención de los Defensores de Niñez, Adolescencia y Capacidades Restringidas. El Anexo I de dicha resolución, establece la modalidad de la designación de los letrados que integran la lista de abogados pertenecientes al Ministerio Pupilar y de la Defensa (artículo 1), sus funciones (artículo 2), la forma de elección del letrado (artículo 3), la legitimación activa (artículo 6), la forma de peticionarlo (artículo 7), admisión de casos, el rol del abogado del niño (artículo 9), la participación (artículo 10), entre otros.

Del texto de dicha resolución y sus Anexos, se advierte que —sirviéndose de normas de los Tratados Internacionales, de la misma Constitución Nacional y de las normas que instituyen el Sistema de Protección Integral (Ley 26.061 y Ley 8293) - se incurre en un error jurídico al confundir las funciones constitucionales asignadas al Ministerio Público (Pupilar y de la Defensa) con las que le son propias a la figura y rol del Abogado del Niño. La resolución N° 4/2019, lejos de ser un acto discrecional del Ministerio Pupilar, en sí mismo reproduce el prototipo de lo que en la doctrina del Derecho Administrativo llama “arbitrariedad e irrazonabilidad del acto” (8). La arbitrariedad (tal como lo define el diccionario de la Real Academia Española) corresponde al “acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho”. En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad que pueda tener el Ministerio Pupilar y de la Defensa para el ejercicio de sus funciones, no puede confundirse con la arbitrariedad, so pretexto de asegurar la tutela judicial efectiva.

La resolución N° 4/2019 y sus Anexos (especialmente el artículo 3, 4, 5, 8 del Anexo I, aunque le siguen otros) imprime un sello arbitrario e irrazonable, pues están anclados y aferrados al vetusto sistema tutelar o “de la



doctrina de la situación irregular” (Ley 10.903), pues de la misma letra, se colige la conducta paternalista en relación al niño, y por otro lado se advierte la aplicación errónea de la ley vigente —punto este último que analizo más abajo—.

El sistema tutelar está derogado. Por lo tanto el acto administrativo que se ampara como mínimo en el espíritu de una ley abolida, deviene inexcusablemente en arbitrario e irrazonable.

Hoy, a la luz del Sistema de Protección Integral (Convención de los Derechos del Niño, CN, Ley 26.061, Ley 8293) los niños no deben ser considerados 'objetos de protección segregativa' —como lo marca la resolución 04/2019 del MPD y sus Anexos— sino sujetos de pleno derecho. Los NNA deben recibir protección sistémica y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo. Los NNA tienen el derecho a ejercer su “defensa activa” y participar en el proceso del que son parte mediante la figura del abogado del niño por elección propia (9) —artículos 27 inciso c, de la Ley 26.061— sin ningún tipo de restricciones para la admisibilidad del caso ni profesionales seleccionados (salvo claro está lo que corresponda a la ética profesional), como tampoco puede admitirse el carácter meramente representativo que le atribuye la resolución examinada a los profesionales de “la Oficina del Abogado del Niño del MPD”.

De la propia letra del artículo 9 del Anexo I, se lee “...la actuación del letrado será en principio como patrocinante, porque no suplente la voz del niño, sino que lo acompaña respetándolo como sujeto de derecho. Excepcionalmente podrá actuar como apoderado invocando justa causa”.

En estas circunstancias y de acuerdo a letra de los textos examinados, se corre el riesgo de tropezar con lo que Falcón —siguiendo con las enseñanzas de Aristóteles— denomina la falsa ciencia. Y advierte que uno de los problemas con los que choca la ciencia es detectar y determinar su campo de acción, diferenciándolo de la falsa ciencia, la que generalmente se esconde en el sofisma o la falacia de petición de principio (10). Continúa diciendo Falcón, que la falsa ciencia es aquella serie de exposiciones que se presentan como científicas y que no lo son (11).

En el caso en estudio, y siguiendo la línea de pensamiento de Falcón, del texto de la resolución N° 4/2019 (mas Anexos), y la mixtura de normas invocadas para su sustento, emerge la consumación de esa falsa ciencia jurídica que nos enseña aquel maestro. No solo desnaturaliza palmariamente la figura del Abogado del Niño al hacerla dependiente del Ministerio Pupilar (carácter representativo), sino que, luego se transforma en un profundo y asombroso desacierto de la aplicación del régimen Civil y Comercial Común. Lo que confirma la arbitrariedad e irrazonabilidad de esos actos administrativos.

