

CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL

Maestría en Magistratura y Derecho Judicial

Departamento de Derecho Judicial

La actuación judicial del defensor de incapaces en
el Código Civil y Comercial de la Nación

Lucas M. Bellotti San Martin

48

THOMSON REUTERS
LA LEY

UNIVERSIDAD
AUSTRAL
DERECHO



Bellotti San Martín, Lucas

La actuación judicial del defensor de incapaces en el Código Civil y Comercial de la Nación / Lucas Bellotti San Martín. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley ; Universidad Austral, 2024.

Libro digital, PDF - (Cuadernos de derecho judicial ; 48)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4819-1

1. Derecho. I. Título.

CDD 347.009

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2024
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN

Autoridades de la Universidad

Mag. Julián Esteban Rodríguez
Rector

Dra. Lourdes Perea Muñoz
Vicerrectora de Asuntos Académicos

Dr. Juan Bautista Etcheverry
Vicerrector de Investigación

Esp. María Susana Urrutia
Vicerrectora de Alumnos y Extensión

Mag. Luis García Ghezzi
Secretario General

Autoridades de la Facultad de Derecho

Dr. Manuel García-Mansilla
Decano

Mag. Celina Cantú
Vicedecana

Dr. Ignacio De Casas
Secretario Académico

Abog. María de la Paz Miatello
Directora de Estudios

Dra. Miriam Ivanega y Dr. Andrés Sánchez Herrero
Consejeros

Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva

Dra. María Mumare
Coordinadora Académica

**Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial
de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial**

Dr. Rodolfo Vigo
Mag. María Gattinoni
Dr. Néstor Sagüés (†)
Dr. Jorge Jiménez Martín
Dr. Carlos Alberto Andreucci
Esp. María Lilia Díaz Cordero
Dr. Armando Andruet



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

Facultad de Derecho

Tesis para optar al grado de Magíster en Magistratura y
Derecho Judicial

**La actuación judicial del defensor de incapaces en el
Código Civil y Comercial de la Nación**

*Estudio sistemático y propuesta para la reforma de una
magistratura clave en el acceso a la justicia de personas en
situación de vulnerabilidad*

Lucas M. Bellotti San Martin
Directora: Dra. Úrsula C. Basset



UNIVERSIDAD
AUSTRAL | DERECHO

THOMSON REUTERS

LA LEY

BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA

Lucas Bellotti San Martín nació en la Capital Federal el 5 de enero de 1993. Obtuvo el grado de abogado en la Universidad de Buenos Aires, obteniendo el premio Medalla de Oro. Es especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y Magíster en Magistratura y Derecho Judicial, por la Universidad Austral. Inició su carrera en el ámbito de la defensa especializada en familia y capacidad de las personas en 2013. Allí ocupó diversos cargos del escalafón en la Curaduría Pública N° 18 y en las Defensorías Públicas de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo números 2 y 3. Se desempeñó luego como relator de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia de San Isidro (Sala II) y actualmente es Secretario y Defensor Coadyuvante de la Defensoría de Menores e Incapaces n° 2, ya mencionada. En el ámbito docente, dicta clases de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires en las materias Derecho de Familia y Sucesiones y Restricciones a la capacidad, apoyos y curatela. Ha publicado como autor o coautor varias obras de su especialidad.

PRÓLOGO

Es para mí un verdadero privilegio prologar el excelente libro del Mag. Lucas Bellotti San Martín, titulado: *“La actuación judicial del defensor de incapaces en el Código Civil y Comercial de la Nación. Estudio sistemático y propuesta para la reforma de una magistratura clave en el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad”*. Este estudio tiene su origen en el trabajo final presentado en la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral, dirigido por la doctora Úrsula Basset, y fue especialmente seleccionado para integrar la colección de *Cuadernos de Derecho Judicial* que publica anualmente la editorial Thomson Reuters-La Ley junto con la Universidad Austral.

El trabajo aborda una temática particularmente desafiante y, al mismo tiempo, original y novedosa. Consiste en una atenta observación y un agudo análisis de la legislación civil en relación con la protección jurídica y el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad por razones de niñez e incapacidad. En el estudio se critica, particularmente, la indeterminación del rol asignado en la última reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (2015) al Ministerio Público Especializado o al defensor de incapaces (tales las denominaciones que sugiere el autor en su obra) para la asistencia, asesoramiento, representación y dictamen en relación con los derechos e intereses de las personas menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

Según refiere el autor, el nuevo código introdujo una clasificación de las formas de actuación del defensor de incapaces estableciendo dos grandes categorías principales (judicial y extrajudicial) y, dentro de una de ellas, dos subcategorías que define como *“problemáticas”*. Se habla de la actuación judicial que puede ser complementaria o principal. La hipótesis que plantea el trabajo de Lucas Bellotti San Martín es que la indeterminación del rol específico del defensor de incapaces y su actuación por inacción, incumplimiento u omisión del

representante tiene que ver con una influencia de un modelo existente en el derecho comparado, que no es atinente a la tradición jurídica de nuestro país, y una visión restrictiva de las facultades y deberes del defensor. En definitiva, esta indeterminación normativa de las funciones del defensor deriva en un perjuicio de la persona asistida, en una menor protección de sus derechos y genera problemas de interpretación en materia judicial.

En cambio, en su trabajo el autor propone un estudio moderno y sistemático más acorde con la razón práctica y los actuales imperativos del derecho internacional de los derechos humanos que demandan significativos roles (ahora en plural) que caben asignar al defensor de incapaces en la legislación civil, en vinculación con todas las dimensiones y vulnerabilidades que puedan comprometer los derechos e intereses de sus asistidos y representados. Entre ellos, precisa en forma concreta y detallada el alcance de la intervención del defensor de incapaces en las distintas temáticas relativas a su función, como ser las cuestiones relacionadas con las restricciones a la capacidad e internaciones por cuestiones de salud mental, el derecho al nombre, la tutela y administración de los bienes, la protección de la vivienda, la determinación de la filiación biológica, la filiación adoptiva (situación de adoptabilidad, discernimiento de la guarda preadoptiva y emplazamiento adoptivo), la responsabilidad parental (juicios de disenso, alimentos y privación o suspensión de la responsabilidad) o cuestiones relacionadas con el derecho internacional privado (conversión de la adopción y medidas de protección).

Este análisis realista y actual de las funciones concretas del defensor de incapaces permite dar mejores respuestas a las necesidades del asistido. El estudio se completa con una propuesta de reforma legislativa del marco general de la actuación de esta magistratura pública. También propone ajustes y modificaciones necesarias en la legislación relacionada con la

nómina temática antes reseñada y que involucra la adecuada defensa de los derechos de los incapaces.

La reforma propuesta es realista, pragmática y moderna. Tiene como fundamento las experiencias legislativas y judiciales de las 24 jurisdicciones que conforman nuestro estado federal. En su obra, el autor describe y repasa las mejores prácticas reguladas en cada una de esas jurisdicciones locales en materia de la defensa y el acceso a la justicia de las personas menores de edad, incapaces o con capacidad restringida y las introduce como propuestas legislativas. Además, las observaciones y reformas aportadas en esta investigación se fundamentan en más de cincuenta (50) libros y publicaciones de la más prestigiosa doctrina del derecho civil y de familia que nos comparte en su bibliografía, como así también en veinticinco (25) antecedentes jurisprudenciales que también menciona el autor, dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales de apelación en lo civil, nacionales y provinciales.

En definitiva, la aparición de este libro es motivo de una gran satisfacción y, seguramente, un puntapié inicial para una profunda y necesaria reforma en materia de protección civil de la niñez y de las personas con disminución de la capacidad. Además, constituye una fuente obligada para los operadores encargados de brindar una mayor protección los intereses personales o patrimoniales de sus asistidos y, al mismo tiempo, un trabajo inédito que podrá proyectar y derivar otras líneas investigativas o aportes en esta materia. Felicito al autor y al editor por difundir esta profusa investigación para el bien común de toda la sociedad (en especial, de las personas destinatarias de la tutela del defensor) y de la comunidad jurídica en particular.

Federico Martín Feldtmann

Buenos Aires, 2 de julio de 2024

Resumen

El trabajo analiza la primera parte del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva del acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad y con base en una calificación cuatripartita de las funciones del Ministerio Público especializado. Sobre tales premisas concluye en la necesidad de la modificación de aquella norma. Para el planteo de tal reforma recurre al estudio de las 24 regulaciones locales y a los desarrollos doctrinarios disponibles antes y después de la reforma de 2015. Concluye con la sugerencia de una nueva redacción del mencionado artículo 103 del código vigente y reformas derivadas en el resto del articulado.

Índice

Introducción y plan de trabajo	1
I. Lo que el nuevo código omite	6
I.1. La representación.....	14
I.2. El carácter de parte	26
I.3. Brevísimo balance parcial	32
II. Lo que el nuevo código regula	33
II.1. La actuación principal y complementaria	33
II.2. Denominación	48
II.2.a. Dos regulaciones problemáticas del defensor de incapaces por falta de claridad en los conceptos	51
II.3. Capacidad.....	58
II.4. Nombre.....	60

II.5. Tutela.....	61
II.6. Protección de la vivienda	63
II.7. Filiación biológica paterna	66
II.8. Filiación adoptiva.....	67
II.8.a. Declaración del niño en situación de adoptabilidad	67
II.8.b. Discernimiento de la guarda preadoptiva.....	69
II.8.c. Emplazamiento adoptivo	70
II.9. Responsabilidad parental.....	71
II.9.a. Juicio de disenso.....	71
II.9.b. Alimentos	72
II.9.c. Oposición a juicio.....	75
II.9.d. Privación o suspensión de la responsabilidad parental como consecuencia de ciertos procesos penales seguidos a los padres	76
II.10 Disposiciones de Derecho Internacional Privado.....	78
II.10.a. Conversión de la adopción	78
II.10.b. Medidas urgentes de protección.....	81
II.11. Brevísimos balance parcial	81
III. Hacia una necesaria reforma	83
III.1. Estudio de regulaciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.....	83
III.2. La convivencia de las distintas formas de actuación del defensor (o las varias caras de una unidad)	111
III.3. Brevísimos balance: propuesta para un nuevo artículo 103 del CCyC.....	116
IV. Otras modificaciones necesarias. Ajustes necesarios para la adecuada defensa de los incapaces.	121

IV.1. Restricciones a la capacidad e internaciones por motivos de salud mental	122
IV.2. Tutela	122
IV.3. Protección de la vivienda.....	123
IV.4. Cuestiones de derecho matrimonial.....	123
IV.5. Adopción.....	125
IV.6. Responsabilidad parental	126
IV.7. Disposiciones de Derecho Internacional Privado	129
V. Conclusiones	130
Bibliografía y jurisprudencia (por orden alfabético)	133

Introducción y plan de trabajo

El acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad es una preocupación creciente de nuestras sociedades contemporáneas. A nivel universal, la Organización de las Naciones Unidas ha incluido dentro de sus Objetivos para el Desarrollo Sostenible una meta específica que conmina a las naciones del globo a “promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos” (meta tercera del objetivo dieciséis)¹.

En el ámbito judicial iberoamericano, la plasmación más concreta de esta inquietud han sido las llamadas “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”² aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana; a las que nuestro Máximo Tribunal Federal adhirió mediante la acordada n° 5/2009. Tanto la niñez como la discapacidad mental han sido consideradas específicamente por ese instrumento³.

¹ Véase <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/> [recuperado el 30/07/2023].

² Su versión más reciente puede consultarse en el sitio de la Cumbre Judicial Iberoamericana: <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/item/817-cien-reglas-de-brasilvia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito> [recuperado el 30/07/2023].

³ Reglas número cinco y siete.

Generalmente, en el estudio de estas cuestiones se ha privilegiado la cuestión de la justicia penal⁴ y a esa tendencia no han escapado los informes oficiales confeccionados por nuestro país en materia de personas menores de edad⁵.

Con relación al acceso a la justicia civil (comprensiva de todos los fueros e instancias no dedicados a la actividad represiva del estado) de las personas con discapacidad existe también una ingente opacidad pese a la existencia de una cláusula convencional específica que genera puntuales compromisos para nuestro país al respecto⁶.

Sin embargo, los estudios que han tratado la vinculación entre la vulnerabilidad en general y el acceso a la justicia civil han demostrado un contundente protagonismo de los problemas familiares que

⁴ AMADASI, Enrique, *Acceso a la Justicia y condiciones de desigualdad social: informe final*, Infojus, Buenos Aires, 2009, 2.

⁵ A nivel nacional y federal solo se cuenta con informes estadísticos oficiales sobre el contacto de los niños, niñas y adolescentes en contacto con la ley penal a nivel nacional y federal. En efecto, la Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes que funciona en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación solo ha publicado informes relativos a la justicia dedicada a las personas menores de edad en conflicto con la ley penal. Véase <https://www.csjn.gov.ar/bgd/> [consultado el 30/07/2023].

⁶ Un informe presentado al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU por parte de un conjunto de entidades de la sociedad civil y universidades nacionales argentinas ha destacado la falta de información accesible, desagregada y rigurosa sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Ver, WEICMAN, Uriel (coord.) “Informe alternativo: situación de las personas con discapacidad en argentina 2013/2017”, 2017, disponible en www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/10/InformeComiteDerechosPersonasDiscapacidadAgo2017.pdf.

demandan algún tipo de intervención legal. Y estos ganan en presencia cuanto más bajo es el estrato socio-ocupacional: la mitad de los hogares en condición de indigencia presenta un problema de esas características⁷.

La vulnerabilidad es, con todo, un concepto sumamente amplio. Este trabajo toma la propuesta de Basset, según la cual aquella es una función de proporcionalidad inversa con la factibilidad de resiliencia⁸. Es decir, cuanto menos probable sea que el individuo pueda responder a un medio hostil o reponerse del embate de un otro (individual o colectivo), más vulnerable será. Y condignamente, mayores serán los deberes nacidos en cabeza de los individuos, la sociedad y el estado; pues la vulnerabilidad es ante todo una perspectiva equiparante. Busca empoderar “al sujeto vulnerable para que, a partir de su individualidad, sus derechos y su autonomía pueda tomar sus propias decisiones, al tiempo que mide hasta qué punto puede responder por ellas y hasta dónde otros deberían proteger o responder y fortalecer su posición”⁹.

Del amplio número de sujetos que quedan abarcados por aquella noción, a este trabajo interesan dos grupos. De un lado, las personas menores de edad; de otro, aquellas con alteraciones mentales que les impiden dirigir de manera adecuada sus intereses personales o patrimoniales.

El derecho occidental conoció desde tiempos muy remotos magistraturas especializadas en la defensa de los dos grupos

⁷ AMADASI, Enrique, *Acceso a la Justicia y condiciones de desigualdad social: informe final*, Infojus, Buenos Aires, 2009, 19.

⁸ BASSET, Úrsula C. “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos ” En BASSET, Úrsula y otros, *Tratado sobre la vulnerabilidad*. La Ley, Buenos Aires, 2017, 19.

⁹ Ibid.

mencionados. La que convoca aquí nuestra atención ha sido emparentada con la pretura tutelar del derecho romano, creada por Marco Aurelio¹⁰ y —con ligazones históricas más nítidas— con la institución del *Pare d'Orfens* (padre de huérfanos) que estatuyó Pedro IV de Aragón en 1337¹¹, replicada luego en los dominios españoles de ultramar. En nuestras latitudes, ya se tienen registros del defensor de incapaces para fines del siglo XVI¹².

