

DE LA NECESIDAD DE DESCENTRALIZACIÓN DE LA ASESORÍA DE INCAPACES PARA EFECTIVIZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (la inconstitucionalidad del art. 91 de la ley 5827) ¹

Por Sofía Cirille²

En este artículo la autora analiza la desigualdad que se produce en la protección de derechos de la infancia en la provincia de Buenos Aires, en función de la falta o ineficaz descentralización de la Asesoría de Incapaces, que resulta más perjudicial para los niños y niñas de las “localidades del interior”. La autora destaca el papel clave de los/as Asesores/as de Incapaces y la necesidad de que estas funciones las cumplan funcionarios/as públicos/as. Además, en base a su análisis considera inconstitucional e injusto el sistema actual, pero propone principios de una solución.

SUMARIO

- EL PROBLEMA

- PRIMER ACERCAMIENTO:

Desde la creación de los Juzgados de Paz Letrados, hacia la descentralización de la JUSTICIA.

- PRIMER MARCO:

La Constitución Nacional y su art. 75 inc. 22.

- SEGUNDO MARCO:

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

- TERCER MARCO: Legislación Provincial.

¹ Trabajo presentado en agosto de 2010, en el marco del Seminario sobre el Sistema Provincial de Protección de los Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

² Abogada, ayudante de las materias “Derecho Civil V” (Derecho de Familia y Sucesiones), Comisión 6, y “Derecho Administrativo II”, Comisión 1, de la FCJyS de la UNLP, expositora del seminario “Conflictos ambientales, actores involucrados y respuesta jurídica” e Integrante de las Clínicas Jurídicas de Derecho Ambiental de la misma facultad.



- PUNTO DE ENCUENTRO: Intervención del Asesor conjuntamente con los Servicios Locales.
- LO QUE SE DICE “SISTEMA”.
- LEJANÍA: Juzgados de Paz.
- MINISTERIO PÚBLICO.
- “MINISTERIO PÚBLICO PUPILAR”.
- ¿FUNCIONARIOS PÚBLICOS?
- POSIBLE SOLUCIÓN.
- CONCLUSIÓN.
- LEGISLACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA CONSULTADAS.

EL PROBLEMA

En el interior de la Provincia de Buenos Aires el Sistema de Protección de los Derechos del Niño se ve avasallado por una deficiencia vertebral y estructural: no hay organismos descentralizados de Asesoría de Incapaces. Esto significa que quienes ejercen esta representación promiscua en los expedientes en los que obligatoriamente deben formar parte son abogados particulares, inscriptos en una lista en el juzgado de paz, los cuales ACTÚAN como (léase “hacen de”) Asesores de Incapaces en las controversias allí discutidas.

Este “sistema” surge del art. 91 de la ley 5827 –Orgánica del Poder Judicial- , (modificado por la ley 11593). En base a este artículo se desarrollará el trabajo, razón por la que lo transcribo a continuación:

ARTICULO 91°: (Texto según Ley 11593) *Cuando se requieran la intervención del Defensor de Pobres y Ausentes o del Asesor de Incapaces, el Juez de Paz Letrado procederá a desinsacular un letrado de la lista que al efecto confeccionarán anualmente los Colegios de Abogados Departamentales para cada Partido, con los abogados que voluntariamente se inscribieren para desempeñar*



tales funciones, constituyendo domicilio en las ciudades cabeceras de los Partidos en los que deseen hacerlo.

Si en un Partido no hubiere al menos tres (3) abogados inscriptos, el Juez de Paz Letrado comunicará tal circunstancia al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia, que arbitrará los medios para solucionar el problema.

En caso de urgencia, o cuando ninguno de los letrados inscriptos en la lista, ya sea por excusación fundada o licencia, pudiere desempeñar el cargo en un proceso determinado, deberá hacerlo el Defensor de Pobres y Ausentes o el Asesor de Incapaces en turno del Departamento Judicial a quien se le notificará o citará por vía telegráfica u otro medio de igual eficacia.

El desempeño de las funciones precitadas será obligatorio e inexcusable, para el letrado designado y con las responsabilidades que la legislación vigente establece para dichos funcionarios, debiendo presentarse en el expediente dentro de las setenta y dos (72) horas de ser notificado de la designación.

Quien resulte elegido no integrará la lista para desinsaculaciones posteriores hasta tanto no haya sido agotada la totalidad de los integrantes de la nómina.