Veamos concretamente porqué. En el artículo 9 del Anexo I, se indica que el abogado del niño en principio actúa como patrocinante, y que excepcionalmente podrá actuar como apoderado invocando justa causa. Esto último no es jurídicamente admisible.

En ese punto advierto una incoherencia en la aplicación del derecho civil de fondo, específicamente en lo relacionado con las normas sobre la capacidad de derecho y capacidad de ejercicio. Pues la norma inferior no logra distinguir entre la persona menor de edad y los adultos involucrados.

Me explico. Tomo dos temas centrales: 1°) la capacidad de la persona menor de edad para otorgar “mandatos”; 2°) lo normado en el artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Releyendo tales normas del derecho civil: como primer punto la ley dispone que la persona menor de edad no puede legalmente “apoderar” a un abogado para que lo represente en juicio. No puede conceder mandatos. Pues no tiene capacidad de derecho ni capacidad de ejercicio (capacidad de obrar en el código velezano) mientras se mantenga en minoría de edad —salvo los actos expresamente previstos por capacidad progresiva que establece el Cód. Civ. y Com. de la Nación y leyes especiales—.

Por otra parte, la resolución 4/2019 y su Anexo I infringe un principio clave que emerge de manera clara del artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación como lo es la existencia de intereses contrapuestos. Por lo tanto, la reglamentación de la figura del Abogado del Niño por decisión individual de un órgano del Estado Provincial —cuando la implementación de esa figura debería ser, sin duda alguna, por una ley provincial— conculca principios emanados de normativas que deben ser respetadas como el Cód. Civ. y Com. de la Nación al disponer en el mencionado artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en su segundo párrafo que si bien el principio es que las personas menores de edad actúan a través de sus representantes legales “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”.

La norma es clarísima, la intervención letrada queda habilitada a los supuestos de conflictos de intereses o intereses contrapuestos entre aquellos y sus representantes legales.

Aquí caben otras inquietudes ¿acaso, sería obligatorio que un adolescente intervenga con su propio patrocinio letrado en una acción de alimentos contra el progenitor no conviviente cuando dicha acción es iniciada por su progenitor conviviente para, precisamente, no exponerlo a demandar contra aquél? Aquí no hay intereses contrapuestos, el progenitor conviviente demanda alimentos en beneficio de su hijo y lo hace de manera correcta, además lo hace en su protección para no tener que enfrentarlo en un proceso judicial contra el progenitor no conviviente en aplicación, además, lo haría en uso del principio de buena fe y, por lo tanto, que los padres cuidan y protegen a sus hijos salvo que se demuestre lo contrario. ¿Acaso es coincidente con el principio rector del interés superior del niño desconfiar de todos los progenitores al impedirle que ellos puedan incoar acciones en protección de sus derechos? Estos interrogantes no están atendidos ni son tenidos en cuenta en la reglamentación del Ministerio Pupilar y de la Defensa en análisis, contrariando uno de los principios elementales de la regulación de la figura del abogado del niño de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y que, hasta el momento, su constitucionalidad no se ha puesto en crisis.

Retomando las normas del Cód. Civ. y Com. de la Nación sobre “capacidad de derecho” y “capacidad de ejercicio” de las personas menores de edad, advierto que la resolución que se analiza y sus anexos contienen un claro error conceptual. Al mismo tiempo, lleva implícita una seria incongruencia con las reglas sobre los contratos y las facultades para conceder mandatos, y la representación voluntaria de las personas. Si se toman las reglas que gobiernan estas materias como: a) capacidad de derecho y capacidad de ejercicio de las personas (artículos 22, 23 y 24 Cód. Civ. y Com. de la Nación), b) incapacidad e inhabilidad para contratar (artículo 1001), c) las reglas sobre el mandato (artículo 1319, 1320); d) las reglas sobre la representación voluntaria (artículos 362, 363, 364 y concs.); fácil será colegir que el texto del acto administrativo analizado lesiona dicho sistema. La persona menor de edad —por ley— está inhabilitada para contratar (lo que incluye el mandato). En la representación civil voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento...(art. 364 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La asistencia técnica que ejerce el Abogado del Niño es desde el principio y hasta el final en el carácter de patrocinante (artículo 27 Ley 26.061, Decreto Reglamentario 415/2006, Cód. Civ. y Com. de la Nación, artículo 26).

Si bien puede advertirse la loable intención del Ministerio Pupilar y de la Defensa, de dictar un acto administrativo que acelere el compromiso que el Estado asumió al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (CDN), lo cierto es que dicha función corresponde solo y exclusivamente al Poder Legislativo Provincial.