Claro está que la defensa de niños y personas con discapacidad no se hizo siempre del mismo modo, pues hubo de evolucionar conjuntamente con las concepciones de cada época relativas a la infancia y la salud mental. En este cuadrante, la reforma del Código Civil y Comercial de 2015 optó por una interesante continuidad institucional en el marco de un obligado cambio de perspectivas. Sus redactores han afirmado que la ética de la vulnerabilidad habría de inspirar principalmente la nueva codificación, con miras al logro de una igualdad real donde antes había solo simetrías abstractas, indiferentes a las inequidades que genera el mercado¹³.

La pervivencia de la antigua institución del defensor de incapaces en el nuevo derecho positivo se inscribe en aquel registro: al tiempo que se

¹⁰ Se trata de un funcionario romano especialmente facultado para el discernimiento de tutelas dativas, ante la falta de tutores testamentarios o legítimos, creado por un senadoconsulto debido a Claudio. Véase al respecto DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, 528.

¹¹ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1957, 357.

¹² LEVAGGI, Abelardo “El Régimen Civil del Menor en la Historia del Derecho Argentino” *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 23 (1972), 289-317.

¹³Ver *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2012, 524.

previó la conservación de una magistratura de antiquísimo abolengo en nuestras leyes, se abrió la oportunidad para reflexionar en torno a su diseño desde la perspectiva de vulnerabilidad más arriba expuesta. Tal es el movimiento que el derecho privado actual hace tras la superación del paradigma liberal – individualista¹⁴.

Pensamos, no obstante, que desde el punto de vista del acceso a la justicia de personas menores de edad y con discapacidad mental, la reforma introducida en 2015 resulta insatisfactoria en cuanto refiere a la magistratura investigada.

Hipotetizamos que ello obedece, cuanto menos, a tres razones. La primera es un generalizado rechazo a la idea de representación como técnica del derecho civil para remediar la incapacidad de hecho. La segunda, un mal trasplante de soluciones de derecho comparado que tienen una capacidad de aporte muy relativa cuando se trata de regular instituciones de marcada esencia vernácula. La tercera, una concepción negativa del sistema de justicia como parte integrante del mecanismo protectorio de los derechos del niño; con la paralela exacerbación de las intervenciones privadas (v. gr. “abogado del niño”) o públicas administrativas (órganos dependientes de los ejecutivos locales).

De corroborarse tales premisas, no será dudosa la necesidad de una reforma de la norma central relativa al defensor de incapaces, con sus naturales derivaciones aquí y allá a lo largo todo el código. Y como el derecho comparado ofrece solamente soluciones de limitada utilidad en esta materia, juzgamos que vale la pena explorar qué diseño se han dado para sí las 24 jurisdicciones que han convivido con esta magistratura desde los albores de su organización institucional. Nos referimos a las provincias argentinas y a la Ciudad de Buenos Aires:

¹⁴ BASSET, Úrsula C. “Desajuste evolutivo del derecho de familia y de las personas con relación al derecho civil” en *Estudios de Derecho Civil 2018 - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* (2019), 31.

todas ellas han evolucionado más aceleradamente que el código de fondo y se han topado con la necesidad de insertar reformas en los órganos que integran su sistema de justicia, incluido el que aquí convoca nuestros esfuerzos.

Por ello en las páginas que siguen nos proponemos, primeramente, determinar qué aspectos cruciales del funcionamiento de la magistratura mencionada han quedado fuera de la regulación de 2015 y, en segundo lugar, ubicar aquellas regulaciones que son contrarias o dificultan su función. Sobre la base de ambas comprobaciones, intentaremos buscar soluciones satisfactorias en las regulaciones provinciales, que conocen a nuestro defensor —como se dijo— desde hace más de cuatro siglos. Finalmente, con todos esos insumos teóricos disponibles, propondremos una nueva redacción para el art. 103 del Código Civil y Comercial vigente, con sus ajustes derivados en el resto de la normativa.

I. Lo que el nuevo código omite

La norma núcleo del actuar judicial defensor de incapaces en el Código civil y comercial de 2015 es el artículo 103. Su redacción, en lo que ahora interesa, es la siguiente:

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

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal:

i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;

ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;

iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En los fundamentos del anteproyecto, sus autores dijeron que esta manera de regular el instituto procuraba “dar fin a los debates generados en torno a la interpretación y aplicación del artículo. 59 del código civil vigente”¹⁵. Se trata de una meta ambiciosa porque la naturaleza del Ministerio Público especializado es en verdad compleja. Y es de lamentar que –ante la total carencia de debate parlamentario sobre el punto– no se hubieran introducido tampoco en este proemio mayores elementos acerca de cómo se esperaba lograr tal objetivo.

Atilio Álvarez, una de las voces más autorizadas en la materia, sostiene que la actuación del Ministerio Público especializado en personas con capacidad menos plena puede cumplirse por vía de cuatro funciones: representación, asistencia, control y dictamen¹⁶.

La tesis de Alejandro Molina fue parecida¹⁷. El anterior Defensor de Menores e Incapaces de Cámaras señaló el error en que incurría una muy extendida comprensión “judicialista” de nuestro defensor, según

¹⁵ Ver *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2012, 521.

¹⁶ Así lo ha sostenido, por caso, en el reciente dictamen dado en los autos “L., P. B. s/ determinación de la capacidad” 12/07/2023, c. 52706/2008, inédito.

¹⁷ MOLINA, Alejandro C. “La promiscuidad de un representante y el defensor del niño” *LL online*, cita: TR LALEY 0029/000252

la cual este debe actuar como una clase de “pre juez” que opina en derecho antes de la sentencia.

En cambio, Molina defendió la analogía de la magistratura analizada con el representante letrado de una de las partes que “promueve acciones, sostiene recursos o se limita a dictaminar, todo ello en forma conjunta con el representante necesario o, en defecto de éste, complementando al mismo o reemplazándolo cuando la acción del padre o tutor resulte perjudicial para el representado o porque directamente ha abandonado la intervención que le podía caber”.

La representación ejercida por el defensor ha sido uno de los aspectos más controvertidos de su función. Vélez aludía sin dobleces a tal forma de actuación en su artículo 59, pero las ideas de lo privado familiar se opusieron con fuerza a esta posibilidad. Surgieron así interpretaciones que buscaron limitar el programa velezano que en este aspecto era bien claro: en un primer momento se quiso excluir a los hijos bajo patria potestad del número de los representados. Y cuando la reforma de 1968 puso fin a este debate se afirmó que el artículo, cuando hablaba de la “representación” del defensor, en realidad quería referir solamente a la “asistencia y control” que el defensor debía cumplir respecto de padres, tutores y curadores.

Las funciones de asistencia y control en cambio, no han sido mayormente discutidas. Como decíamos en el párrafo anterior, prestigiosa doctrina ha visto en ellas la verdadera y excluyente misión del defensor, en su calidad de sucedáneo local del consejo de familia creado por el *Code* de Napoleón.

Esta visión tuvo importantes representantes parlamentarios, a poco que se consideren los primeros antecedentes legislativos referidos a la magistratura estudiada. Así, durante el debate de la ley de fe de erratas al Código Civil el Senador Pizarro afirmó que

“la intervención del Ministerio de Menores reemplaza lo que en la legislación francesa se denomina el Consejo de familia [que] no administra, inspecciona, vijila (sic) la administración de los representantes necesarios”¹⁸.

La “asistencia” a la que se alude en esta categoría tiene contornos difusos. Algunas veces se la ha entendido en su sentido técnico, como fórmula de complemento de una actividad de otro órgano que retiene para sí la capacidad de iniciativa¹⁹. Dentro de este grupo, hay quienes ven la posibilidad de que tal asistencia —*stricto sensu*— perfeccione la actuación del asistente o representante necesario. Según veremos enseguida, esta comprensión es muy propia de la escuela de Llambías.

Otros han reflexionado que la asistencia del defensor se dirige a la persona con capacidad menos plena: aparece en aquellos dominios del derecho en los cuales la decisión pertenece a la esfera personalísima del sujeto, por lo cual jamás podría el magistrado actuar a título de representante, y verá limitada su actuación a prestar su conformidad u oponerse al acto que involucre a esa peculiar clase de prerrogativas (v. gr. contraer matrimonio o divorciarse)²⁰.

En otras ocasiones, la asistencia fue comprendida como sinónimo de orientación, asesoramiento u acompañamiento, y no en términos de estricta técnica de derecho civil. Esta captación *lato sensu* del concepto

¹⁸ CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN ARGENTINA, Discusión de la fe de erratas y correcciones al Código Civil propuestas por el senador por Tucumán Don Benjamín Paz y la Comisión de Legislación. Imprenta de Obras de La Nación, Buenos Aires, 1879, 169.

¹⁹ Es decir, en los términos que recoge hoy el art. 102 del CCyC de modo general, con aplicaciones concretas en los casos de ciertos supuestos de restricción a la capacidad cautelar o definitiva (arts. 34 y 32) y en los de prodigalidad (art. 49).

²⁰ Este es el criterio de José Atilio Álvarez, según consulta el hecho por el autor del trabajo en la entrevista concedida al efecto el 31/07/2023.

constituye un ejercicio frecuentísimo en la práctica cotidiana, aunque tal vez menos visible. La peculiar posición del defensor en el esquema institucional argentino le permite colaborar de aquel modo con los sujetos destinatarios de su defensa, sus representantes o asistentes sin comprometer su función; pues no tiene un deber de imparcialidad como el que preside a la actividad de los jueces.

Esta tarea tiene una impronta social relevante y permite ver hasta qué punto la magistratura estudiada proyecta su radio protector aun por fuera del debate judicial. Tan es así que algunas leyes provinciales encargan al defensor colaborar de este modo no solo con los capaces menos plenos, sus asistentes o representantes, sino también con las instituciones de la sociedad en general para una más perfecta protección de los intereses de los primeros. Volveremos sobre este punto al estudiar las regulaciones orgánicas subnacionales.

Tampoco ha cabido conflicto alguno en torno a las facultades dictaminantes de nuestro defensor. En efecto, las lecturas más restrictivas de su actuación han colocado sus deberes en el cuadrante de la emisión de una simple opinión vertida en juicio.

Esas nociones operan sobre una tácita equiparación del defensor de incapaces con el fiscal civil, que en nuestro medio actúa generalmente por vía de dictamen, sin constituirse por regla en parte del proceso ni representar a ninguno de los sujetos involucrados en el debate. Han sido especialmente consideradas en intentos de reforma del código de Vélez²¹ y, según intentaremos demostrar más adelante, han reaparecido

²¹ El proyecto de reformas al Código Civil de 1936, que trabajó sobre el anteproyecto de Bibiloni, propuso eliminar al Ministerio Público de Menores e Incapaces y transferir varias de sus funciones al fiscal civil. Los autores de la comisión reformadora exteriorizaron un frontal rechazo a la magistratura de la defensa: Salvat y Lafaille defendieron esta idea de unificar las tareas de fiscales y defensores, en el entendimiento de que la intervención de estos últimos dificultaba la marcha de los

con contundencia en la codificación de 2015, merced a la fuerte influencia que tuvo en esta última el derecho del occidente continental europeo.

El rechazo a esta idea de Ministerio Público especializado meramente dictaminante o informante no significa que el defensor estudiado no cumpla a veces su función de esta manera. Hay concretos supuestos donde aquel se limita a plasmar su criterio sin formular concreta petición.

El caso más visible es el que tiene lugar cuando una de las partes de un proceso que involucra incapaces ataca una resolución consentida por el magistrado de la defensa. En tal supuesto este último no integrará la incidencia que se abre con el remedio; pero igual estará llamado a expresarse desde el punto de vista de los intereses que defiende.

Un interesantísimo plenario de la cámara civil capitalina sobre la magistratura estudiada estudió esta cuestión²². Se preguntó el pleno de la alzada nacional si el defensor de incapaces de cámara estaba facultado para desistir, implícita o explícitamente, de los recursos articulados por sus colegas de la anterior instancia. El tribunal quedó

juicios. El segundo de los juristas llegará a afirmar, en una observación individual al anteproyecto de Bibiloni, que el “Ministerio Pupilar” pese a su antiguo abolengo en el país no había dado las ventajas que habían justificado su creación. En su concepto, bastaba con jueces y fiscales para la protección de los incapaces y debían seguirse con atención las alternativas vinculadas al consejo de familia y a los tribunales especializados. Véase Comisión Reformadora del Código Civil, *Reforma del Código Civil, observaciones y actas de la comisión*, Kraft, Buenos Aires, 1938, T° I, 41 y 254.

²² CNCiv, en pleno, 03/09/1951, “Casa Escasany S.A. c. Escasany, Manuel”, *LL online*, cita: AR/JUR/18/1951.

empatado en votos, lo que forzó un desempate por parte de un integrante de la cámara comercial.

En cualquier caso, la postura que finalmente quedó en minoría con relación a ese aspecto puntual expresa el criterio que —sin debate— se aplica cuando las apelaciones provienen de otros sujetos procesales.

Los doctores Aráuz Castex y Méndez Chavarría encabezaron la respuesta negativa al interrogante propuesto al pleno, a la que se adhirieron Agustín Alsina, Podetti, Baldrich y Funes. En esencia, manifestaron que en todo caso lo que podía hacer el defensor de segunda instancia era dictaminar en contra de la procedencia del recurso articulado por su par de primer grado; mas ello no pasaba de ser una opinión para ilustrar al tribunal. El voto de Méndez Chavarría es explícito sobre el punto:

“[La opinión del defensor de cámara] podrá ser favorable o no a la tesis sostenida por su colega de 1ª instancia en algunos casos y lógicamente debe darla, pero ello no puede pasar legalmente de ser una opinión más que inclinará o no la resolución definitiva en la alzada sin que ello deba llegar a la no consideración de la apelación concedida, por estimar desistido el recurso.”

El juez mercantil que votó para el desempate, si bien se adhirió a la tesis según la cual sí cabe el desistimiento por el defensor de segunda instancia, sostuvo que éste sí está llamado a ejercer una función de dictamen cuando el recurso es interpuesto por las otras partes:

“Debe distinguirse el caso en que el funcionario en cuestión es simplemente una parte necesaria, legítima y esencial en el juicio por revestir la representación promiscua de los menores que le encomienda la ley [...] de aquel en que, en ejercicio de la misma misión, es dueño de un recurso y única parte apelante. En el primer caso, claro está, que su dictamen significaría una colaboración, un asesoramiento para el tribunal encargado de decidir; pero en el segundo, el pedido de confirmación del

pronunciamiento de 1ª instancia, implica el desistimiento del recurso interpuesto por el asesor de 1ª instancia”.

Otra función de estricto dictamen se observa en los casos de elevación en consulta previstos por los art. 253 *bis* y 633 parte final del CPCCN. El mecanismo de consulta no comporta un recurso (en rigor, la existencia de una apelación lo excluiría) sino simplemente una garantía adicional del ciudadano: la sentencia que limita su capacidad será indefectiblemente revisada en segunda instancia aunque no haya impugnación.

Sin embargo, aquella actuación del defensor en cámara es preceptiva según lo determinan los dos artículos mencionados. Y a tal punto es ajena a la lógica recursiva o requirente esta intervención dada al Ministerio Público especializado que se excluye su bilateralización: el dictamen se dirige solo y exclusivamente a la cámara, que deberá pasar a resolver “sin otra sustanciación”.