Por su intervención, el letrado percibirá una remuneración con cargo al Presupuesto del Poder Judicial, en la forma que establezca la Reglamentación de la Suprema Corte de Justicia, que deberá prever una escala de honorarios a valores de la unidad arancelaria prescripta por el Decreto- Ley 8904/77 a fin de que el Juez de Paz Letrado regule los honorarios en el orden a la importancia y complejidad del trabajo realizado.

El incumplimiento de lo prescripto en el cuarto párrafo de éste artículo o el mal desempeño de la función, autoriza al Juez de Paz Letrado a aplicar al infractor una multa de doscientos cincuenta pesos (\$250) hasta dos mil quinientos pesos (\$2.500), y su



reiteración configura falta profesional grave que da lugar a enjuiciamiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5177.

Los profesionales nombrados como Defensor o Asesor Oficiales quedan relevados durante el año en que se haya producido su designación de las obligaciones de representar y patrocinar gratuitamente a los declarados pobres ante el respectivo Juzgado de Paz Letrado, según lo establecido por los artículos 114° a 126° de la Ley 5177. (Texto Ordenado por Decreto 180/87).

El Poder Ejecutivo podrá crear Defensorías o Asesorías Oficiales o el cargo necesario para desempeñar ambas funciones en aquellos Partidos o Agrupamiento de Partidos que, de acuerdo al índice de litigiosidad, número de designaciones de letrados para cumplir dichas funciones y el gasto que éstos representen para el Presupuesto del Poder Judicial lo hagan aconsejables, siempre que así lo solicite la Suprema Corte de Justicia y previa conformidad de ambas Cámaras de la Legislatura.

Este artículo, que a simple vista parece “acercar” la justicia al “liberar” los procesos del interior de la necesidad de correr traslado a una cabecera departamental para el contralor de los procesos en lo que interviene un Asesor de Incapaces, en realidad la aleja en innumerables aspectos:

1. Obstrucción del acceso a la Justicia. Entiendo que este derecho fundamental no se reduce solamente al acceso a la Jurisdicción que emana del Juez, sino también al acceso a los demás organismos públicos que sirven de auxiliares al mismo. Acceder a la justicia significa acceder a una decisión Justa, y para que esto se de, es necesario pasar por el debido proceso, el cual debe estar dotado de todos los elementos necesarios para resguardarlo de legalidad. Un



proceso en el que interviene un menor, y no está controlado por un Asesor de Incapaces formado y designado al efecto, ¿es realmente un debido proceso?³.

2. Desigualdad. Simplemente porque los niños de las ciudades de cabeceras departamentales tienen, evidentemente, mejor derecho que los niños del interior. Mientras que los primeros no sólo tienen participación de oficio del Asesor de Incapaces en los casos en los que intervienen, sino que además se encuentran territorialmente cerca de este funcionario –el cual a su vez existe en un lugar tangible y determinado- que está a su disposición cuando necesiten o soliciten ser escuchados... los niños del interior son resguardados por un abogado de la matrícula el cual puede ni siquiera ser idóneo a la cuestión, y además se encuentran lejos del organismo público destinado a escuchar e intervenir promiscuamente. No hay un lugar físicamente identificable con la Asesoría, lo cual deriva en otras problemáticas a tratar a continuación.

3. La no idoneidad. Esta deficiencia se desdobra en tres facetas:

a- El rol de Asesor de Incapaces, por exigencia de la Constitución Provincial, debe ser cumplido por un agente estatal –léase funcionario público- seleccionado para ello. El Asesor, como desarrollaré más adelante, tiene un papel vital en estos procesos porque muchas veces es nexo inmediato entre el niño y el Juez, y principal exponente de su derecho a ser oído.

b- Falta de Capacitación y Especialización. El abogado de la matrícula seleccionado puede no tener el conocimiento mínimo indispensable para una intervención idónea, además de no estar especializado en la materia de niñez, siendo la especialización en la materia una tendencia que afortunadamente está instalándose en el sistema jurídico nacional e internacional.

³ Gualberto Lucas Sosa, en su artículo “Las Nuevas estructuras procesales en la Provincia de Buenos Aires: La Justicia de Paz Letrada” postula la intervención del Asesor de Incapaces como incluida en la garantía de Defensa en Juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.



c- Su actividad/profesión es independiente. Tienen otros casos en los que son abogados litigantes lo cual hace perder protagonismo a su rol como Asesor de Incapaces en un juicio del que ni siquiera son parte. La falta de motivación puede llevar a la falta de interés, y la falta de interés a la negligencia.