No obstante aquellas buenas intenciones, lo cierto es que, desde el análisis estrictamente técnico-jurídico, el acto administrativo y sus anexos parecen dar la espalda e incumplen con las disposiciones del sistema legal y constitucional actual. De este modo, insiste en considerar al niño como objeto de protección tutelar (Ley 10.903 derogada), le asigna carácter representativo al profesional concedido como abogado del niño, y pretende aplicar normas de contratos y mandatos que solo pueden ejercer los adultos. Notoriamente un acto administrativo contradictorio e incoherente con el derecho de fondo.

Traigo jurisprudencia que abona esta línea de pensamiento, en la que ya se dijo: “... Por otro lado, ambas figuras pueden coexistir, pues mientras el abogado del niño acompaña, patrocina o asiste al niño/a o adolescente, el asesor de menores defiende los intereses del Estado. (artículo 27 Dec. 415/2006; García Méndez, Emilio, “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 65 citado por Belluscio, Claudio A., “El Abogado del Niño y el Código Civil y Comercial de la Nación”, Doctrina, Utsupra, Origen: Argentina, 9-13-2017, Protocolo A00399490674)” (12).

La pretendida coexistencia de figuras (Ministerio Público y Abogado del Niño) con roles diferenciados, en una misma órbita institucional conlleva una clara incompatibilidad de funciones e intereses, pues “controlador y controlado” recaen en una misma figura orgánica. Con lo cual dicho acto administrativo es impertinente e irrazonable pues está opuesto a la razón o está fuera de ella (13).

Entonces como conclusiones parciales de este 1º apartado, considero que la resolución N° 4/2019 es inconstitucional, porque:

Las funciones del Ministerio Público y de la figura del Abogado del Niño son diferentes.

El Ministerio Público tiene una función representativa (artículo 120 CN), y la figura del Abogado del Niño, tiene la función de asistir técnicamente a la persona menor de edad sin sustituir su voluntad (Ley 26.061 y

decreto reglamentario 415/2006).

Ambas figuras son contradictorias bajo la dependencia del mismo órgano.

La persona menor de edad esta inhabilitada para contratar (22, 23, 24, 362, 364, 1001 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación).

2º) El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa.

En este apartado, tomo como punto de partida para el análisis emprendido, el artículo 12 de la CDN, en el cual se garantiza al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

En el orden interno, la ley Nacional 26.061 en su artículo 27 establece las garantías mínimas procesales a favor de la infancia. El decreto reglamentario 415/2006, comprende y regula el derecho del niño a la asistencia técnica prevista por el inciso c) del artículo 27, e incluye el de designar un abogado que lo asista en sus intereses personales e individuales (de la niña, niño o adolescente) en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

En consonancia con la referida ley nacional, la Ley provincial 8293 prevé entre otras garantías procesales a favor de los niños (artículo 25) el derecho a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en temas de niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya, proporcionado gratuitamente por el Estado.

La Convención de los Derechos del Niño (artículo 75 inciso 22) remite a la consonancia de la ley local para la regulación y adecuación específica de la garantía judicial. Garantía que además encuentra otro fundamento cardinal como lo es la garantía del “debido proceso” instituida en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

En el ámbito interno de nuestra República, la ley especial se corporiza en la Ley Nacional 26.061 (Decreto Reglamentario 415/2006), y en la Ley Provincial 8293.

Romero considera que “de ese plexo normativo surge palmariamente que, lo que se encuentra regulado y reglamentado, es la “asistencia técnica del niño”, cuya figura es la del Abogado del Niño, que no tiene carácter representativo, pues no sustituye la voluntad del niño; sino por el contrario su función es la de prestar asistencia y orientación para que éste pueda tomar decisiones y ejercer sus derechos fundamentales a ser oído y participar activamente” (14).

A partir de allí, y desde una interpretación holística del sistema legal argentino, las normas que se dicten en consecuencia deben ser razonables y coherentes con aquellas directrices y principios fundantes.

En la doctrina se ha sostenido, en forma pacífica, que el principio de razonabilidad se consolida en el precepto contenido en el artículo 28 de la fórmula original de la Constitución de Alberdi (15), que establece: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Esta prescripción constitucional —que también instituye la prohibición de arbitrariedad— si bien aparece circunscripta a normas que dicta el legislativo, se ha juzgado extensiva a los actos de los Órganos Ejecutivo y Judicial (16). Precisamente, Linares apunta que en la ciencia del derecho el tema de la razonabilidad aparece conectado a la búsqueda de la razón suficiente de la conducta estatal. “Esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica, de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de verdad cuando tiene fundamentos de justicia (17).