Recapitulando, el debate en torno a la función del defensor de incapaces con el que se encontró el legislador reformador de 2015 puede ilustrarse de la siguiente manera:



1.1. La representación

La primera noción que aparece invisibilizada en la legislación del quince es la de representación.

La ley velezana informaba que *“a más de sus representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores”*. La nota representativa era particularmente enfática: el Ministerio Público especializado era colocado en igual línea que los representantes naturales y luego se aclaraba que este órgano actuaba como un auténtico representante de manera indiferenciada o promiscua.

La solución encajaba satisfactoriamente con el artículo anterior del mismo cuerpo legal²³, que aclaraba que la representación era el único modo de sortear las barreras que la inmadurez o la afectación en la salud mental imponen a las personas humanas.

²³ Art. 58 del Código Civil.

Las posteriores reformas fueron matizando la solución, haciéndola más sensata y elástica. Borda añadió la posibilidad de acudir al régimen de asistencia, menos enérgico. Y la reforma de 2010 (ley 26.657) completó el tránsito, en virtud del cual debía diseñarse para cada sujeto en particular una respuesta basada en sus concretas necesidades de colaboración: a veces la representación, a veces la asistencia, a veces un mosaico de ambas según la naturaleza del acto del que se trate.

El código hoy vigente, pese a la pretensión de sus creadores, optó por dejar el asunto del carácter de la actuación en el ámbito de la indefinición. Nótese que la ley actual se abstiene de definir con qué carácter ejerce sus funciones el defensor especializado. Simplemente dice que actúa, pero no dice cómo.

La omisión no es accidental. Se enmarca en una genérica desconfianza hacia la representación legal como técnica del derecho civil para afrontar el fenómeno de la falta de discernimiento, ya sea total o parcial. Tanto en materia de niñez como en salud mental se ha construido una narrativa que señala a la representación como estrategia autoritaria mediante la cual un poderoso subordina a un vulnerable y niega con ella su subjetividad o la posibilidad de plasmar sus preferencias en el mundo exterior. La perspectiva descansa sobre consideraciones ideológicas y captaciones históricas que estudios contemporáneos ya han demostrado erradas²⁴.

²⁴BASSET, Úrsula, C. “Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2010 (octubre), 228. La autora demuestra con abundancia de citas historiográficas y antropológicas el modo en que en torno a la obra de Philippe Ariès “*L’enfant et la vie familiale sous l’ancien régime*” (1960) se edificó “el arquetipo históricamente no verificado del padre medieval insensible a las necesidades de sus hijos”; pese a la abundante literatura científica que evidenció el interés dispensado a la niñez en sí misma durante el medioevo y en el Derecho Canónico.

El artículo 639 inc. “b” del código vigente sintetiza en parte su orientación en la materia. Cuando estatuye que la responsabilidad parental se rige por el principio de autonomía progresiva del hijo establece una fórmula de proporcionalidad inversa: “A mayor autonomía [del hijo menor de edad], disminuye la representación de los progenitores”. Se trata de la transcripción textual de una de las variantes de la regla *Gillick-competence*, de factura antigua y en otra tradición jurídica. Sus problemas para dar soluciones generales se evidenciaron en su propia latitud de origen y a muy poco de andar²⁵.

A su turno, la otra representación vinculada a la menor edad, la tutela, aparece muy limitada y embarazada aun del sesgo patrimonial con la que fue concebida por Vélez. En efecto, si bien el código vigente reconoce que la institución se orienta a la protección de la persona y los bienes del niño privado de cuidados parentales (artículo 104); cuando se adentra en su ejercicio limita –justamente– la representación del tutor a “*todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial*” (artículo 117).

Paralelamente, en el ámbito de la discapacidad mental se afirmó que la representación como noción era contraria al modelo impuesto por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que nuestro país elevó a jerarquía constitucional (ley 27.044). Así, se dijo que cualquier facultad representativa otorgada a la persona de apoyo avanzaba hacia un esquema de sustitución de voluntad, prohibido por el instrumento internacional²⁶. La solución seguida por el código

²⁵ Ibidem.

²⁶ RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (REDI) y CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/01/Principios-de-interpretaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-CCCN.pdf> [recuperado el 19/07/2022].

vigente, evidentemente, no es esta a poco que se lean sus artículos 32 *in fine*, 34 y 101 inc. c²⁷.

Pero aquella manera de comprender el asunto ganó rápido predicamento en ciertos ámbitos que, enfrentados de todos modos a la realidad de las discapacidades mentales graves, recurrieron a veces a eufemismos como la muy inespecífica noción de *apoyo intenso*²⁸ y a veces a fórmulas inasibles desde la técnica civil.

En un reciente pronunciamiento se llegó a decir que “[e]n algunos casos, por excepción, la asistencia podrá consistir en que el apoyo

²⁷ Puede verse un estudio más profundo acerca de la permeabilidad del código a las funciones de apoyo representativas en LAFFERRIERE, Jorge Nicolás “La recepción del modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad en los Tribunales Nacionales” *La Ley* 82 (16).

²⁸ El giro parece estar ganando carta de ciudadanía en los repertorios jurisprudenciales sobre la base de su presencia en el inciso “j” del preámbulo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Un reciente pronunciamiento de la Sala J de la Cámara Nacional Civil afirmó que apoyo intenso y apoyo con facultades de representación deben ser comprendidos como sinónimos. Véase del tribunal citado, 20/10/2022, “F. G. E. s/ determinación de la capacidad”. En idéntico sentido se expresó la Sala C del mismo tribunal al decir que los “apoyos con facultades representativas [...] son denominados por la doctrina como “apoyos intensos”, fallo del 22/04/2022, “Z., J. F. s/ determinación de la capacidad”, causa n° CIV 006185/2021/CA001. También fue tal la orientación de la Sala D capitalina, en su fallo del 04/03/2022, autos “O., A. H. s/ determinación de la capacidad” c. CIV 013133/2009/CA001. Todas estas resoluciones fueron obtenidas el 18/06/2023 del Centro de Información Judicial <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>.

detente facultades de representación” (énfasis agregado)²⁹. Se ha hablado, para saltar el escollo también, de “representación no sustitutiva”, noción que requiere muchas salvedades para no caer en la autocontradicción³⁰.

Desde el ángulo doctrinario, Magdalena Giavarino ha sido una firme defensora de la tesis contraria a toda forma de representación por parte del Ministerio Público³¹, aunque su propuesta replica la incógnita que genera el código: la autora sostiene que nuestro magistrado no representa, sino que “interviene” en los procesos que interesan al incapaz, pero no dice en qué consiste tal intervención.

La postura de Tobías, con la que en parte discrepamos, es no obstante mucho más completa y satisfactoria. El autor ha visto en la redacción del artículo 103 del CCyC un aval a su anterior lectura del artículo 59 del código de Vélez. Y por ello sostiene que la regla es que el defensor no representa a los incapaces, sino que asiste a sus representantes necesarios. Y que, por excepción, se le confiere cierta facultad representativa, que serían los casos ahora contemplados en el inciso b

²⁹ CNCiv, Sala A, 02/03/2022, “A. C., J. C. s/ determinación de la capacidad”. Inédito. Obtenido mediante consulta en el sitio web del Centro de Información Judicial.

³⁰ Cámara de Familia de Mendoza, 23/03/2018, “G., A. C. s/ insania”. Hemos hecho un comentario favorable a la sentencia en general en “Restricciones enérgicas a la capacidad civil: la innovación sensata”, *Revista de Derecho de Familia de las Personas* 2019 (febrero), 235. Comprendimos que en esa oportunidad lo que el tribunal estaba regulando eran las relaciones internas entre interesado y persona de apoyo y no las de esta última con terceros; puesto que en este último ámbito necesariamente la representación comporta sustitución.

³¹ GIAVARINO, Magdalena B., “El Ministerio Público en el Código Civil y Comercial de la Nación. Una interpretación sobre su actuación” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2015 (diciembre), 179.

del artículo 103 del código³². Este posicionamiento es análogo al defendido por Llambías en su hora³³.

Decíamos que discrepamos con tal comprensión. Es que, de estar al propio esquema del autor en otra obra³⁴ la asistencia comporta una gradación jerárquica entre dos órganos que expresan su voluntad. La que podríamos llamar principal (que en el razonamiento del civilista ostentarían padres, tutores, curadores y apoyos) que goza de la iniciativa para el ejercicio del acto; y la secundaria (asignada al defensor en este enfoque) que interviene a mero título de autorización.

Está dinámica no podría explicar abundantes y trascendentes supuestos de actuación del defensor de incapaces.

Piénsese por ejemplo en los arduos juicios sobre régimen de comunicación. Generalmente, la contienda está trabada entre los dos titulares de la responsabilidad parental. Y cada uno de ellos desde su visión podrá auspiciar soluciones de signo contrario, por caso, un sistema de contacto amplio la parte actora y su supresión total la demandada. Si el representante del Ministerio Público especializado juzga que ninguna de las dos alternativas es enteramente conveniente para el interés que representa, es claro que podrá proponer una tercera (v. gr., una comunicación supervisada). He ahí un nuevo y prístino acto representativo: se formula una propuesta en igual línea de iniciativa que los otros dos representantes de la persona menor de edad pero de

³² TOBIÁS, José W., *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº I, libro digital.

³³ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 1973, Tº I, 416.

³⁴ TOBIÁS, José. W., *La inhabilitación en el Derecho Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1992, 126-127.

contenido diverso, lo cual significa que no asiste a ninguno de aquellos; sino que representa directamente a este.

También es lo que ocurre en el ámbito patrimonial —por ejemplo— cuando los representantes naturales del niño desean disponer de dinero titular de éste de determinada forma. Bien puede el defensor formular oposición a ese destino y, según las particularidades de la causa, requerir que se apliquen los fondos para la adquisición de otros bienes (que la persona menor de edad desea adquirir o que redundarán en un provecho material manifiesto para ella). Aquí nuevamente no hay asistencia del padre o tutor, sino el ejercicio prístino de una representación de la persona menor de edad.

Tal perspectiva tiene su referente más antiguo en Machado, quien defendió ya a fines del siglo XIX la concepción amplia de la intervención del defensor de incapaces, no solo en cuanto a los sujetos destinatarios de su actuación sino también respecto al alcance de su ministerio. En efecto, para el autor, el titular de la magistratura estudiada debía ejercer “la representación simultánea con la del representante necesario [...] suplirla y aun contrariarla, según los casos”³⁵.

Más contemporáneamente, Scherman³⁶ y Montalto³⁷ han señalado — con apoyo en una perspectiva histórico - evolutiva de la magistratura que las avala— que la búsqueda de excluir la intervención del defensor

³⁵ MACHADO, José Olegario “*Exposición y comentario del Código Civil argentino*”, Lajouane, Buenos Aires, 1898, Tº I, 121 y ss.

³⁶ SCHERMAN, Ida Ariana “El rol del Asesor de Incapaces, los Derechos del Niño y la Reforma Constitucional” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (dir.) *La familia en el nuevo Derecho* Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009, 326-340.

³⁷ MONTALTO, Ana María “Intervención del Asesor de Menores” cit. en TESTA, César “El asesor letrado como representante promiscuo : Legitimación para recurrir”, *SAIJ* (11/04/2011) ID: DACF110019.

en la gestión de los representantes necesarios es tan antigua como la propia magistratura. Y que por eso, cuando el decreto-ley 17.711 puso fin a las dudas sobre la actuación del defensor en favor de los hijos sometidos a la patria potestad³⁸; se forzó una migración del debate hacia el modo de su actuación, negándose la función representativa y sosteniendo que ejercía una “asistencia y control” de los representantes necesarios.

Revsin comparte esta lectura y aporta un argumento constitucional. Sostiene que la consagración del Ministerio Público en el artículo 120 del texto reformado de la Constitución Nacional de 1994 pone fin a cualquier duda en este cuadrante. Para la autora, si la misión constitucional del órgano es “promover la justicia” se le está ordenando que accione por sí, sin que el texto de la ley fundamental lo supedite a la actuación de ningún padre, tutor o curador³⁹.

Con pie en el código actual, Baliero de Burundarena —en la obra dirigida por la Dra. Marisa Herrera y los Dres. Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso— ha defendido sin ambigüedad la función

³⁸Existió una amplia discusión desde la sanción del código de Vélez hasta su reforma en 1968 respecto de si la magistratura estudiada debía representar a los hijos sometidos a la autoridad paterna. El eje de la cuestión fue que Vélez no hubiera mencionado a los padres entre los representantes necesarios de los niños en el art. 57 de su obra; al tiempo que el art. 59 aludía a la actuación del defensor “a más de los representantes necesarios”.

³⁹ REVSIN, Moira, Legitimación del defensor de menores para interponer la acción del artículo 259 del Código Civil, *LL online*, cita: TR LALEY 0029/000137.

representativa del defensor en el código vigente, con expreso rechazo a la idea de asistencia a las personas vulnerables por las que actúa⁴⁰.

Y también ha sido esta la tesis de Moreno, para quien las prescripciones del artículo 103 del CCyC no son sino la expresión de la dinámica defendida en su hora por Machado: manda al magistrado a ejercer una representación en coordinación con los representantes legales o actuando en reemplazo y hasta en contra de ellos cuando no amparan a la persona por falta, exceso o defecto de intervención⁴¹.

Coincidimos con estas lecturas, y creemos que la buena interpretación de las funciones ministeriales no puede desembarazarse de ellas. Mas la supresión de la noción representativa en el texto de la ley constituye un severo escollo que conviene superar legislativamente para evitar comprensiones regresivas de la actividad de nuestro defensor.

Como dijimos en la introducción, la afirmación del carácter representativo de la función ministerial no comporta la negación de otras formas de intervención, también valiosas, entre las que especialmente destaca la de contralor. Esta efectivamente se ejerce con relación al representante y no al representado, mas ello no crea entre aquel y el magistrado una relación jurídica de asistencia; sino de vigilancia.

No hay una contraposición entre estas las funciones ministeriales; sino que todas ellas confluyen y persiguen el mismo fin: la protección del interés prevalente de la persona con capacidad menos plena. En tanto

⁴⁰ BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles. Comentario al art. 103. En HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus, 2022, Tº I, 217-218.

⁴¹ MORENO, Gustavo D., “La representación adecuada de niñas, niños y adolescentes. Rol del ‘asesor de menores e incapaces’” en FERNÁNDEZ, Silvia E., *Tratado de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, La Ley, Buenos Aires, 2015, 2695-2717.

que el defensor de incapaces actúa, con relación a esta, representativamente; lo hace a título de controlante con relación a los otros sujetos llamados a colaborar con el incapaz de ejercicio (llamamiento que puede realizar este último, la ley o el juez).

Esta actuación bifronte ya fue conocida por Vélez que, a la par que estatuyó una representación general de los incapaces en el artículo 59 de su código; diseñó el ejercicio de la tutela “bajo inspección y vigilancia” de la magistratura que en este trabajo se estudia. Se trata de un dato particularmente significativo si se tiene en cuenta que, como se verá, la regulación de la tutela fue la columna vertebral del régimen protectorio de todos los incapaces.

Tal aspecto de las funciones del defensor ha sido generalmente reconocido en el marco de la teoría general del Derecho Civil, más puntualmente en el estudio de la representación de origen legal. En efecto, siempre se ha señalado como uno de los caracteres típicos de esa representación el de ser controlada y en tal tarea de control se ha incluido invariablemente al Ministerio Público^{42 43}.