4. La dudosa independencia ideológica. No es de menor importancia que en el interior, a menor cantidad de habitantes, mayor conocimiento personal entre los litigantes de un juicio. Se puede dar el supuesto de ciertas presiones de colaboración en las que el principal perjudicado es el menor. Ya que el asesor de menores puede discrepar con las peticiones de las partes y ejerce el control sobre la legalidad del juicio, pueden darse situaciones de dudoso accionar con respecto a este punto. Además, al no ser un funcionario público quien realiza esta tarea, no hay independencia la cual estaría garantizada si este sí lo fuera. El abogado que actúa de Asesor en una causa, luego puede que tenga como asesor a uno de los litigantes de esa causa en otra de la que él es circunstancialmente litigante.

5. Falta de Contralor. ¿Quién controla el accionar de estos abogados de la matrícula que eventualmente actúan en el lugar de funcionarios públicos sin serlo? El Colegio de Abogados no resulta idóneo para tal tarea... pero tampoco los organismos previstos a nivel administrativo estatal. Este punto se desarrollará más adelante.

6. Obstaculización a la inmediatez. Las medidas concernientes a niños y niñas muchas veces tienen que ser inmediatas para ser efectivas. El Asesor de Incapaces tiene un campo aun más amplio que la representación promiscua del menor de edad en los procesos de los que es parte. A modo de ejemplo y como se verá más adelante en este trabajo, la actuación de los Servicios Locales tiene puntos de encuentros con el asesor, ¿cómo hacer aplicables esas normativas de procedimiento y actuación cuando el asesor se encuentra a kilómetros de distancia?



Obviamente esta enumeración no se agota aquí: existen más supuestos negativos de este sistema actual de los que llegan a nuestro conocimiento e inclusive a nuestra imaginación. La delimitación del problema está dada entonces por la inminente necesidad de un organismo público descentralizado, para a través de él garantizar al niño sus derechos constitucionalmente reconocidos, derechos tan básicos e importantes como el derecho a ser oído y a que alguien vele idóneamente por su interés superior.

PRIMER ACERCAMIENTO: Desde la creación de los Juzgados de Paz Letrados, hacia la descentralización de la JUSTICIA

Para entrar en tema, un breve encuadre histórico del artículo 91 de la ley 5827 que genera la crítica contenida en este trabajo. Hay cuatro hitos relevantes en cuanto a su redacción: a. Dec- Ley 9229/78; b. Dec- Ley 9682/81; c. Ley 10571/87; d. Ley 11593/95.

Esto se traduce en que desde 1978 con la misma creación de los Juzgados de Paz Letrados en el Dec- Ley 9229 se instituye este “sistema” de la lista de abogados de la matrícula que actúan como Asesores de Incapaces. El Dec- Ley 9682/81 agrega modificaciones que no son relevantes a esta materia. No así la ley 10571, que es la que agrega el párrafo último sobre la posibilidad de creación de asesorías descentralizadas.

Pero en realidad, ANTES de este nuevo sistema ideado con la Justicia de Paz Letrada, se estaba mejor: si bien los Jueces de Paz eran Legos, la Ley 1853 del año 1887 (“Ley de la Justicia de Paz”) en su art. 70 postulaba un funcionario municipal que intervendría como Asesor. Lo que significa que hace 100 años estaba pensado un funcionario público, y hoy no.⁴

⁴ “Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y leyes complementarias” Comentado y Concordado por Pío S. Jofré, De Palma, Buenos Aires – 1961. Pág. 476.



Volviendo a la actualidad: El art. 91 de la 5827 tiene con este último párrafo una tendencia muy disimulada, pero esperanzadora: habilita al poder ejecutivo a crear Asesorías descentralizadas “o el cargo necesario para desempeñar ambas funciones” (luego, claro está, de reunidos ciertos requisitos complejos). Esto no es de menor relevancia ya que el último párrafo del Art. 91 fue incluido por la ley 10571, del año 1981. Esto significa que desde hace 30 años esta necesidad de la descentralización ocupaba cierto lugar en la intención del legislador. Dato no menor, nótese que esta inclusión es ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 94, año en que se incluyó la CDN al art. 75 inc. 22. Es decir, que si se hablaba de esto desde antes de tamaño acontecimiento, hoy con más razón deberíamos acompañar con avances en este tema a la concientización generalizada en materia de Niñez. El interior de la provincia se agrega a la problemática con dificultades propias, ajenas a las de las cabeceras departamentales, que deben ser igualmente atendidas y pensadas en el marco de este nuevo sistema.