Otras voces autorizadas de la doctrina del Derecho Administrativo como Cassagne, sostiene que la alteración de la Constitución implica, en principio, una irrazonabilidad de esencia, por cuanto el acto administrativo contradice o no guarda proporción con el texto o los fines que persiguen los principios y garantías constitucionales, lo mismo acontece cuando el acto administrativo exhibe una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue (18).

En igual sentido Guariglia afirma que tal razonabilidad en la decisión administrativa se extiende naturalmente a la actividad discrecional, en la que la justificación del acto administrativo debe ser más severa en cuanto a su fundamentación, forma y aptitud (19).



Tanto la razonabilidad como lo racional deben estar ordenados a lo justo administrativo y allí se encuentra el núcleo duro de la buena administración; es, como lo dijo el Aquinate, “obrar conforme con la recta razón”.

Como conclusiones parciales de este 2º apartado, considero que los actos administrativos analizados, son inconstitucionales porque:

Conllevan la irrazonabilidad del acto, por la ausencia de proporción entre lo que persigue (instaurar la figura del Abogado del Niño en la órbita del Ministerio Público y bajo su dependencia, y luego pretender atribuirle carácter de patrocinante o apoderado) y las funciones que le son inherentes por mandato constitucional (estrictamente representativas).

El acto administrativo —en cuanto norma inferior— carece de razón suficiente convirtiéndolo (una de las formas de arbitrariedad (20)), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad.

La regulación de la figura del abogado del niño y su ejercicio, es una tarea propia y excluyente del Poder Legislativo, porque así lo ordena el artículo 12 de la CDN y artículo 28 CN.

Con todo lo cual, mientras no haya una ley, ningún otro organismo puede regular de manera general la figura, más allá de que en los casos individuales, los jueces puedan expedirse al respecto porque el derecho a la defensa técnica está efectivamente regulado, pero no la modalidad en su implementación.

3º) La figura del Abogado del Niño. Función concreta y delimitada a la luz del Sistema de Protección Integral de NNyA.

Vengo reiterando —sin temor a ser repetitiva, pues debe quedar claro cuál es el punto cuestionado— que la figura del abogado del niño fue incorporada específicamente por la Ley 26.061 en su artículo 27 y luego es reglamentada por el decreto 415/2006. Dicha norma asume la directriz del artículo 12.2 de la CDN.

Su incorporación a nuestro ordenamiento ha generado diversos interrogantes doctrinarios en relación a su distinción con otras figuras legales, tales como el Defensor de Menores (hoy llamado Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida) y el tutor ad litem. Previamente debemos destacar que tanto el Defensor de Menores como el tutor ad litem nacieron bajo el paradigma del niño en situación irregular, mientras que el abogado del niño fue receptado con el paradigma de la protección integral de las niñas, niños y adolescentes.

Es así, que el Defensor de Niñez interviene como parte legítima y esencial en todo asunto judicial en el que intervienen personas menores de edad (artículo 103 Cód. Civ. y Com. de la Nación). La representación del Ministerio Público (Pupilar al decir de la ley 6283) puede ser complementaria o principal, de acuerdo a la actuación de los representantes legales del niño, ya sea ejercida por sus padres o tutores.

La función del Abogado del Niño es la de asistir técnicamente (sin sustituir voluntad), mientras que las del Ministerio Pupilar y tutor ad litem es la de representar (sustituye voluntad del niño y representa intereses generales de la sociedad). En la siguiente hipótesis ¿qué hubiera sucedido si en vez de ser un adolescente quien reclama alimentos contra su padre conviviente —una situación por demás excepcional— se tratara de un niño de 2 años? ¿cuál es la “voluntad” que debería seguir el abogado del niño? Este es otro interrogante que no está saldado en la reglamentación del Ministerio Pupilar y de la Defensa y que comprende aristas centrales en la implementación de la figura. De este modo, si bien es cierto que todo niño, niña y adolescente —tenga o no edad y grado de madurez— tiene derecho a una defensa técnica, lo cierto es que no queda claro cómo se accede a dicha defensa y el contenido, y por ende, rol o funciones de quien defiende deberían ser diferentes. Sucede que cuando se regula igual lo que de base es diferente —tener o no edad y grado de madurez— ello conculca otro principio central del Sistema de Protección Integral de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.061 y la Convención sobre los Derechos del Niño como lo es el principio de especialidad y de capacidad progresiva.