⁴² ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Alessandri, Córdoba, 1961, 184. El autor justamente refiere, en términos generales, a la vigilancia que ejerce el Ministerio Público con relación a los representantes necesarios.

⁴³ Llambías alude a una representación “dual y conjunta” de los representantes necesarios; aunque el autor precisa su tesis en el sentido de que la tarea del defensor de incapaces no es representativa sino de “asistencia y contralor”. Ver LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, 415 y 421. Salvat, a su turno, reconocía el carácter dual de la representación pero —parecidamente— asignaba al Ministerio Público una tarea “fiscalizadora” de la actuación de padres, tutores y curadores. Ver SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino (parte general)*, Librería y Casa Editora de Jesús Méndez, Buenos Aires, 1931, 325 y 330.

El lector advertirá que nos hemos cuidado de aludir no solamente a los representantes y asistentes enumerados en los arts. 101 y 102 del código como destinatarios de la tarea de control ejercida por esta magistratura. Y ello es así porque contemporáneamente el número de intervenciones representativas o de acompañamiento de incapaces se ha ampliado significativamente. Así ocurre con el caso del guardador que puede ahora tener funciones representativas⁴⁴, lo mismo que el delegatario de la responsabilidad parental⁴⁵ o el progenitor afín al cual también se le acuerda una limitada representación⁴⁶.

En cualquier caso, no parece posible poner en duda que la representación como noción estructurante de la adecuada defensa de niños y personas con alteraciones mentales graves se ha disipado. La manifestación más clara de esto es la eliminación de toda referencia al actuar representativo en la norma sucedánea del antiguo artículo 59 del código de Vélez.

Aún más problemáticamente, los casos del art. 103 inc. b —en los que destacada doctrina como la de Tobías han identificado una actuación representativa— se han regulado con base en un binomio que reconoce las facultades representativas de los padres, tutores, apoyos y curadores y, aparentemente, las niega al defensor. Así, el inciso primero de la cláusula refiere a la convocatoria de este cuando media compromiso de los derechos del incapaz y “existe inacción de los representantes”. Y similar es la técnica observada en los incisos ii y iii referidos al incumplimiento de los deberes de “los representantes” y a los procesos tendientes a proveer la representación legal.

No es dudoso que en estos últimos casos el defensor ejercerá una representación, pues actuará en interés del niño ejerciendo el acto del

⁴⁴ Art. 104 CCyC.

⁴⁵ Art. 643 CCyC.

⁴⁶ Arts. 673 y 674 del CCyC.

que se trate. Pero la economía de los textos mencionados evidencia una contundente resistencia a tal modo de obrar por parte de la magistratura especializada, aun en supuestos de verdad críticos como los recogidos por el inciso “b” del art. 103.

Las funciones de vigilancia y dictamen —que no han sido resistidas en general, como se dijo— no parecen en cambio disputadas en los textos actuales. Ciertamente no se las define de tal modo, pues el código habla de “actuación” sin especificar de qué modo se cumple. Pero como algún alcance debe dársele a las palabras empleadas por el legislador, resulta sencillo fincar en el texto actual facultades del tipo mencionado antes que de estricto talante representativo. A su turno, la calidad procesal con la que el código parecería convocar la actividad del defensor especializado corrobora esta idea, tal como se verá en el apartado siguiente.

Como quien puede lo más puede lo menos, es claro que en el sistema de Vélez el defensor tenía poderes – deberes de asistencia, control y dictamen porque estaba instituido de un peculiar encargo representativo. La aptitud prudencial exigible a toda magistratura moderna⁴⁷ conducía a que ponga en marcha sus funciones más o menos enérgicamente según el caso.

La aparente supresión de la función representativa invita a ver un renacer del defensor – órgano de vigilancia, muy al estilo del Consejo de Familia francés como se quiso en otras épocas. La representación, sino extinguida, aparece limitada a un escueto número de escenarios que —como veremos— es insuficiente para dar cuenta acabada de los escenarios donde el interés del incapaz la reclama.

⁴⁷ VIGO, Rodolfo Luis y GATTINONI DE MUJÍA, María *Tratado de Derecho Judicial*, Abeledo Perrot, 2013, Tº I, Sección 8, Capítulo XXI (formato *e-book*).

1.2. El carácter de parte

También fue suprimido en el nuevo código el carácter de *parte* de la magistratura estudiada.

El artículo 59 del código de Vélez informaba que el Ministerio Público sería “parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos”. Ninguna previsión similar se hace en el código actual y ello entraña problemas de verdad relevantes.

Cabe decir más, el legislador actual parece haber querido negar tal calidad al Ministerio Público si se tiene en cuenta la poco feliz redacción del artículo 608 del código vigente que, con relación al juicio de adoptabilidad en particular, reconoce el carácter de parte al niño y a sus progenitores (incisos a y b) en tanto que se lo niega al Ministerio Público poniéndolo a la misma altura –y en un orden posterior– al del órgano administrativo local (incs. c y d).

El asunto no es problemático en ese concreto escenario ni en los que se le parecen porque, si se acepta nuestra premisa del carácter generalmente representativo del actuar ministerial, en la medida que se le reconoce calidad de parte al niño; también la ostenta su representante legal. Hace a la esencia de la noción representativa esta idea. Un completo trabajo de Silvia Fernández apoya esta visión⁴⁸.

⁴⁸ FERNÁNDEZ, Silvia E. “El rol del Ministerio Público en el nuevo Código Civil y Comercial” *Revista del Ministerio Público* 16 (2015), 13. La autora sostiene que el rol de parte aparece cuando se ejerce la acción en interés del niño, lo cual encuadra –a su ver– en un supuesto de “actuación principal”.

La solución, en cambio, es tremendamente delicada cuando el incapaz no es parte en la contienda pero es necesario, de todos modos, velar por sus intereses que resultarán alcanzados por ella.

Ya hemos expuesto el caso frecuente de los regímenes de comunicación y puede pensarse también en los de divorcio en que se arriban acuerdos conciliatorios con relación al régimen de vida de los hijos menores de edad (arts. 438 y cctes. CCyC). Nadie discutiría que en tales procesos el niño no es parte, pero tampoco que el resultado de estos alcanzará –muchas veces de manera drástica– sus intereses.

Similar es también lo que ocurre en las contiendas trabadas en los términos de los artículos 642 y 645 del CCyC, cuando un progenitor se opone a un acto de crianza decidido por el otro o se niega a dar su consentimiento a una de las decisiones que requieren el consentimiento expreso de ambos. Aquí es necesario requerir la venia jurisdiccional y los contendientes debaten en torno a sus potestades – deberes de crianza. Es claro que la persona menor de edad no es actora ni demandada, pero la intervención del Ministerio Público es, de todas maneras, preceptiva en los términos del artículo 103 del CCyC.

Vélez resolvió el asunto magníficamente al introducir una noción procesal heterodoxa en su obra: la afectación de determinado interés valioso, titularizado por quien no es parte en el juicio, autoriza a erigir en parte a un representante suyo, con todas las potestades procesales anejas a ese rol (recusar, recurrir, ofrecer prueba, proponer otras diligencias, etcétera).

Mucho tiempo después, la escuela italiana del derecho procesal reflexionó arduamente en torno a estas dificultades. Sus esfuerzos teóricos son de cita imprescindible porque han logrado como pocos cifrar la complejidad del órgano estudiado.

Pero es necesario hacer la siguiente prevención: los ordenamientos positivos considerados por aquella escuela no conocieron ni conocen la peculiaridad de la rama especializada que nuestra ley previó para la defensa de los intereses de los incapaces. La advertencia es muy trascendente porque, en nuestra comprensión, su omisión conduce a regulaciones escasamente compatibles con la naturaleza de las funciones del defensor. Volveremos sobre esto al estudiar el texto del actual artículo 103 del código.

Carnelutti dedicará arduos esfuerzos intelectuales a desentrañar la naturaleza jurídica del Ministerio Público. Su teoría parte de una premisa que mucho sirve a este trabajo: la razón de ser del órgano no es que existan intereses públicos en todo litigio que convoca su intervención, sino la presencia de un interés público en la protección de determinados valores allí concernidos. Cuando ello se corrobora, dice el udinés, la acción no puede confiarse –o al menos no enteramente– a la parte natural o su sustituto y por ello se crea el Ministerio Público como órgano adscripto a su ejercicio⁴⁹.

En otra obra, el mismo autor reflexionará que si bien el Ministerio Público se encuentra dentro de lo que él llama *oficio judicial* (que nosotros podríamos definir como “sistema de justicia” para ganar en claridad) tiene una “posición intermedia entre el juez y la parte: lo mismo que el juez, es un oficial y forma parte del oficio judicial, lo mismo que la parte, su cometido no consiste en proveer en orden a la formación o integración de los preceptos [...] sino en promover la providencia”. Y por ello, cuando el maestro avanza en sus reflexiones y llega a estudiar las obligaciones del órgano, concluye que está –por ambiguo o paradójico que suene– ante una **parte imparcial, una especie de “puente entre el juez y la parte”** que tiene la titularidad de los derechos y potestades propios de esta; pero las obligaciones y

⁴⁹ CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, 144.

deberes –y no las “cargas”, que son definicionalmente partidarias– de aquel⁵⁰.

No ha de extrañar que estos desarrollos fueran seguidos por uno de los primeros discípulos de Carnelutti⁵¹, Giovanni Cristofolini. Con menos poesía pero más claridad, este autor –sin despegarse por motivos históricos de la ubicación conceptual del Ministerio Público dentro de la esfera administrativa– reputará al órgano como **“parte en sentido formal, libre de todo vínculo con los sujetos de la relación jurídica material”**.

Y en sintonía con su maestro, fundará la necesidad de este tipo de magistraturas en los límites que provee la lógica privatística del proceso para la tutela de ciertos intereses indisponibles. Por ello dirá que las exigencias técnicas del proceso civil impiden que aquellos intereses sean tutelados sin instancia de parte (*nemo iudex sine actore*). Y aun cuando la instancia sea promovida, “existe la razón psicológica para no dejar [tales intereses] exclusivamente a cuidado del juez, de que este, habituado al proceso dominado por el poder dispositivo de las partes, quizá sea menos vigoroso en [su] defensa autónoma”⁵².

⁵⁰ Ibid., *Instituciones del Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1956, 305 y 310.

⁵¹ Gozáini enseña que Cristofolini fue uno de los pocos junto con Giacomo Primo Augenti que se reconocieron como discípulos inmediatos de Carnelutti, dimensionando en su propia época la dimensión de su obra. Ver GOZAINI, Osvaldo, “Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días” en <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/07/Evoluci%C3%B3n-y-semblanzas-en-el-derecho-procesal.pdf> [recuperado el 30/07/2022].

⁵² CRISTOFOLINI, Giovanni “Sulla posizione e sui poteri del pubblico ministero del processo civile” *Revista di Diritto Processuale civile*, 7 (1930), 53. Citado en PRIETO

La recepción más prestigiosa de esta escuela en nuestras latitudes llegará con un artículo de la Dra. Highton de Nolasco⁵³, por entonces defensora de incapaces también. Frente a los desafíos de su época, la autora encontrará en la noción de “parte” del defensor especializado la clave de bóveda de una defensa tan intensa y eficaz como la demandase el concreto interés del incapaz concernido en el proceso.

Nos parece que, por su fecha de aparición y profundidad, la apuesta de la Dra. Highton de Nolasco es particularmente valiosa. Sin disputar la tan resistida “representación” general del defensor, dirá que su carácter de parte lo conmina a pedir en forma independiente, no por su propio derecho, sino pidiendo la protección de la pretensión del incapaz al órgano jurisdiccional.

Al final del día, en el carácter de parte autónoma Highton finca una representación: pedir uno en interés de otro con efectos jurídicamente relevantes es exactamente eso. Y ello da la pauta de hasta qué punto ambas nociones se comunican e implican recíprocamente.

Ya mucho más próximos a nuestros días, aparece una interesante reflexión en la materia por parte de Osvaldo Gozaíni. El autor no se adentra en las complejidades de la magistratura que nosotros aquí estudiamos, pero trae a cuento la idea de *triangularización* (nosotros diremos triangulación en lo sucesivo, por sencillez) de la relación procesal⁵⁴.

CASTRO, Leonardo, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Imp. Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1953, 82 y 94.

⁵³ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. “Funciones del asesor de menores. Alcance de la asistencia y control” *La Ley* (1978 – B), 904-907.

⁵⁴ GOZAÍN, Osvaldo A. “El niño y el adolescente en el proceso” *La Ley*, 09/08/2012, 4.

Desde su óptica, el proceso que involucra los intereses de incapaces (refiere solo a los niños, pero su razonamiento vale también para adultos con capacidad restringida) sufre un profundo impacto y la relación procesal, pensada para dos, ahora tiene tres extremos; pues el incapaz no ingresa al juicio ni como sujeto de prueba ni como tercero. Grafica el procesalista que “por vez primera, en la historia del proceso visto como lucha, aparece en el ring un tercero con intereses singulares que deben ser atendidos, tutelados y protegidos”⁵⁵.

Ida Scherman, no casualmente defensora de incapaces, recogió esta perspectiva con mayor precisión para ponerla en diálogo con nuestras instituciones del derecho civil y procesal. Su aporte, por su actualidad y profundidad, culmina la trayectoria que hemos querido trazar para demostrar la necesidad de que la ley reconozca la calidad de parte que el Ministerio Público ostenta.

Enseña la autora que, más allá del impacto transformador de la incorporación directa de la voz del niño al proceso, la auténtica mutación desde una litis bipolar hacia otra tripolar ya había operado en nuestro medio desde antaño, justamente, con la plena intervención del Ministerio Público en carácter de parte en este tipo de juicios. Retomando las enseñanzas italianas, demuestra que se trata de un órgano que se suma al debate, con todas las facultades propias de aquella calidad partidaria, aunque no esgrimiendo intereses propios, sino velando de buena fe por unos ajenos que no han sido

⁵⁵ Disentimos con la idea que el autor propone en otras alturas de su producción respecto de la posibilidad de que el niño pueda ser habido por *parte* en el juicio y nos parece que la metáfora allí utilizada de *subirlo al ring de combate* exterioriza las importantes razones por las cuales no conviene que así sea. En cualquier caso, el procesalista identificó con precisión la emergencia de un tercer sujeto procesal afectado por el debate y su impacto en la relación jurídica ceremonial.

exclusivamente confiados a la iniciativa de las partes, por así llamarlas, naturales o privadas⁵⁶.

La radical eliminación del carácter partidario con que actúa el defensor comporta un visible retroceso desde el punto de vista del acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad que a este trabajo conciernen.

Aquel con capacidad menos plena que, sin ser parte en el proceso, acabaría gravemente afectado por él contaba con un magistrado especializado en la defensa de sus intereses que entraría en la liza con todas las cargas y facultades procesales propias de quienes trabaron la litis. Una exégesis estricta de la ley vigente niega esta calidad y deja al más vulnerable de los sujetos procesales lanzado a su suerte, desguarnecido en litigios que tantas veces son combates impiadosos entre los primeros llamados a protegerlo. Vemos aquí un aspecto regresivo de la reforma que debe corregirse.