PRIMER MARCO:

La Constitución Nacional y su art. 75 inc. 22

Como primer encuadre y como principal eje regulatorio de esta cuestión voy a enfocar el problema desde la Constitución Nacional, con su art. 75 inc. 22, el cual incorpora con igual jerarquía la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante: CDN).

Entre el articulado de esta Convención, se encuentran determinados artículos que postulan verdaderos principios del derecho de la niñez: que son el art. 3.1.: interés superior del niño y el art. 12.2: derecho a ser oído. Estos postulados deben ser ejes principales de toda normativa referida a la niñez, tanto fondal como procesal. El sistema tal como está planteado resulta inconstitucional en sí mismo desde esta primera aseveración, pero este razonamiento será retomado en el desarrollo del trabajo. Nótese que en el “derecho a ser oído” la Convención hace mención a



la idoneidad de esa escucha, cuando postula: *“ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado”*.

Además de estos dos grandes ejes, hay artículos que específicamente se relacionan con los ítems que desarrollé en el planteamiento del problema, los cuales retomo desde la luz de la Carta Magna:

Primer ítem: Obstrucción del acceso a la Justicia: Art. 4. CDN: EFECTIVIDAD de los derechos reconocidos en la Convención. Un derecho es efectivo, cuando se garantiza su goce. No veo efectividad del derecho a ser oído, de los derechos “iguales e inalienables” que postula el Preámbulo de dicha Convención, de la no discriminación del Art. 2.1. Además: la efectividad de los derechos específicos de cada proceso en el que los niños y niñas son partes, en los que se deciden pretensiones que no les son ajenas. Y por último y no menos importante: El art. 40.2. b. iii. postula la necesidad de presencia de un asesor jurídico adecuado. *Para que haya efectividad debe estar garantizado el debido proceso, y no hay debido proceso sin intervención del Asesor de Incapaces cuando en el mismo participa un menor de edad.* El asesor no es reemplazable por cualquier funcionario, y mucho menos por quien no es funcionario., la CDN es clara en el asunto.

Segunda limitación: Desigualdad: Art. 2.2 de CDN. NO DISCRIMINACION. Los niños “del interior” de la provincia son víctimas de una discriminación indirecta, ya que no tienen acceso a los organismos a los que los niños de las cabeceras departamentales sí tienen acceso. La CONDICIÓN de lejanía de los niños del interior de la provincia, limita directamente su derecho, y el reticente accionar del Estado sobre esta cuestión, genera una evidente discriminación. El Preámbulo de la CDN también resulta interesante en cuanto a este punto, ya que en su primer párrafo postula los “derechos iguales e inalienables”, en su séptimo párrafo se refiere a la educación del niño en “el espíritu de (...) igualdad y solidaridad”.



SEGUNDO MARCO:

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires

La Constitución de la provincia de Buenos Aires guarda directa relación con cierta problemática específica enumerada en el planteamiento del problema: LA NO IDONEIDAD (E INCONSTITUCIONALIDAD) DERIVADA DE LA INEXISTENCIA DE FUNCIONARIO PÚBLICO. El problema empieza a verse desde distintos aspectos, con la CDN como eje, y con la Constitución Provincial como rumbo: en su art. 189 (Desempeño del Ministerio Público). El cual debido a su relevancia transcribo a continuación:

***Artículo 189.-** El Ministerio Público será desempeñado por el procurador y subprocurador general de la Suprema Corte de Justicia; por los fiscales de Cámaras, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de las Cámaras de Apelación; por agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de primera instancia. El procurador general ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público⁵.*

***Artículo 178.-** Para ser juez de primera instancia se requiere: tres años de práctica en la profesión de abogado, seis años de ciudadanía en ejercicio y veinticinco años de edad.*

Del juego entre estos dos artículos surge que el artículo 91 de la ley 5827 resulta, prima facie, **inconstitucional**: ya que para estar inscripto en la lista correspondiente en el Juzgado de Paz, no se requieren los requisitos que exige la Constitución Provincial para cumplir con un cargo de Asesor de Incapaces.

TERCER MARCO: Legislación Provincial

⁵ El subrayado es mío.