Estas diferencias no pueden ser confundidas en materia de Derechos de Infancia, Derecho Civil, Derecho Procesal, y las garantías judiciales del bloque constitucional en vigencia.

Así lo ha dicho la jurisprudencia nacional (21) al sostener que “resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol del abogado del niño y por otro lado, por intermedio de funcionarios en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo a lo que percibe como más conveniente para el niño, es decir, dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (artículo 3 CDN). Ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación mediante una defensa técnica especializada, como lo dispone el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño y artículo 27 inc. c) de la Ley 26.061.

De ahí que se conceptualiza al abogado del niño como aquel letrado “independiente” que asume la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico, conforme a instrucciones

que recibe, para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño (22).

Como conclusión parcial de este 3° apartado, considero que los actos administrativos analizados son inconstitucionales porque:

El Abogado del Niño no actúa como apoderado ni mandatario. No tiene carácter representativo. Solo asiste y defiende técnicamente los derechos precisados por el propio niño, sin sustituir su voluntad.

La jurisprudencia ha dicho que “...lo que aquellas normas contemplan es la participación de la persona menor de edad en el pleito por su propio derecho y con patrocinio letrado a fin de proporcionarle asistencia profesional y no de sustituir su voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar (ser oído, etc.); no se trata de incorporar una representación más a las que ya tiene con motivo de su minoridad (padres, tutores, promiscua del Ministerio Público o propia del tutor “ad litem” que pueda designar el juez en supuestos específicos)” (CNCiv., Sala G, 17/04/2012, Expte. 85.248/10, “R 593.164, “L., A. A. s/ medidas precautorias”, elDial.com - AA776B).

4°) Supremacía Constitucional, El Bloque de Constitucionalidad y la Regla de Reconocimiento Constitucional.

Enseña Gil Domínguez que la supremacía constitucional implica que el texto constitucional es la norma entre las normas y la fuente de las fuentes, funcionando como parámetro exclusivo de la validez de las normas inferiores. El Bloque de Constitucionalidad supone la existencia de un conjunto normativo integrado por el texto constitucional y otros elementos normativos internos (leyes, reglamentos, etc) a partir del cual, se validan o invalidan las normas inferiores. La regla de reconocimiento posibilita contar con un parámetro evaluador de la validez de las normas secundarias y su consiguiente pertenencia al sistema jurídico (23).

Las reglas de reconocimiento constitucional por excelencia, lo constituyen el artículo 28 y 75 inc. 22 de la CN. Por su lado, el artículo 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial Común, obliga a la aplicación e interpretación de las normas en el marco del Sistema Constitucional de Derechos.

Tomando estas enseñanzas y aplicadas al caso en estudio, podemos precisar que la resolución del MPD N° 4/2019, no supera el test de constitucionalidad ni aplica en las reglas de reconocimiento constitucional, tornándose inválida como norma inferior, ya que en tanto acto administrativo que es, no se encuentra adecuado a las fuentes internas (texto constitucional 28, 75 inc. 22 y 120; artículo 12 CDN; artículo 27 Ley 26.061 y decreto reglamentario 415/2006; artículo 25 Ley 8293; artículo 92 Ley 6238; Código Civil y Comercial Común, específicamente en los artículos 22, 23, 24, 26, 362, 363, 364, 1001, 1319, 1320) ni a las fuentes externas (ius consens, Tratados Internacionales, Opiniones Consultivas, jurisprudencia internacional, etc.).

La resolución N° 4/2019 y sus anexos no son válidas ni tampoco eficaces, pues están alejadas de los fines perseguidos por las leyes superiores antes citadas. Para abonar esta afirmación, traigo la opinión de Prieto Sanchis (24), quien alega que la norma inferior es válida en la medida que se ajuste al “deber ser” prescripto por la norma superior, pero ésta a su vez es eficaz en la medida en que la inferior satisfaga su mandato.

Como conclusiones parciales de este 4° apartado, considero que los actos administrativos analizados, son inconstitucionales porque:

Se caracteriza una regresión en materia de Derechos Fundamentales y garantías mínimas procesales para la infancia y adolescencia.

No se ajusta a la norma superior y en consecuencia no satisface su mandato.