I.3. Brevísimo balance parcial

La reforma del quince ha derribado las dos columnas sobre las que otrora se apoyaba el edificio de la defensa especializada de niños y personas con discapacidad mental: la noción representativa y la calidad partidaria con la que actúa el defensor. En su lugar, ha optado por un único concepto impreciso “actuación” que la buena doctrina ha interpretado, básicamente, en el sentido que antes las palabras expresaban sin ambigüedades.

La situación, desde el punto de vista del acceso a la justicia de las personas con vulnerabilidad, es comprometida. La defensa de sus intereses en juicio se ha hecho más discreta: donde antes la normaba

⁵⁶ SCHERMAN, Ida A. “El derecho a ser oído. los niños y adolescentes en los procesos y la tarea de los adultos” *Revista de Derecho de Familia* 66, 271. Cita online: TR LALEY AR/DOC/5429/2014.

daba un magistrado que actuaba por aquellas, en su exclusivo interés, y con máximas prerrogativas procesales; ahora aparece una especie de acompañamiento procesal principalmente ordenado a la vigilancia del actuar de los representantes necesarios y —heroica y excepcionalmente— ejerciendo una representación que tampoco se sincera.

II. Lo que el nuevo código regula

II.1. La actuación principal y complementaria

El nuevo código introdujo una clasificación de las formas de actuación del Ministerio Público. Estatuyó dos grandes categorías principales y, dentro de una de ellas, dos subcategorías ciertamente problemáticas. Así, se habla de actuación judicial (1) que puede ser complementaria (1.a) o principal (1.b.); y de actuación extrajudicial (2). Esta última ha quedado por fuera de los límites planteados a la presente investigación.

Como se explicó más arriba, parece difícil comprender qué se buscó con esta categorización, pues ni se han exployado a su respecto los integrantes de la comisión reformadora, ni ha habido debate parlamentario sobre el particular.

Nuestra hipótesis es que, en esto como en otras áreas, se ve una influencia mal administrada del derecho comparado y una visión restrictiva de las facultades – deberes del defensor. Decimos influencia mal administrada porque la magistratura estudiada tiene notas excluyentemente vernáculas. Ello hace que los intentos de implantación de soluciones extranjeras solo puedan tener éxito si se los hace con un celo que no se corrobora en la ley actual.

Recordemos que cuando el código se refiere a la actuación judicial complementaria del defensor, informa que se activa “en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas

menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto”.

Hay un importante problema en el modo en que se reguló esta parcela de actuación del Ministerio Público especializado. El legislador ha resuelto cuándo se configura, pero sin precisar en qué consiste precisamente. Más de un autor ha entendido, con error según hemos querido demostrar hasta aquí, que la actuación complementaria es la forma “tradicional” de intervención del defensor de incapaces y que se trata de un término sucedáneo del de “promiscuidad” otrora recogido por Vélez. Así lo proponen Gabriela Yuba⁵⁷, Silvia Fernández⁵⁸ y Gabriela Colef⁵⁹.

Para nosotros, en cambio, la noción de actuación complementaria es más afín a la noción de función controlante sobre la que hemos reflexionado más arriba. Es que la idea de *complemento* engarza bastante bien con la de asistencia que un sector de la doctrina quiso ver en la idea de representación promiscua estatuida por Vélez. Ilustra muy bien sobre esto la definición que brinda la Real Academia Española sobre el término: “Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta”⁶⁰.

Decimos que esta dinámica engarza muy bien con la lógica de asistencia porque, en definitiva, propone una actuación *ex post*, que se integra a otra voluntad principal que tiene el poder de iniciativa. El Ministerio Público se movería aquí dentro del binomio asentimiento –

⁵⁷ YUBA, Gabriela “Intervención del Ministerio Público desde la perspectiva de los derechos humanos y protección de la infancia” *La Ley Patagonia* 2015 (diciembre), 1295.

⁵⁸ FERNÁNDEZ, ob. cit. en 48, 13.

⁵⁹ COLEF, Gabriela “Funciones del asesor de los menores de edad” *Revista de Derecho de Familia* (61), 115.

⁶⁰ <https://dle.rae.es/complemento> [Consulta realizada el 07/08/2022].

oposición, denegando su voluntad complementaria a la propuesta del representante inmediato o natural.

En cambio, la actuación judicial a título principal se despliega i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

Parecería que aquí el legislador quiso reconocer una auténtica representación *en omisión* de la de los padres, tutores, curadores o personas de apoyo. Nótese que todos los presupuestos fácticos que habilitarían la actuación judicial principal se vinculan a una pasividad en el titular de la representación necesaria. Los tres apartados del inciso b del artículo 103 refieren a una situación negativa, una no actuación: *inacción, incumplimiento y carencia*.

La ley vigente sugeriría entonces que, frente al obrar de la defensa inmediata del incapaz las facultades del defensor empalidecen. Una especie de juego de suma cero donde el primer turno lo tiene el padre, tutor, curador o apoyo. No habría, pues, espacio para la iniciativa diversa si el representante natural ya ha optado por un rumbo de acción.

Si bien se mira ese esquema, parecería que el defensor de incapaces haría una especie de control de legalidad del acto ejercido por el representante inmediato, mediante un cotejo entre su actuar y el admitido por la ley. Mas no uno de conveniencia que pivote sobre el interés del incapaz representado. La inspiración decíamos hay que buscarla en el derecho comparado y el mejor trabajo en este ámbito lo hace Prieto Castro.

El autor identificó esta doble vertiente de la actuación del Ministerio Público en los estudios de la tratadística francesa del siglo XVIII, que

empezó a hablar de *ministère public* como *partie principale* y como *partie jointe* (ministerio público parte principal o parte adjunta). El distingo hizo fortuna en los países de Europa occidental, bien que con matices en cada derecho nacional. Así, se comenzó a hablar de *ministero pubblico agente* y *ministerio pubblico concludente* (ministerio público agente y ministerio público dictaminante) en Italia o de *ministerio público parte plena* o *parte dictaminadora* en el derecho ibérico⁶¹.

La doctrina italiana fue particularmente receptiva de esta manera de encarar el asunto, y por ello Carnelutti, en una obra contemporánea, también hablaba de intervención principal y accesoria del Ministerio Público.

La intervención principal tenía lugar cuando la ley le otorgaba al órgano el derecho de acción (tal el caso de las nulidades matrimoniales, tema que despertó mucho interés de la doctrina procesal de mitad del siglo pasado). En esos supuestos no interesaba si efectivamente el Ministerio Público había sido o no el promotor de la acción pues, en tanto que legitimado para interponerla, se le reconocían todas las facultades propias del litigante.

En cambio, la actuación accesoria que el maestro italiano llama **de mera intervención** es la que permite al Ministerio Público a proponer diligencias en los casos en que no está legitimado para entablar la acción. Se le reconoce esta participación acotada “a fin de obtener el buen resultado del proceso”.

⁶¹ Ob. cit. en 52, 21 y sigtes. Resulta interesante la anotación que hace el autor con relación a la menor receptividad de los ordenamientos anglosajones a esta visión. Desde su punto de vista, la gran deferencia que los derechos alemán e inglés prodigan a la iniciativa privada llevaron a que la intervención de las figuras análogas al Ministerio Público fuese poco menos que marginal en asuntos de derecho privado.

Dentro de ese conjunto de causas la legislación italiana incluía, indiferenciadamente, algunas que nosotros ubicaríamos dentro de las de actuación necesaria del defensor de incapaces (v. gr. capacidad de las personas) y otras de preceptiva intervención del fiscal civil, convocado bajo la genérica cláusula de involucramiento del interés público.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española hoy vigente⁶² recoge esta perspectiva en abundantes pasajes de su articulado. Así, cuando regula quiénes pueden ser parte ante los tribunales, el artículo 6 inc. 6 nombra al “Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte”.

Aunque parece una enunciación redundante, lo que la normativa hispánica señala es esta dualidad, muy típica del occidente continental europeo, según la cual el criterio de intervención del Ministerio Público es tanto más objetivo que subjetivo.

Es decir, la demarcación de las facultades no se hace principalmente mirando *quién* está involucrado en la contienda sino *qué* se está debatiendo en ella. Por ello, asumirá carácter de parte principal cuando la ley establezca, según la causa debatida, que puede alcanzar tal rol procesal: no es la presencia del incapaz lo que define su marco de acción.

De tal suerte que, en la legislación comparada que se repasa, el objeto de la materia tratada dará la pauta de un *ministerio público parte principal* (o agente, o postulante, o de actuación principal) o de un

⁶² Ley nº 1/2000, de 7 de enero, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> [recuperado el 28/07/2023].

ministerio público parte adjunta (o meramente interviniente, o auxiliar, o de actuación adjunta).

Y las similitudes se profundizan. Dentro del número de causas en que está llamado a intervenir el Ministerio Público, el ceremonial español introduce un criterio funcional muy similar al que –con peor fortuna– trajo el artículo 103 al código de fondo argentino.

Así, su artículo 8 determina que cuando comparezca a un proceso civil una persona con discapacidad y esta careciere de debida asistencia o representación se le nombrará un defensor judicial y, hasta tanto ello ocurra “el Ministerio Fiscal *asumirá [su] representación y defensa*” (énfasis agregado).

Es decir, hay una representación y defensa directa que asume el Ministerio Público que se activa solo en caso de carencia de un representante o asistente inmediato y que cesa cuando este último se presenta al proceso. Es claro, pues, el paralelismo que hay con los dos supuestos de actuación judicial principal o complementaria de nuestro Defensor, donde la regla es esta última y se reserva la primera para los casos de déficit de la defensa inmediata. Esta matriz aparece repetida varias veces a lo largo del código extranjero⁶³.

De cuanto se lleva dicho, resulta posible identificar una clara presencia de la lógica procesalista de Europa occidental en el ámbito de la

⁶³ El art. 740 del rito ibérico, por ejemplo, aclara: “En los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación, será siempre parte el Ministerio Fiscal [...] En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal” (subrayado añadido).

regulación medular del Ministerio Público en Argentina (artículo 103 del CCyC). Las raíces de la concepción aparecen en la Francia del Siglo XVIII y fueron contundentemente sistematizadas por la procesalística italiana del siglo posterior. La regulación española, que ha sido especialmente seguida por los integrantes de la comisión de reformas en la parte general y en la regulación jurídico familiar del nuevo código⁶⁴, ha dejado ver su influencia más clara.

El artículo 103 del código ha conducido en más de una ocasión a la errada idea de que cuando el representante necesario del incapaz se encuentra presente en la vida civil del representado; o comparece al juicio y peticiona, la tarea del Defensor es –siguiendo la terminología ibérica– de mero informe o dictamen; carente de iniciativa. Una especie de defensor-gendarme, que sugerirá en todo caso al juez que rechace un planteo formulado por alguno de los sujetos enumerados en el artículo 101 del CCyC, pero huérfano de iniciativa propia.

Un precedente bonaerense⁶⁵ operó sobre tal lógica. Se trató de un típico caso de perención de instancia declarada contra un incapaz sin adecuada citación al Ministerio Público. Cuando la Asesora de Incapaces tomó conocimiento de lo así actuado, recurrió de la sentencia que había declarado la caducidad.

La segunda instancia, por mayoría, confirmó la resolución. El voto del Dr. Ibarlucía –que hizo mayoría– expresa con singular nitidez las consecuencias a las que puede conducir una de las posibles lecturas del artículo 103 actual.

⁶⁴ De las siete veces a las que se alude al derecho español en los Fundamentos del Anteproyecto, cinco refieren a la parte general o a la relativa al derecho de familia.

⁶⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala I, 13/09/2016, “Herederos de C. L. A. c. Estancia El Solitario SA y otro s/ cobro ordinario de sumas de dinero” *LL online*, cita: TR LALEY AR/JUR/62008/2016.

Ya desde el inicio del voto aparecen los problemas, que ciertamente no pueden cargarse todos al nuevo texto legal. Expresando una visión incomprensiblemente muy difundida, el juez de primer voto señala que la intervención complementaria del Ministerio Público prevista por el código tiene el mismo alcance que la promiscua otrora estatuida por la obra de Vélez.

Ahora bien, en torno a la llamada representación “principal” activada por la inacción del representante necesario, la cámara sostiene que esta solo se configura ante la omisión total, lisa y llana de la actividad jurídica de este último.

Al decir del tribunal de apelaciones, “si el incapaz tiene ya a su representante legal presentado y actuando en el juicio no puede hablarse de inacción. Ello así porque está actuando en nombre de su representado. Que lo haga mal es otro tema y, en todo caso, debe resolverse en otro ámbito si causa un perjuicio a su representado”.

El razonamiento patentiza los riesgos que entraña la nueva codificación. Al no haberse estatuido una representación conjunta e indiferenciada de los representantes del incapaz sino una pretendida categorización de los supuestos de actuación del defensor, la transcripta es una solución exegéticamente posible.

En definitiva, los desdoblamientos que hace el código ponen al juez en la duda acerca de si debe encuadrar la solicitud del defensor en uno u otro de los casilleros delineados por el artículo 103 del CCyC y a partir de allí considerar la legitimación de la magistratura requirente.

La “inacción” del representante como causa fuente de la representación directa del Ministerio Público especializado –mala copia de la dinámica española estudiada– tiene también contornos difusos: Puede suponer la omisión radical, lisa y llana de toda actividad jurídica desplegada en interés del incapaz por parte de su apoyo, tutor, curador

o padre; o bien estar referida a una actuación en concreto que no ha sido cumplida, ora por negligencia, ora por decisión deliberada.

Se abre enseguida el interrogante en torno a dónde quedan los actos positivos –es decir, aquellos que consisten en un hacer y no en una omisión– otorgados por el representante en perjuicio del incapaz. Omisión en tales casos es claro que no hay; y esta interpretación del artículo 103 que venimos estudiando conduce necesariamente a la deferencia con el mal obrar en el ejercicio de la función representativa.

En el ámbito nacional se verificaron similares problemas aunque con una intervención correctora de la más alta instancia federal, que reafirmó la tesis que se viene proponiendo.

En primer lugar se cuenta con un juicio sobre privación de la responsabilidad parental, basado en el delito de abuso sexual perpetrado por el demandado contra su hija. Como el progenitor se dio a la fuga tras ser condenado en sede penal, debió practicarse su citación por edictos. El defensor de ausentes solicitó la publicación en el boletín oficial y en un diario de amplia circulación, a lo que el juzgado de primera instancia accedió.

Frente a ello, la madre manifestó su voluntad de desistir del proceso por carecer de recursos para hacer frente a los gastos de tal citación. En cambio, el defensor de incapaces se alzó en apelación.

Al replicar el memorial, el Defensor Oficial auspició que la cuestión se declarase abstracta porque el Ministerio Público especializado no había formulado oposición al desistimiento de la actora y su actuación era, en la causa, de estricto carácter complementario⁶⁶.

⁶⁶ CNCiv, Sala D, 28/06/2016, “B., M. I. y otro c/ O., J. A.”, expte. n° 74917/2013. Inédito, recuperado de www.cij.gov.ar/sentencias.html [consultado el 05/11/2022].

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo lugar al recurso deducido y ordenó que la citación se hiciera mediante fijación de los avisos correspondientes en la tabilla del juzgado. El argumento de la cámara al tratar el planteo de abstracción hecho por el defensor del padre profugado es excesivamente parco. Con acierto desde nuestro punto de vista, los jueces afirmaron que el desistimiento materno no alcanzaba al derecho de la niña a mantener viva la acción.