La exigencia constitucional pretende estar acogida en la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 13298 (De la Promoción Integral de los Derechos de los Niños) y 13634 (Fuero de Familia y Fuero Penal del Niño). Estas normas conforman un plexo normativo de recepción de las exigencias constitucionales, mediante la creación de organismos jurisdiccionales y asistenciales. Eso ha sido un gran avance en materia de niñez, y aun se está en proceso de organización y aplicación de estas normas.

La Ley 13298 tiene un enfoque hacia el interior de la provincia con la creación de Servicios Locales, pero “se quedó corta” en materia jurisdiccional en cuanto a los niños del interior. Ellos tendrán asistencia, sí, pero no en lo atinente a los procesos de los que participen, para eso, siguen siendo “defendidos” por los abogados de la matrícula. Insisto: si bien es un gran avance lo reflejado en el art. 14 de la 13298, y esto suple la deficiencia institucional que se ostentaba, nada aporta a la deficiencia jurisdiccional en sentido amplio, lo cual desarrollaré más adelante con la Justicia de Paz.

Al analizar la legislación actual, hay que hacer referencia, tanto en la 13298 y en la 13634 de la **tendencia a la especialidad de los funcionarios del Niño**⁶. Ya no cualquier funcionario o institución va a ser competente en estos temas, sino aquellos seleccionados específicamente para este rol. Ejemplo de esto son el art. 20 *in fine* de la 13298 el cual exige ser profesional con especialización en la temática y experiencia en tareas relacionada con la familia y los niños. En cuanto a la 13634, globalmente: la misma creación de un Fuero Penal Juvenil especializado y más específicamente el art. 78 de esa ley que habla de “operadores especializados”. ¿Qué relación tiene esto con la inexistencia de Asesorías de Incapaces descentralizadas? Que mientras se está tomando

⁶ La misma corresponde a exigencias internacionales, como puede observarse en la regla de Beijing Nº 22, la cual postula la necesidad de personal especializado y capacitado mediante sistemas adecuados de instrucción.

También tiene aplicación específica la Regla Nº 12 y su comentario, la cual postula la especialidad del personal policial, extensible esta exigencia a todo funcionario cuya competencia se circunscriba a los niños. Se suman a la misma cuestión las reglas 3.1, 7.1, 15.1, 20.1 y 13.2.



conciencia de la necesidad de especialidad de los funcionarios públicos en materia de niñez y adolescencia, EN EL INTERIOR NO SÓLO QUE NO SON ESPECIALIZADOS, SINO QUE TAMPOCO SON FUNCIONARIOS.

PUNTO DE ENCUENTRO:

Intervención del Asesor conjuntamente con los Servicios Locales

Si bien los Servicios Locales y la Asesoría de Incapaces tienen funciones bien delimitadas, no puedo pasar por alto un punto de encuentro en que el Servicio Local debe dar intervención directa al Asesor Incapaces: son los artículos 35 y siguientes del Decreto Provincial nº 300/05 (Reglamentario de la ley 13298).

Este artículo reglamenta nada menos que el art. 35 de la ley 13298, que se refiere a la medida de ABRIGO (de la cual los Juzgados de Paz ya no tienen la competencia por haber sido literalmente quitada con la ley 14116 como se verá más adelante). Postula dicho decreto que en caso de necesidad de mantener la separación del niño de su grupo familiar, el Servicio Local debe hacer una presentación formal y escrita al Asesor de Incapaces de la situación. Esto no termina aquí ya que luego de esta presentación el Asesor es quien tiene la legitimación para actuar civilmente por el menor de edad.

Este mecanismo, en el interior, se vuelve utópico: porque, por ejemplo, si el servicio Local de Saladillo tuviera que realizar este procedimiento tendría que presentarse ante el Asesor de Incapaces en La Plata, el cual, es totalmente ajeno a la situación, y con una imposibilidad manifiesta de acercarse al lugar de los hechos (trasladarse hasta allí le implicaría un día de trabajo). Se genera un desuetudo, que deriva inevitablemente en el cercenamiento de los derechos del niño afectado.

Otro punto directo de conexidad se da cuando el menor de edad no cumple con el plan estipulado por el Servicio Local para su tratamiento: así el art. 37.9 señala,



en su último párrafo: *“En los casos donde el Servicio de Promoción y Protección de Derechos resuelva que se han agotado las vías disponibles para solucionar la petición dentro de los plazos establecidos, dará intervención al Asesor de Incapaces, quien accionará para obtener las diligencias jurisdiccionales que faciliten en su caso la continuidad de la intervención administrativa.”*

Viene a la cuestión agregar que con fecha 13 de Julio de 2010 ha sido publicada una resolución de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia con el N° 452/10, la cual instruye a Fiscales y Defensores Oficiales para que requieran la intervención del Asesor de Incapaces en los procesos de desalojos, cuando en algunos de ellos, tiene competencia el Juzgado de Paz.⁷ Es decir, entonces, que el Asesor de Incapaces resulta una pieza fundamental para la tutela jurisdiccional de los derechos de los niños, ya que el Servicio Local, sólo tiene competencia administrativa.