Conclusiones generales:

Para terminar adhiero a la opinión de otra jueza (25) del Fuero de Familia de Junín, quien señala la necesidad de contar con normativas no solo más claras sino específicas en relación con la figura del Abogado del Niño. A su vez —dice— debe distinguirse de la función del Ministerio Público y del tutor ad litem.

Tales adecuaciones procesales y reglamentaciones legales es una facultad indelegable del Poder Legislativo Provincial.

La implementación de la figura del abogado del niño en la órbita y dependencia del Ministerio Público no guarda criterio de razonabilidad ni proporcionalidad jurídica.

El Ministerio Público (Pupilar y de la Defensa) no puede asumir los dos roles ni funciones, pues resulta incompatible legalmente.

Tampoco puede asumir funciones legislativas.

Tal desorden normativo, en términos de gravedad e irreversibilidad de las posibles afectaciones a los derechos de los niños (26), es inaceptable en el actual Estado de Derecho.

En esto me pliego con énfasis a las recomendaciones que hace el Comité Internacional de Derechos Humanos (27) resaltando la necesidad (por parte de los Estados) de adecuar no solo los procedimientos judiciales a los principios y normativas convencionales/constitucionales —de fondo y de forma antes referenciados— a los Derechos de la Infancia y Adolescencia, sino adecuar los mecanismos propios del acceso a la justicia con asistencia letrada. Porque ésta es la única forma de preservar la tutela judicial efectiva.

Además, se agregan, las condiciones especiales en las que se encuentran los NNA que hacen que pueda ser necesario no solo proveer de asistencia jurídica y defensa legal para garantizar sus derechos materiales y procesales, sino que se requiera de otro tipo de asistencia técnica adaptada a sus necesidades que facilite la efectiva y real comprensión y participación de la persona en los procedimientos; ello puede consistir por ejemplo, en un traductor, un intérprete para el lenguaje de signos, entre otros, que puedan ayudar a la persona a comprender de modo adecuado su participación en un procedimiento y las implicancias y las consecuencias que el mismo puede tener para ella y sus derechos.

Es obligación del Estado cumplimentar con el dictado de la normativa adecuada a los estándares convencionales-constitucionales. Y agregó, debería exigirse una formación académica en infancia, niñez y adolescencia, para garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especialidad, tal como lo establecen las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad y la Observación General 12 sobre “El Derecho del Niño a ser escuchado” donde dispone que “[d]eberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño”.

Todo ello garantiza el acceso a justicia, lo cual avala el ejercicio de otros derechos.

En ese sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (28), entiende que el que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no acceso y una participación real en las actuaciones procesales. Las limitaciones que pueden enfrentar determinadas personas para acceder a una asesoría jurídica y defensa legal de calidad debido a sus condiciones socio-económicas o personales supone, en la práctica, una barrera al acceso a la justicia y al derecho a la protección judicial en condiciones de igualdad para estas personas, y por tanto a la defensa de sus derechos.

Por consiguiente es obligación del Estado Provincial, en la expresión del Poder Legislativo, tomar este tema en la agenda pendiente en materia de Derechos del Niño, y regular la figura del abogado del niño, a la luz del actual Sistema de Protección Integral.

Su tratamiento legislativo es impostergable.

Por lo expuesto resuelvo 1°) Declarar la inconstitucionalidad de la resolución N° 4/2019 de fecha 01/04/2019 y, como consecuencia, de la resolución N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Púpilar y de la Defensa. 2°) Disponer, que la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial, continúe ejerciendo la representación del adolescente C.F.V.V., DNI N° ... en carácter principal (artículo 103 inc. b del Cód. Civ. y Comercial), conforme lo ordenado en el punto b) del decreto de fecha 15/10/2019 (fs. 16). 3°) Exhortar a la Honorable Legislatura de Tucumán a los fines que dicte la norma que regule la figura del Abogado del Niño en real coherencia y consistencia con el Sistema de Protección Integral en vigencia. A tales fines líbrese oficio al Sr. Presidente de ese Órgano, acompañándose copia certificada de esta sentencia. 4°) Comuníquese mediante cédula digital (Acord. 1229/18 CSJT): a) A la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial Monteros. b) Al letrado Juan Facundo Masaguer, integrante de la oficina del Abogado del Niño y Adolescentes dependiente del Ministerio Púpilar y de la Defensa, por ser abogado interesado en el contenido de esta resolución. (artículos 5 y 88 CPCT), al domicilio digital informado en su presentación de fs. 33 (pto. I), atento al informe actuarial de fs. 42. Hágase saber. — Mariana J. Rey Galindo.