Pero luego, al dar las razones de tal afirmación, sostienen que ello es así por “la gravedad de los hechos que dan origen a la presente acción”, que conducirían a que la actuación del Ministerio Público especializado “se torna principal a tenor de lo dispuesto por el artículo 103 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación”.

No queda clara esta manera de abordar el asunto. Indudablemente se trata de hechos de gravedad máxima; pero ninguna de las previsiones del código de fondo permiten fundar la mayor o menor intervención del Ministerio Público en la delicadeza de los hechos involucrados en cada caso.

Si el razonamiento se extiende a sus consecuencias inmediatas habría que pensar que en casos con aristas fácticas menos trágicas el mal obrar procesal del tutor, el curador o el padre sí se extiende al pupilo, el curado o el hijo. A su turno, si el tribunal se plegó a la exégesis de este arduo sistema de cambio de rol del Ministerio Público según la actuación de la representante necesaria –lo cual no fue dicho, pero podría inferirse– se ha omitido señalar cuál sería la causal que activa la representación principal.

Inacción propiamente dicha no habría, pues –plegándonos solo por hipótesis al razonamiento de la cámara mercedina que hemos estudiado– hubo promoción de la acción por la madre y acto expreso de desistimiento de ella. Tampoco se trata de un juicio tendiente a exigir el cumplimiento de los deberes de los representantes legales ni

se corrobora carencia de aquellos: por el contrario, el pleito se orientaba a extinguir la representación de uno de los integrantes de la diada parental. Una vez más aparece el problema de las lecturas objetivizantes de la actuación ministerial.

Olmo y Mendiondo⁶⁷, al comentar el caso han insistido con el sistema de pasos hacia adelante y atrás del Ministerio Público según la actuación del representante necesario.

Dicen sobre el punto que, al comenzar el proceso, el defensor de incapaces actuaba complementariamente, limitado en tal escenario al control del trámite y al aseguramiento de las garantías procesales de la niña. Más al detectar la inacción de la progenitora se activó su representación principal. Por ello los autores aluden a la íntima relación entre los dos tipos de actuación ministerial.

No se explica en la elaboración por qué se trataría de un supuesto de *omisión* de actuación del representante natural. En rigor, desistir expresamente de una acción lejos está de un no-hacer. Omitir, en su expresión más inmediata, consiste en abstenerse de hacer algo⁶⁸ y aquí la madre de la niña interesada en la causa realizó un acto expreso, deliberado y con efectos jurídicos relevantes: optó por desistir del proceso.

Equiparar los supuestos de inacción del representante principal (artículo 103 inc. b, ap. i) a los de actuación considerada contraria al interés del incapaz es una estrategia discursiva que puede ser loable

⁶⁷ OLMO, Juan Pablo, y MENDIONDO, Nurit, “Actuación principal y complementaria del Ministerio Público: el artículo 103 CCyCN” *Estudios sobre jurisprudencia* (2016), Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación.

⁶⁸ Primera acepción del término según el Diccionario de la Real Academia Española: <https://dle.rae.es/omitir?m=form> [consultado el 12/11/2022].

desde la óptica de los resultados. Pero desde el punto de vista hermenéutico tiene unos problemas claros, porque en definitiva deja en manos de la magistratura decisoria la admisibilidad de los requerimientos del defensor en estas ocasiones. La lectura pone, en definitiva, en manos del juez la corroboración de la existencia o no de un acto contrario al interés del incapaz que habilite una actuación más enérgica.

Hacia 2018 encontramos otro caso⁶⁹ de indisputable interés, por varias razones. De un lado, porque evidencia hasta qué punto la codificación vigente lejos está de poner fin a los debates sobre el alcance de las facultades de nuestro defensor, como pretendieron sus redactores. De otro lado, por la contundencia de la decisión de la más alta instancia federal y los términos por ella utilizados.

Se trató de un pleito por alimentos en el que la representante necesaria de una niña no presentó en tiempo el memorial para fundar la apelación que había deducido contra una sentencia de mérito. Esto no fue advertido por la primera instancia, pero sí por la segunda que, en consecuencia, declaró desierta la vía de gravamen.

Empero, la sentencia también había merecido la apelación de la defensora de incapaces de primera instancia. La Cámara, de todos modos, consideró que la sentencia había devenido inapelable porque el implícito consentimiento materno que comportó la falta de presentación del memorial, excluía la actuación ministerial. Se afirmó, pues, que “solo cuando el representante legal omite el ejercicio de su representación, el Defensor de Menores puede actuar supletoriamente en ese mismo carácter para impedir la frustración de un derecho”.

⁶⁹ CSJN, 24/04/2018, "Recurso de hecho deducido por la Defensara. Oficial de M.L.T. en la causa T., A. A. Y otro el L., F. D. si alimentos", *Fallos* 341:424.

Disconforme con ello, la defensora de incapaces ante la cámara civil dedujo apelación extraordinaria, que también fue denegada y motivó la pertinente queja ante el cintero federal.

Aquí aparece un dato trascendentalísimo para nuestra investigación. La Corte, pese a los años que ya habían corrido desde la entrada en vigor del nuevo código, afirmó en 2018 que el pronunciamiento recurrido era descalificable por cuanto soslayó la “*representación promiscua*” del Ministerio Público especializado, que lo autoriza para recurrir de las resoluciones contrarias a los intereses de sus defendidos.

La nota representativa aparece particularmente enfatizada por la Corte cuando recuerda que el fallo de la segunda instancia desconoció “la entidad de la representación que por las circunstancias del caso correspondía” a la defensoría apelante.

Parece claro que la más alta instancia federal continúa, con acierto a nuestro juicio, interpretando la actuación del defensor de incapaces como de estricto carácter representativo e indiferenciado (“promiscuo”) con relación a los padres, tutores, personas de apoyo y curadores.

Se ha afirmado, desde otra visión⁷⁰, que en realidad lo que opera en estos supuestos es un caso de “actuación principal derivada”, es decir, una especie de salto adelante que daría el defensor frente a la inactividad procesal del representante inmediato. Ella se definiría por oposición a la “actuación principal originaria”, que tiene lugar cuando

⁷⁰BADO, Carlos A. y ARTOLA, Gonzalo E. “Formas de actuación del Ministerio Público de la Defensa respecto de personas menores de edad, incapaces y cuya capacidad se encuentra restringida: desde la clásica representación complementaria, a la legitimación autónoma para iniciar procesos colectivos” *Estudios sobre jurisprudencia* (2018), Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación.

es derechamente el Ministerio Público quien plantea, en soledad, la acción y asume el deber de otorgar todos los actos procesales necesarios hasta que concluya.

Tal exposición, aunque tiene indudables méritos pedagógicos, deja sin resolver la cuestión que venimos señalando. Determinar cuándo media inactividad y cuando omisión deliberada es un asunto de compleja determinación que, en definitiva, dejará en manos del juez la legitimación del defensor. Ello es cardinalmente contrario a la actuación exclusivamente *ex lege* que caracteriza a esta magistratura.

Desde otro punto de vista, la lectura propuesta de originalidad y derivación en la actuación principal o complementaria, para dar respuesta satisfactoria a cada escenario que podría presentarse, necesitará multiplicar indefinidamente los casos de legitimación ministerial.

Es que exigencias lógicas llevan a admitir que si cabe que la actuación del defensor *pase* de complementaria a principal en ciertos supuestos, también es posible el supuesto inverso. Esto es, casos donde el defensor realiza una actuación en representación directa del incapaz, de propia iniciativa, pero luego convive en un proceso junto con el representante necesario, acompañado su gestión “complementariamente”.

Así, cabría hablar de intervención judicial principal originaria, intervención judicial principal derivada, intervención complementaria originaria e intervención complementaria derivada. Habría que reemplazar una sola noción (“promiscuidad”) por otras cuatro (intervención judicial principal originaria, intervención judicial principal derivada, intervención complementaria originaria e intervención complementaria derivada). Todo para dar cuenta del mismo fenómeno.

Si el principio de parsimonia tiene alguna cabida en el razonamiento jurídico, lo es a través de la máxima según la cual no se debe establecer una pluralidad si no hay necesidad, o explicar por muchas cosas lo que puede explicarse por pocas⁷¹. La clasificación que hemos visto anteriormente podrá tener utilidad doctrinaria o pedagógica pero no es tarea del legislador hacer academia, como alguna vez explicó Vélez⁷².

Hacia 2022, la Corte Suprema volvió a intervenir en otro caso⁷³ en el que esta Sala E capitalina había declarado caduca la instancia contra una persona menor de edad, aun cuando no se le había dado al defensor la posibilidad de impulsar el proceso. Ello, en la comprensión de que el magistrado de la defensa había tenido “intervención oportuna” en la causa. Del desarrollo argumental de la sala desprende que por tal intervención cabe entender la noticia suficiente de la existencia del proceso y posibilidad de superar una primera negligencia de los representantes necesarios del niño.

Coherentemente con su línea argumental, el más alto tribunal rechazó explícitamente ese razonamiento; reiterando la necesidad de asegurar la intervención del Ministerio Público mediante notificación expresa para asegurar la adecuada defensa del incapaz, aun cuando la primera negligencia advertida por el representante natural hubiera sido saneada por este.

La Corte, una vez más, se refirió explícitamente a la “representación” del Ministerio Público y argumentó que los arts. 59 del código de Vélez

⁷¹ BARRADAS, Abril, “La navaja de Ockham: el problema del reconocimiento de entes normativos en la filosofía del derecho”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* 15 (2021), 26 y siguientes.

⁷² Ver su nota al art. 495 del código derogado.

⁷³ CSJN, 17/02/2022, “Spagnolo Ricardo Aníbal y otros c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios (acc.tran. c/les. o muerte)”, *Fallos*: 345:84.

y 103 del Código Civil y Comercial —sin distinción de incisos— tenían el mismo sentido (considerando cuarto).

II.2. Denominación

Cuando los redactores del código vigente se enfrentaron a la empresa de sistematizar de mejor manera la institución, según sus declarados propósitos, se vieron en la necesidad de escoger una de entre tantas designaciones con las cuales el uso foral y las distintas leyes se refieren al defensor de incapaces (v. gr. Asesor de Incapaces, Ministerio de Menores, Ministerio de Incapaces, entre otras).

La empresa estuvo ciertamente presidida por una manera de entender la importancia de las palabras, a poco que se tenga en cuenta que en los fundamentos del anteproyecto de 2012 se expresó en dos ocasiones, ambas con relación a institutos del derecho de familia, que el lenguaje no es neutral y que porta un fuerte valor pedagógico y simbólico⁷⁴.

Los redactores del nuevo código optaron, pues, por referirse a la magistratura estudiada como “Ministerio Público” sin aditamento alguno relativo a su tarea defensiva ni a las personas por las cuales actúa (niños o personas con alteraciones mentales). No se explicó de qué manera la denominación tan prescindente escogida cumplía de mejor modo su objetivo educativo o simbólico.

A ello se suma que, en nuestro medio, la denominación Ministerio Público alude a sus dos ramas (Fiscal y de la Defensa), que están presentes en el código de derecho privado aunque con funciones diversas.

⁷⁴ En ambos casos se señalan las razones por las que se prefirió utilizar los giros “unión convivencial” y “responsabilidad parental” para la nueva codificación en reemplazo de sus antecesoras “concubinato” y “patria potestad”.

Es cierto, como propuso Polverini⁷⁵ que, en general, una lectura contextual permite distinguir a qué magistratura está queriendo aludir el legislador en cada caso. Empero, existen supuestos menos prístinos que señalan la inconveniencia de esta despojada denominación. Sobre ellos nos ocuparemos en el apartado siguiente.

En lo que ahora interesa, conviene explicar por qué en general nosotros hemos preferido el giro “defensor de incapaces” a otros, sin perjuicio de formulaciones que también consideramos válidas para el lenguaje académico como “Ministerio Público especializado”.

Esta nomenclatura engloba tres posicionamientos en la materia.

El primero es de tipo funcional. La expresa mención a la tarea de defender avienta cualquier equívoco vinculado a la verdadera misión de la magistratura estudiada. No es, pues, un “asesor” como varias legislaciones provinciales afirman. Por lo pronto, no cumple funciones de asesoramiento ante el juez, pues el juzgador es experto en Derecho, y no necesita en tal cuadrante asesoramiento alguno.

Y si bien es admisible que pueda asesorar a niños y personas adultas sin plena capacidad (tal uno de los alcances de la función de “asistencia” que expusimos en la introducción) se trata de una sola y muy puntual de sus funciones, que no alcanza para designar el universo de roles mucho más amplio que está llamado a cumplir por la ley y la constitución nacional. La noción de defensa engloba a esta última función que eventualmente puede asumir el magistrado del Ministerio Público pero no ocurre a la inversa: si bien defiende cuando asesora, no asesora cuando defiende.

⁷⁵ POLVERINI, Verónica “El Ministerio Público en el Proyecto de Código Civil” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (octubre), 144.

De la mano de esta noción aparece otra, de tipo histórica, que constituye un segundo posicionamiento en la materia. En nuestra propuesta se deja expresamente de lado el giro “asesor” de incapaces —que nuestro código nunca previó pero sí las leyes de organización del Poder Judicial— por cuanto aquel surgió en la época en que la magistratura aquí estudiada era un cargo capitular y lego. A tal punto esto es así que la propia evolución de este rol llevó a que convivieran, integrando un mismo órgano, un asesor de incapaces lego que actuaba conjuntamente con un defensor de incapaces letrado para las cuestiones de tipo judicial⁷⁶.

Finalmente aparece la expresa mención al sujeto destinatario de la defensa. Esto también lo hallamos ineludible, porque así se despeja cualquier duda —que cada tanto reaparece— con relación a la verdadera misión de este integrante del Ministerio Público.

La selección del giro “incapaces” para designar a todos aquellos sujetos no es por mor de polémica sino de economía y precisión, notas relevantes en cualquier categorización técnica. No se nos escapa el rechazo creciente que genera la expresión, pero no existe otra que englobe a todos los destinatarios de la tarea del defensor.

La noción de incapacidad, a su turno, no entraña valoración sino descripción. En la dinámica del código actual (que ya era la del anterior, con sus matices) la capacidad aparece como uno de los extremos del gradiente y la incapacidad de otro. Entremedio se encuentran las zonas de capacidad limitada o incapacidad parcial, en la que todos nos hemos encontrado en algún momento de nuestra biografía y en la que tal vez nos encontraremos más adelante (como

⁷⁶ Ver, por caso, artículos 122, 125 y 127 de la ley nacional n° 1144, de Organización de la Justicia Nacional.

ocurriría con una restricción a la capacidad de ejercicio por motivos de salud mental).

Frente a estos emergentes, el derecho tiene especial interés en la incapacidad del sujeto del que se trate; porque en todas las demás áreas aplicará sus normas comunes. Es en las parcelas que han quedado allende la capacidad de la persona humana concernida que aplicará un estatuto especial y de cariz protectorio. Parte de ese estatuto es, justamente, la actuación de una magistratura especializada en su densa; y es la incapacidad del sujeto, en términos de técnica civil, la que activa la defensa especializada y no la capacidad.

Despejada así la cuestión terminológica, pasaremos a estudiar los casos de conflicto que genera la sinécdoque⁷⁷ empleada por el legislador de 2015 al designar al fiscal y al defensor de incapaces indistintamente como “Ministerio Público”.