Acerco estos tres puntos de contacto directo (“directo” en oposición a muchas otras cuestiones de participación indirecta de la Asesoría, como no puede ser de otra manera en esta materia) para significar y señalar que el sistema del art. 91 de la 5827 no sólo es deficiente en sí mismo, sino que también complica otros aspectos de la realidad de los menores de edad, que exceden a la temática de este trabajo. La inexistencia de una Asesoría de Incapaces descentralizada, como adelanté en el planteamiento del problema, priva de tener este funcionario un asentamiento físico cercano al lugar de los hechos, ya las dificultades no sólo se traducen en los procesos, sino que se propagan a otros ámbitos de aplicación de la ley 13298.

LO QUE SE DICE: “SISTEMA”

⁷ Así lo estipula la Ley 5827 en su art. 61 apartado II inc. i: (parte pertinente): “Desalojo urbano por intrusión, falta de pago y/o vencimiento de contrato.”



En el ámbito jurisdiccional los organismos deben actuar en una maraña de competencias y contralores que conformen un Sistema, según el diccionario de la Real Academia Española: “Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”. En el “interior” de la provincia, el sistema jurisdiccional (excluyendo de este estudio la materia penal) está conformado en primer lugar por los Juzgados de Paz Letrados... pero falta la parte de control de legalidad de lo que estos deciden, más allá de la doble instancia que se tiene ante la Cámara de Apelaciones: el MINISTERIO PÚBLICO. Sirva esto como introducción al análisis pormenorizado que ya adelanté en el marco de la Constitución Provincial de la deficiencia en este rompecabezas que debería conformar este sistema que tiene por objeto la JUSTICIA.

LEJANÍA: Juzgados de Paz

Es el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (5827) el que determina la competencia de los Juzgados de Paz, siendo esta más amplia en aquellos que se encuentran más alejados de las cabeceras departamentales.

No puedo pasar por alto en este punto la notable regresión legislativa que marcó para el interior de la provincia la ley 14116 en su artículo tercero, al no sólo quitar a los Juzgados de Paz la competencia en materia de “Abrigo”, sino también de todo el art. 827 del CPCC.

Dentro de esta competencia, y según el art. 61 de la 5827, se encuentran entre otras: autorización a contraer matrimonio a menores de edad (I.2.a.), alimentos (II.b.), tenencia de hijos y régimen de visitas (II.c.), suspensión de la patria potestad (II e.), medidas cautelares (II.j).

Ahora... resulta que en estos procesos sin duda debe correrse traslado a la Asesoría de Incapaces, “reemplazada” para la ocasión por un abogado de la matrícula que está inscripto en una lista en el Juzgado de Paz.



Este abogado es quien escuchará al menor, y hará el control de legalidad del proceso, el cual tiene que ser justo, debido, cuando en realidad, la misma intervención de ese abogado que no es funcionario publico ES EN SI MISMA una falta al debido proceso, y por ende una obstrucción del acceso a la justicia.

Por un lado acercamos la Justicia a través de los Juzgados de Paz Letrados, pero a su vez, la estamos alejando al no complementarlos con los organismos adecuados para un buen funcionamiento. El Asesor de Incapaces es un Auxiliar del Juez. La tutela jurisdiccional de la que hablé anteriormente, se compone no sólo del Juez sino también de los auxiliares del mismo, que conforman un sistema que tiene por objeto la justicia.

De nada sirve una decisión brillante, en un proceso que no cumple con las exigencias mínimas para que éste sea un debido proceso, y dentro de esas exigencias mínimas encuentro que haya una correcta intervención del Estado a través de los organismos pensados para ello.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Fundamento Normativo: La Ley 12061, - orgánica del Ministerio Público- postula en su art. 1º que *“el Ministerio Público es el cuerpo de fiscales, defensores oficiales y asesores de incapaces que, encabezado por el procurador general, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.”*

“En tal carácter tutela el interés público y las garantías de los habitantes requiriendo la justa aplicación de la ley y el derecho, sea en lo concerniente a intereses colectivos difusos o individuales debiendo velar por la limitación de su ejercicio abusivo o disfuncional”



MINISTERIO PÚBLICO PUPILAR

Es la rama del Ministerio Público integrada por los Asesores de Incapaces los cuales “son los funcionarios encargados de representar y defender a las personas que no pueden ejercitar sus derechos por sí mismas debido a su estado de incapacidad”⁸. Su actuación está inserta en todo asunto donde estén interesados los derechos de los incapaces, ello bajo pena de nulidad de los actos cumplidos sin su intervención.