II.2.a. Dos regulaciones problemáticas del defensor de incapaces por falta de claridad en los conceptos

II.2.a.i. Control de la rendición de cuentas final por cese de la incapacidad o muerte de la persona protegida

Durante la vigencia del código de Vélez no había dudas de que, extinta la tutela o la curatela (por cese de la incapacidad, muerte del incapaz, o arribo o recuperación de la plena capacidad) las cuentas dadas por tutor o curador no debían sustanciarse con el defensor de incapaces. En efecto, su representación se había extinguido de pleno derecho junto con la institución protectoria de la que se tratase.

⁷⁷ Según la Real Academia Española, la sinécdoque es la “designación de una cosa con el nombre de otra, de manera similar a la metonimia, aplicando a un todo el nombre de una de sus partes, o viceversa”. Véase <https://dle.rae.es/sin%C3%A9cdoque?m=form> [recuperado el 19/06/203].

Mas el codificador contemporáneo innovó sobre el punto y dispuso expresamente en el artículo 131 del CCyC que la rendición de cuentas final de la tutela (y por ende de la curatela y de los apoyos, cfr. arts. 138 y 2 CCyC) debe hacerse con “intervención del Ministerio Público”. Esto generó algún desconcierto y permite lecturas disímiles.

Desde la óptica de la especialidad, no caben dudas de que el defensor de incapaces es la magistratura mejor entrenada para la compulsa de las cuentas dadas por las personas de apoyo, tutores o curadores; siendo este uno de sus deberes de vigilancia más prominentes. También desde una punto de miras funcional y de economía procesal, podría argumentarse que es el defensor el que ha debido hacer el control en simultáneo de la gestión del representante necesario, por lo que resulta más sencilla y práctica su intervención en la cuenta final.

La doctrina ha apuntado que la estudiada es una de las funciones no representativas atribuidas al defensor por cuestiones de política legislativa, que nosotros hemos calificado aquí como función de contralor sobre el representante. En el control de la cuenta dada por el antiguo representante del incapaz, se dijo, el defensor ya no representaría el interés de este en la buena administración de su hacienda sino el interés general de la sociedad en que el patrimonio de los más vulnerables sea escrupulosamente gestionado⁷⁸.

El argumento, aunque ponderable y explicativo de la ley actual, no resulta enteramente satisfactorio de cara a la reforma que propondremos, porque la defensa de esa clase de intereses generales — sin conexión palpable con el interés individual del incapaz— deberían ser resorte del fiscal civil, no del defensor.

⁷⁸BASSET, Úrsula C., comentario al art. 130 del Código Civil y Comercial en ALTERINI, Jorge H. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2016, T° I, 781.

Extinta la representación por motivo de cese de la incapacidad o de la existencia del pupilo, curado o destinatario de los apoyos se evapora el interés concreto del incapaz conectado con el interés general que motiva la actuación del defensor. Solo quedarán vigentes los intereses concretos de los herederos del niño o el adulto sin plena capacidad de ejercicio y los intereses generales en la administración honesta de los bienes de los incapaces. Los primeros deben ser defendidos por sus titulares, los segundos en todo caso por el fiscal civil.

Y a su turno, el control de la tarea del tutor, curador, padre o persona de apoyo, convoca la actuación de nuestro defensor siempre que en él se interese una persona menor de edad o con capacidad limitada por motivos de salud mental. Los supuestos de rendición de cuentas finales por las razones aludidas no involucran tal interés.

De allí que en nuestra propuesta de modificación se elimine esta curiosa cláusula introducida por el artículo 131 del CCyC.

II.2.a.ii.Cuestiones de derecho matrimonial

Más complejas son las cuestiones que se plantean en el ámbito del derecho matrimonial, puntualmente en el ámbito de las nulidades basadas en los impedimentos conyugales. En esto, el código repite y agrava los problemas que traía la ley de matrimonio civil en materia de legitimación para formular oposición o pedir la condigna privación de los efectos del enlace.

El artículo 21 de la ley de matrimonio civil (t.s. dec. – ley 17.711) reconocía en su inciso cuarto la legitimación del Ministerio Público (sin indicación de ramas) para deducir oposición al acto nupcial siempre que tuviera conocimiento de los impedimentos que obstaban su celebración. La solución se mantuvo cuando se reformó, por ley 23.515, el artículo 177 del código civil.

Los impedimentos que habilitaban la oposición del Ministerio Público incluían varios supuestos además de la incapacidad de los contrayentes, por lo que al ser asignada la tarea a ese órgano, sin distinción de ramas, existía consenso respecto de que la norma se refería al Ministerio Público Fiscal.

En general, la doctrina justificaba esta legitimación en el orden público comprometido⁷⁹ lo cual refuerza la interpretación de que la legitimación era concedida por la ley al fiscal y no al defensor. Aunque a título de *óbiter*, la jurisprudencia antigua había hecho este mismo razonamiento^{80 81}.

Como todas estas previsiones eran anteriores a la reforma constitucional de 1994, que definió la naturaleza bicéfala del Ministerio Público, el asunto podría ser de menor trascendencia. Ahora bien,

⁷⁹ Ver, por ejemplo, BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.) y ZANNONNI, Eduardo A. (Coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1979, 659.

⁸⁰ CNCiv, Sala A, 09/11/1978, “R., J. y otra” LL 1978-A, 139

⁸¹ CNCiv, Sala E, 03/08/1982, “D., E. c. C., M. P.” LL 1983-A, 115. La muy destacada intervención de la fiscal de primera instancia (a la postre, camarista de la alzada nacional) motivó la reflexión del juez de primera instancia sobre el particular: “La gravitación del interés público, en las cuestiones que versan sobre la validez del matrimonio, hace que la controversia bilateral, propia de todo juicio contencioso, reconozca en los de esta índole, la existencia de un tercer interés, representado por el Ministerio Público, que debe ser celosamente contemplado por el juez. Tal tesitura la debe tener todo magistrado con potestad jurisdiccional, desde que no se oculta que la familia, es la célula o núcleo primario y fundamental de la sociedad y que como lo tiene establecido, doctrina y jurisprudencia, se trata de una institución en la que está interesado el orden público”.

cuando se estudiaban las nulidades basadas en la transgresión de los impedimentos previstos por el código, las respuestas se diversificaban.

En efecto, si se compulsaba la bibliografía existente para la época, los autores al estudiar la legitimación para pedir nulidades nupciales, no veían mayor obstáculo en reconocerle derecho de acción al defensor de incapaces si se habían transgredido los impedimentos de edad o salud mental, acaso como expresión del principio de especialidad de actuación de un departamento peculiar dentro del mismo órgano estatal.

Tal fue el caso de Belluscio, quien afirmó que cuando se quería pedir la nulidad matrimonial sobre la base de la falta de edad núbil se encontraba legitimado al efecto “el Ministerio Público *a través del Asesor de Menores representante de estos*”⁸² (énfasis añadido).

Guastavino se posicionaba en una postura cercana cuando afirmaba que el Ministerio Público estaba legitimado, tanto a través del fiscal como del defensor de incapaces, para postular la nulidad matrimonial de los enlaces contraídos por aquellos mediando los impedimentos vinculados a la capacidad⁸³.

El autor llegaba a esta conclusión, justamente, sobre la base de la doble vertiente de intereses que el Ministerio Público —en tiempos previos a la reforma constitucional de 1994— estaba llamado a proteger: en tanto que el fiscal requería tales nulidades en defensa del orden público, el defensor podía hacerlo en protección del interés individual del incapaz.

Otras voces, incluso, llegaron a afirmar que en tales supuestos accionaba el fiscal pero en calidad de representante promiscuo de los

⁸² BELLUSCIO, ob. cit. en 79, 758.

⁸³ GUASTAVINO, Elías P. “Requerimiento de la nulidad matrimonial por el ministerio público”, *LL* 1984-B, 285.

incapaces, en evidente alusión a rol del defensor estatuido por el artículo 59 del código de Vélez⁸⁴.

El código hoy vigente, pese a su sanción a más de dos décadas de la reforma constitución de 1994, mantuvo esta cuestión en su anterior indefinición. Los impedimentos previstos en el artículo 403 incs. f y g del CCyC refieren a los dos sujetos destinatarios de la actuación del defensor de incapaces (personas menores de edad y afectadas en su discernimiento por motivos de salud mental). Empero, la oposición a la celebración del acto nupcial se mantuvo —en lo que aquí interesa— en cabeza del Ministerio Público, sin indicación de qué rama (artículo 411 CCyC).

Lo mismo que en la legislación derogada, ante la lamentable falta de distinción, debe considerarse que se alude al fiscal, puesto que en los demás impedimentos recogidos por la norma el defensor de incapaces no tiene intereses que defender involucrados en el enlace (crimen, ligamen o parentesco).

De allí que, en estricta exégesis, los dos supuestos de impedimento matrimonial por otorgamiento del acto sin edad o discernimiento suficiente de los contrayentes no podrían ser opuestos por el defensor de incapaces, pese a las evidentes consecuencias disvaliosas que podría engendrar ello a los dos colectivos destinatarios de su actuación.

Pero el asunto se agrava porque siquiera se ha previsto en la flamante codificación legitimación de órgano público alguno para accionar de nulidad en aquellos supuestos. Se consolida así una reforma inocultablemente regresiva.

⁸⁴ LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, “Nulidades matrimoniales” en MÉNDEZ COSTA, María Josefa y otros, *Derecho de Familia*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1982, T° I, 509.

Así, el mismo artículo 425 norma que respecto de las personas menores de edad, la nulidad puede ser pedida por el cónyuge impedido y por los que en su representación podrían haberse opuesto al matrimonio. Estos últimos son solo los padres, pues son los únicos representantes de los niños que enumera el artículo 411 CCyC como legitimados para formular oposición.

Parecidamente, con relación al matrimonio contraído mediando falta de discernimiento por motivos de salud mental, se reconoce legitimación para privar al acto matrimonial de sus efectos a cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento y a los “parientes” legitimados para formular oposición.

De allí que solo cabría entender, también, que cuando el código alude a la caducidad de la acción de nulidad matrimonial para el Ministerio Público con la muerte de los cónyuges alude al fiscal y no al defensor. Basset coincide con esta lectura cuando, al comentar la previsión del artículo 714 aquí estudiada, afirma que la razón de este límite temporal es que la muerte disuelve el matrimonio que podía considerarse contrario al orden público, razón por la cual no podrían los sucesores continuar el juicio de nulidad planteado por el fiscal en vida de los consortes⁸⁵.

No cabe sino compartir la lectura, aunque debe hacerse notar que el código genera un curioso escenario: da acción al representante del interés particular más allá de la muerte del representado (rendición de cuentas final de la tutela por muerte del pupilo) pero establece caducidades ligadas a la muerte de los individuos en asuntos que atañen al interés general, como en el supuesto aquí explorado.

En cualquier caso, este cercenamiento de la legitimación para accionar de nulidad no es menor si se tienen en cuenta los compromisos

⁸⁵ BASSET, Úrsula en ALTERINI, ob. cit. en nota 78, Tº III, 921.

asumidos por el país en la Convención de Nueva York sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios. En similar senda militan la Recomendación General n° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación general n° 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta.

La supresión de esta legitimación guarda triste coherencia, también, con la eliminación de la facultad - deber dada por el código derogado a los tutores y curadores para deducir oposición al matrimonio de sus curados o pupilos (artículo 177 inc. 4). La doctrina ha considerado inexplicable esta modificación, cuyas razones tampoco se expusieron en los fundamentos al anteproyecto del código hoy en vigor⁸⁶.

Una reforma bien meditada del código vigente debería incluir al defensor de incapaces como legitimado a formular oposición en los supuestos en que el acto matrimonial será otorgado por niños o personas que no podrían comprender el acto por motivos de salud mental. Y, como derivación de ello y de las exigencias convencionales, legitimar al Ministerio Público especializado para accionar de nulidad en los casos en que los enlaces se hubieran logrado mediando los impedimentos de edad y de salud mental.

II.3. Capacidad

En materia de restricción a la capacidad de obrar se mantiene la clásica legitimación del defensor para formular la respectiva denuncia que abrirá el juicio respectivo, otrora contenida en el artículo 144 del CC. Es esta una de las funciones típicamente no representativas del

⁸⁶ Ibid., 85.

defensor, puesto que al momento de poner en marcha tal proceso no se está frente a incapacidad civil alguna⁸⁷.

A diferencia de lo que ocurre en materia alimentaria, la nueva codificación ha seguido el tino de su predecesora al no establecer un orden de prelación entre los distintos legitimados para formular este requerimiento; lo cual reposa en el antecedente de Freitas⁸⁸ y en un sensato apartamiento de nuestro codificador originario del viejo derecho francés⁸⁹.

Constituye una novedad procesal del código civil en vigor la previsión según la cual el defensor debe estar presente en la audiencia de contacto personal que el juez debe convocar previo al dictado de cualquier resolución (artículo 35 CCyC). En esto, la ley ha receptado una valiosa práctica foral muy extendida en los tiempos anteriores a la reforma.

El artículo 40 de la nueva codificación, a más de establecer la necesidad de revisar cada tres años los motivos de la restricción a la capacidad considerados en su hora, informa que “es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial [...] e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido”.

Aunque el giro “fiscalizar” no es feliz por las razones de nomenclatura ya expuestas, es correcta esta mención específica a la actuación del defensor en el contexto de las incidencias previstas por el artículo 40

⁸⁷ CIFUENTES, Santos; RIVAS MOLINA, Andrés; TISCORNIA, Bartolomé, *Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, 249.

⁸⁸ Ibid. Los autores explican que en esto nuestras leyes siguieron el art. 83 inc. 3 del *Esboço* de Freitas.

⁸⁹ SALVAT, Raymundo M., ob. cit. en 42, 374. Explica el autor que todos los enumerados como legitimados activos del juicio de capacidad figuran en la legislación sin orden jerárquico; porque actúan en virtud de un derecho propio.

del código. Encuentra su fundamento en el derecho que tiene el capaz restringido a que su padecimiento mental no sea considerado, en abstracto, un estado permanente (artículo 7 inc. n ley 26.657) y en la necesidad de promover los respectivos procedimientos de mayor restricción de la capacidad o rehabilitación, para lo cual el defensor de incapaces cuenta con una legitimación de la cual carece el órgano jurisdiccional (arts. 33 y 47 CCyC). Se corrobora aquí, en términos convencionales, una típica función de salvaguardia encomendada a la magistratura en examen (artículo 12.4 Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Aunque el código no alude específicamente a la legitimación ministerial en el trámite de rehabilitación, el silencio no es grave y parece evidente que por una cuestión de paralelismo en las competencias, son los legitimados para promover el respectivo juicio de restricción (artículo 33 CCyC) quienes podrán formular la petición de signo contrario⁹⁰.

II.4. Nombre

El código vigente introdujo importantes modificaciones al añejo sistema creado por la ley del nombre. Sin embargo, en lo que a este estudio interesa, mantuvo inalterada la facultad- deber del defensor de incapaces de proveer el nombre a los niños que no tuvieran uno, en defecto de la elección que le cabe en primer lugar a sus padres.

En coherencia con la ya apuntada reforma de nomenclatura, el artículo 63 del código no alude ya a “Ministerio Público de Menores” (como lo hacía la ley 18.248), sino simplemente a “Ministerio Público”. Es uno de los varios supuestos donde la determinación de la legitimación del Defensor y no del Fiscal se determina por una lectura histórico-contextual de la norma.

⁹⁰ORGAZ, ob. cit. en 2, 346.