Por ende y en síntesis, encontramos en el Asesor de Incapaces una pieza fundamental en los procesos en que se vea involucrado un incapaz.

La 12061 regula esta institución específicamente en su artículo 23 (modificado por la Ley 13634) el cual postula en 6 incisos sus principales funciones, entre las que se encuentran:

- 1. Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes - por acción u omisión- la hubieren impedido.*
- 2. Tomar contacto inmediato y directo con los incapaces que representen judicialmente, y con aquellos que requieran su asistencia, aunque no exista causa judicial en trámite. Asistir al incapaz en toda audiencia ante los jueces de la causa, cuanto de cualquier otro magistrado que requiera su comparendo.*
- 3. Peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u*

⁸ Página Web del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires: <http://www.mpba.gov.ar/>

oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa. 4. Intervenir ante los órganos competentes en materia civil del niño. 5. Tomar contacto con la comunidad a través de las instituciones vinculadas con la protección y asistencia de los incapaces a fin de coordinar acciones conducentes a tales fines. 6. Vigilar a la situación de los incapaces alojados por cualquier causa en lugares de detención o establecimientos sanitarios, velando por el respeto de los derechos y garantías formulando las denuncias y requerimientos pertinentes; y promover su externación cuando corresponda.⁹

Para seguir delimitando esta figura, acudimos ya al Código Civil, si bien es nacional y fondal tiene presupuestos generales sobre la intervención del Ministerio Pupilar en el Art. 59, postula al Ministerio de Menores¹⁰ como representación promiscua, y parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial en que incapaces demanden o sean demandados o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y todo juicio a que se hiciere lugar sin su participación.

El Capítulo 14 del CCiv. brinda más claridad aún sobre el asunto: los art. 491 y siguientes enumeran distintas facultades del Asesor como pedir nombramiento de tutores o curadores, medidas asegurativas de bienes, tener conocimiento del nombramiento de tutela y curatela, etc., y el art. 494 (con el cual concuerda el ya citado art. 23 inc. 1 de la ley 12061) habilita la **nulidad** de todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores o incapaces, si en ellos no hubiere intervenido el Ministerio de Menores.

⁹ Transcripción textual de parte pertinente del art. 23 de Ley 12061 según Ley 13634.

¹⁰ El término adecuado para la Institución es el de “Asesor de Incapaces” conforme lo determina la ley 12061 Orgánica del Ministerio Público. Aun así, los términos “Asesor de Menores” –utilizado por el Código Civil y la Constitución de La Provincia de Buenos Aires- y “Asesor de Menores e Incapaces” se utilizaron como sinónimos del vocablo que ha fijado la norma provincial.



Todo esto resulta más que claro, la actuación del Asesor de Incapaces es INFALIBLE en todo proceso que involucre ya sea directa o indirectamente la persona o bienes de un menor. Quien lleve a cabo tamaña responsabilidad, debe ser idóneo, y debe darse seguridad a la sociedad toda acerca de la idoneidad de esta persona.

¿FUNCIONARIOS PÚBLICOS?

Retomo la inconstitucionalidad planteada con respecto a las exigencias de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (ver *supra*): Resulta un interrogante la cuestión de delimitar dentro de qué figura encuadra este actuar de abogados de la matrícula. Ya adelanté mi opinión personal en que intervienen como abogados y no como funcionarios, por los siguientes motivos:

No son seleccionados con un procedimiento especial como el funcionario público, no gozan de independencia ni inamovilidad en el cargo como el funcionario público, y lo que es peor: no les son aplicables las sanciones que sí lo son a los funcionarios públicos. Entonces, velan por el interés público, pero el interés público no los alcanza... ya que su accionar está lejos del contralor propio del funcionario.

El Art. 91 previamente transcrito postula la sanción de multas de entre 250 a 2500 pesos al "mal desempeño de la función", lo cual ubico entre comillas ya que quien no es funcionario, no tiene función... y si la tuviera la sanción sería la cesantía o suspensión en esa función, pero como esta no existe, se trata de paliar esta incongruencia con una sanción pecuniaria. Además, esta sanción pecuniaria... ¿es realmente suficiente? A lo que se suma otra cuestión: ¿resulta idóneo el Juez de Paz para aplicarla, cuando los demás funcionarios se encuentran ante el contralor directo del Ministerio Público?



POSIBLE SOLUCIÓN

Un trabajo crítico en el que no se plantea una posible solución es, a mi entender, incompleto. Por eso, propongo una solución a esta problemática que se ha suscitado durante años¹¹: Los Juzgados de Paz deberían contar con un Asesor de Incapaces descentralizado por sede, quien se encargaría, con la independencia necesaria propia de la naturaleza de su cargo de funcionario público, de las funciones que hoy se ven mal delegadas en abogados que no lo son.

Nótese que el art. 91 abre una puerta a la creación de Asesorías descentralizadas, por lo tanto otra variante es tomar la propuesta del último párrafo del citado artículo, y generar un sistema paralelo, con agrupamientos de partidos con Asesorías de Incapaces estratégicamente ubicadas, intercaladas con Defensorías de Pobres y Ausentes; pero en mi opinión, en oposición al criterio de la norma, el parámetro que debería ser tomado para esta ubicación es el LUGAR y la LEJANIA.... y no la litigiosidad de los partidos ya que sólo con un único proceso en el que el incapaz no se vea bien representado, ya el sistema es injusto en su extensión.

CONCLUSIÓN

El sistema, tal como está planteado actualmente es incongruente, porque no se correlaciona con la tendencia a especialización de los funcionarios e instituciones en materia de niñez, y sobre todo INCONSTITUCIONAL, porque lejos está de las exigencias básicas constitucionales tanto a nivel internacional, de la Nación y la Provincia. Dicho en concreto: El art. 91 de la 5827 en su redacción actual no

¹¹ Existe un proyecto de ley con el número de expediente E 208 2007-2008 en la Cámara de Senadores de la provincia de Bs. As. En el mismo se planteaba la incorporación del Art. 59 bis de la ley 5827, en el que, con una redacción escueta y poco precisa se incorporarían Asesorías y defensorías oficiales a los Juzgados de Paz. Si bien a mi entender este proyecto es un tanto incompleto, y su expresión de motivos es vaga y sin sustentos jurídicos concretos, hago una referencia al mismo como antecedente de esta intención de descentralización con la que si coincido.



cumple con los art. 40. 2 .b iii, 12.2 y 3.1 de la CDN, artículos cuya eficacia se ve reflejada en la dificultad práctica de su aplicación.

Esta “solución” que dicho art. 91 intentó traer a la lejanía de los Juzgados de Paz es total y manifiestamente contradictoria con el art. 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Además de que no condice con los art. 57, 491 y siguientes del Código Civil Argentino, ni con la intención del legislador en las leyes 13298 y 13634, las que responden a parámetros internacionales como las Reglas de Beijing.

Mi conclusión personal es que el sistema actual, tal como está es INCONSTITUCIONAL simplemente porque no cumple con las exigencias mínimas de las normas fundamentales. Si es inconstitucional, es injusto. Si es injusto, debemos trabajar para cambiarlo.



LEGISLACIÓN CONSULTADA:

- Constitución Nacional
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires
- Convención Sobre los Derechos del Niño
- Reglas de Beijing –Reglas mínimas para la administración de Justicia de menores- (Resolución 40/33 de la Asamblea General)

LEYES Y DECRETOS PROVINCIALES:

- Dec- Ley 9.229/78; Dec- Ley 9.682/81; Ley 10571/87; Ley 11.593/95
- Ley 12061; Ley 5827; Ley 13634; Ley 13298
- Decreto 300/05

BIBLIOGRAFÍA:

- “Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y leyes Complementarias” Comentado y Concordado por Pío S. Jofré, De Palma, Buenos Aires – 1961. Pág. 476.
- “Instituciones de la moderna justicia de paz letrada”, Gualberto Lucas Sosa, Librería editora Platense, 1993.
- Artículo: “Las nuevas estructuras Procesales en la Provincia de Buenos Aires” Por Gualberto Lucas Sosa
- Página Web del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires: <http://www.mpba.gov.ar/>
- Página Web del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires: <http://www.gob.gba.gov.ar>