Con todo, cabe conceder que esta denominación incompleta podrá potenciar algún equívoco si se tiene en cuenta la tradicional intervención del Ministerio Público Fiscal en asuntos vinculados al nombre de las personas, como expresamente lo prevé el artículo 70 del CCyC utilizando como sabemos la misma inflexión (“Ministerio Público”) aunque referida ahora a aquella otra rama.

II.5. Tutela

La tutela ha sido el instituto por excelencia en el que se visualizó históricamente la función del defensor. A diferencia de lo ocurrido con la responsabilidad parental, la intervención del Ministerio Público especializado en favor de los pupilos no generó reparos jurisprudenciales ni doctrinarios⁹¹.

A su vez, la necesidad de garantizar la idoneidad de quien quedaría *in loco parentis* generó una temprana preocupación por un adecuado control de su desempeño, en virtud de la amplitud de su ministerio y la existencia de antecedentes históricos de escándalos en la gestión de la hacienda de pupilos acaudalados.

La importancia de la regulación se plasmaba también por su proyección hacia el instituto de la curatela, dada la remisión que en la materia hacía el artículo 475 del código originario. Ello explica que en la obra de Vélez la intervención del defensor de incapaces con relación a este instituto del derecho de familia haya sido singularmente robusta.

En general, las previsiones del título XIV de la sección segunda del libro primero del código de Vélez no hacían más que regular casos concretos de aplicación de los principios generales de la representación promiscua ya prevista en el artículo 59 del código, el cual se encontraba en la sección inmediata anterior. De allí que no sea desatinada la menor cantidad de supuestos específicos de intervención del defensor

⁹¹ Ver nota 38.

enumerados por el código actual; aunque quizás hace mella en cierta perspectiva simbólica de la vieja ley.

Parece de buena técnica y hace gala de cierta economía la introducción de una cláusula de remisión al artículo que delinea la actuación de la magistratura. Así lo hace el artículo 105 parte final del CCyC que, cuidándose nuevamente de no hablar de una representación, determina que “el Ministerio Público *interviene* según lo dispuesto en el artículo 103” (itálica añadida).

Sin embargo, esta ganancia en disciplina y técnica legislativa aparece empañada por la ubicación sistemática de la cláusula de remisión, que no es la de ingreso del defensor al subsistema de la tutela. Aparece enunciada en segundo lugar; a continuación de la especificación de la tarea que le cabe a la magistratura en los diferendos que puedan surgir entre los dos o más tutores que el juez puede designar para el mismo niño.

El artículo 118 del código prevé expresamente la legitimación del defensor para requerir el dictado de providencias tendientes a remediar el daño causado por el tutor al pupilo en ejercicio de su cargo.

Parece claro que no se está refiriendo a la promoción del respectivo juicio de daños sino al despacho de medidas concretas que podrá hacer el juez de la tutela para corregir el obrar culpable o doloso del tutor. De allí que la norma aluda en su parte final a la posibilidad de adoptar de oficio aquellas medidas, lo cual no sería posible si se tratase del reclamo indemnizatorio.

El articulado del código actual prevé este requerimiento propio de la función reparatoria de la responsabilidad civil, mas omite hacer referencias concretas a la prevención del perjuicio en estos ámbitos, ciertamente más valiosa. Con todo, insistimos en que no se trata previsiones indispensables, y bastaría al efecto –como dijimos– una

buena regulación medular de la figura del defensor. De su lado, la doctrina se ha hecho cargo de la omisión y ha señalado que los mismos que están legitimados para reclamar reparación, están facultados por la ley para exigir la prevención del daño, sobre la base de las normas generales del código (arts. 1710 a 1713 CCyC)⁹².

Esta evaporación del énfasis en lo preventivo se plasma también en la supresión de la mención expresa de las facultades – deberes de nuestro defensor de formular oposición a la designación de determinadas personas para el cargo de tutor por no juzgarlas idóneas. Sí se estatuyó, en cambio, la potestad – obligación de requerir la remoción del tutor por las causales estatuidas en el artículo 136 del código nuevo.

En cuanto a la rendición de cuentas, no se registran mayores innovaciones, excepción hecha de la exótica disposición que parecería requerir una intervención ultraactiva del defensor para supuestos de rendiciones finales producidas por la muerte o mayor edad del pupilo. Ya nos hemos ocupado de ella y reiteramos que, en nuestro criterio, debería ser suprimida en una futura reforma como la que propondremos más abajo (artículo 131 CCyC).

II.6. Protección de la vivienda

La materia, si bien a primera vista escasamente problemática, permite ver hasta qué punto la deficiente regulación contenida en el artículo 103 del CCyC engendra problemas que deben ser sorteados por vía interpretativa. En concreto, las dos grandes supresiones en la dinámica de actuación ministerial (la noción de parte y el carácter representativo de ese obrar) proyectan inconvenientes en esta parcela del nuevo derecho privado.

⁹²TOBIAS, José W., comentario al art. 118 del CCyC, en ALTERINI, J. H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2016, TºI, 748.

El artículo 245, segundo párrafo, del código actual establece que si la afectación al régimen protectorio de la vivienda es realizada por actos de última voluntad, su inscripción puede ser pedida por el Ministerio Público o hecha de oficio si los beneficiarios son incapaces o capaces restringidos. En el ámbito del cese de la unión matrimonial o convivencial, el párrafo tercero del mismo artículo determina la posibilidad de que el juez, a pedido de parte, someta a este régimen la vivienda que es atribuida, si es que hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La norma vigente sigue al 235 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. No obstante, este último con mejor técnica refería a “beneficiarios incapaces”, género que comprende las distintas restricciones a la capacidad por sentencia (basada en los padecimientos mentales) y por ministerio de la ley (personas menores de edad).

La redacción actual buscó dar precisión pero en definitiva puede conducir al equívoco de pensar que se han soslayado a los niños de aquel radio de actuación pública, pues en la economía del código vigente el giro “incapacidad” se suele reservar para los supuestos del artículo 32 parte final de aquel. El asunto es relevante cuando la afectación al régimen de protección de la vivienda se hace por acto de última voluntad e instituye beneficiarias a personas menores de edad.

Por si no bastare, tan solo dos artículos después, el artículo 247 refiere a las deudas frente a las cuales no es oponible la afectación y alude en su inciso “d” a las “obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida” (la bastardilla y el subrayado son nuestros). Aquí la enumeración sí contempla expresamente todos los supuestos de incapacidad.

Con todo, no es posible sostener seriamente una interpretación que excluya a los niños como posibles beneficiarios de la actuación del Ministerio Público en este cuadrante. En primer lugar, una vez más,

porque la representación que le cabe al defensor cuando de niños se trata lo habilita a pedir u otorgar en su nombre todos los actos que sean de su interés. De allí la importancia de aclarar la noción representativa de las facultades de la magistratura estudiada, incomprensiblemente disimuladas aunque felizmente no abolidas en el artículo 103 del CCyC.

En el tercer párrafo del artículo 245 CCyC, relativo a la afectación al régimen tuitivo de la vivienda en el ámbito de la ruptura conyugal o de la convivencia, se prevé la posibilidad de someter a esta protección a la vivienda que resulte atribuida si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida siempre que medie “*pedido de parte*”.

Aquí las facultades oficiosas del juez aparecen inhibidas y no se hace referencia al Ministerio Público como en el segundo párrafo ya comentado. Pero iguales razones que las expuestas precedentemente conducen a concluir que el defensor deberá utilizar la legitimación conferida por el artículo 103 del CCyC para formular requerimiento en tal sentido.

Aquí nuevamente se exterioriza el desatino del legislador de hogaño en suprimir el carácter de “parte” que la antigua codificación reconocía al defensor de incapaces en todos los asuntos que interesasen a las personas o bienes de aquellos. La doctrina apunta, de todos modos y en solución que compartimos, que en el giro “pedido de parte” incluido en el párrafo que se comenta está incluido el defensor de incapaces por conducto de las facultades reconocidas por el artículo 103⁹³.

⁹³ TOBÍAS, José W., comentario al art. 245 del CCyC, en ALTERINI, J. H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2016, TºII, 82.

II.7. Filiación biológica paterna

El artículo 583 del código actual regula la actuación del Ministerio Público especializado en los casos en que un niño aparece inscripto solo con filiación materna.

Se prevé una primera fase administrativa o extrajudicial en la cual el oficial del Registro Civil debe imponer a la madre de los derechos del nacido y los correlativos deberes de aquella. Si mediante esta actuación no se logra la inscripción del segundo vínculo filial, el jefe del registro debe comunicar la circunstancia al defensor de incapaces.

A diferencia de su antecesor derogado, la nueva legislación prevé expresamente la legitimación autónoma del Ministerio Público especializado para entablar la acción de reclamación de la filiación, sin que sea necesario el concurso de la voluntad materna antes o durante el juicio.

Se cristaliza un indudable cambio perspectivas. La privacidad de la madre, aunque respetable y valiosa, no puede derrotar el derecho fundamental del niño a su identidad estática y a conocer su orígenes. De allí que la aportación de las informaciones para ubicar al padre presunto no es un mero acto voluntario sino un auténtico deber legal.

La reforma debe considerarse como un indiscutible avance en la materia por la mejor ponderación de bienes que ahora efectúa el código, más acorde con la pauta de primacía absoluta del interés superior del niño y el derecho convencionalmente protegido a su identidad estática (arts. 3 y 8 CDNNA).

Sobre el punto Polverini, respondiendo con agudeza a las invocaciones a la “sagrada intimidad del hogar” que fundaron el artículo 255 derogado, sostiene que tanto o más sagrada es la identidad de los niños;

lo que justifica la alternativa seguida por el codificador contemporáneo⁹⁴.

Por nuestra parte, y desde un ángulo afín, hemos dicho que en este supuesto el Ministerio Público especializado activa una valiosa función preventiva de los daños (tanto morales como patrimoniales) que acarreará al niño no estar debidamente emplazado como hijo de sus dos progenitores⁹⁵. Aunque la acción siempre estará disponible para aquel, el transcurso del tiempo intensificará las privaciones y los quebrantos espirituales posibles; al tiempo que hará verosíblemente más difícil la búsqueda del progenitor.

II.8. Filiación adoptiva

II.8.a. Declaración del niño en situación de adoptabilidad

La materia adoptiva es el ámbito donde el código exterioriza un descarnado administrativismo⁹⁶, que proyecta su sombra sobre el modo en que se reguló la actuación de nuestro defensor.

La magistratura aparece equiparada en su tratamiento al órgano administrativo local de protección de los derechos del niño. Incluso, en uno de los tres procedimientos necesarios para el nuevo emplazamiento del niño, siquiera se menciona al defensor y sí se lo hace, con abundancia, a la entidad administrativa.

⁹⁴POLVERINI, Verónica, ob. cit. en 75.

⁹⁵ ROTHER, Kevin y BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas “Reparación de los daños causados por la ausencia de filiación” en *Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia*, La Ley, 2019, 291.

⁹⁶ Da cuenta de este proceso MEDINA, Graciela en "Las diez grandes reformas al Derecho de Familia", *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (febrero), 11.

El artículo 608 del código se cuidó expresamente de negarle carácter de parte al Ministerio Público en el juicio que eventualmente concluirá con la declaración de adoptabilidad del niño. Solo se la reconoció a la propia persona menor de edad, a los padres y otros representantes de esta.

El defensor de incapaces aparece aquí mencionado como mero interviniente (lo cual evoca al Ministerio Público de “mera intervención” europeo) y, pretendidamente, con idéntico carácter procesal que el órgano administrativo. Incluso se lo menciona después de este en la enumeración que realiza el artículo 608 de CCyC.

Es cierto, como dice Fernández, que al habersele conferido carácter de parte al niño (inc. a, artículo 608 cit.) el defensor asumirá en su representación tal calidad⁹⁷. Pero no lo es menos que las funciones representativas aparecen indudablemente empañadas por la novel legislación, e incluso negadas desde el ámbito judicial y doctrinario como hemos visto reiteradamente.

Aquí nuevamente se evidencia la necesidad de determinar el rol representativo y partidario del defensor en la cláusula general de su actuación, que no puede aparecer discrecionalmente dada o negada por la ley sin motivos razonables, acordado a unos niños lo que a otros en circunstancias análogas se les niega.

Esta concreta regulación, además, tiene una falla aun en los propios términos estatuidos por el código en vigor. Ocurre que, en los propios términos del código, las situaciones que dan origen al proceso de declaración de adoptabilidad encuadran en los casos de “actuación principal” del defensor.

⁹⁷ FERNÁNDEZ, Silvia E., ob. cit. en 48, 13

La carencia de filiación o el fallecimiento de ambos padres sin familiares que se ofrezcan como guardadores o tutores comporta la ausencia de representación lisa y llana (artículo 103 inc. iii CCyC); la separación del niño de su medio familiar por causas graves, a su turno, provoca un escenario similar pues genera la suspensión de la responsabilidad parental (artículo 702 inc. d CCyC) y tal es el caso más frecuente de inicio de esta clase de actuaciones. Solo quedaría por fuera de este radio el caso en que el proceso se inicie por voluntad de los progenitores de dar al niño en adopción y por el muy breve que correrá hasta que se desprendan efectivamente de sus cuidados. Luego se estará frente al supuesto de suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental ya mencionado (artículo 702 inc. d CCyC).

De allí lo poco plausible de esta regulación que, si se la aplicase de manera aislada o a la luz de ciertas doctrinas que ya hemos repasado, dejaría al niño sin representación hasta tanto vuelva con su familia de origen o quede emplazado en un nuevo grupo familiar mediante la filiación adoptiva. Grave consecuencia incompatible con los arts. 3 inc. 2, 5, 12 inc. 2 parte final, 14, 18 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

II.8.b. Discernimiento de la guarda preadoptiva

Aquí el nuevo código, directamente, ha eliminado las previsiones relativas a la intervención del Ministerio Público en la delicadísima tarea de selección de los aspirantes a la guarda preadoptiva.

Ello contrasta con la normativa derogada que estatuyó en su artículo 317 inc. c la efectiva participación del Ministerio Público⁹⁸, aunque

⁹⁸ El código viejo, como se ve, también hablaba de “participación” en este aspecto; pero a diferencia de lo que hoy ocurre, la cuestión no era dudosa en virtud de la cláusula genérica de representación prevista en el art. 59 de la norma. El legislador, por lo demás, calificó aquella participación debida como “efectiva” lo cual supone

indiferenciadamente con el trámite de declaración en situación de adoptabilidad. El mérito del nuevo código en regular este procedimiento inicial aparece empañado por el carácter regresivo de la eliminación del defensor en esta segunda fase del proceso de emplazamiento adoptivo.

Empero, el código hoy vigente exige al juez la convocatoria al órgano administrativo en la etapa que da título a este apartado e incluso se prevé la posibilidad de que este comparezca espontáneamente (artículo 613, párr. 1). La administrativización del proceso recrudece.

II.8.c. Emplazamiento adoptivo

En el último eslabón del procedimiento que culminará con el emplazamiento del niño en carácter de hijo de los adoptantes, se prevé una regulación análoga a la ya estudiada respecto del procedimiento judicial de declaración de adoptabilidad. Se establece la iniciación del juicio de adopción a pedido de parte, de oficio o a petición de la autoridad administrativa.

Aunque no nos caben dudas de que el Ministerio Público queda comprendido en la noción de *parte*, se ha visto que el artículo 103 del código ha eludido esa categorización. Por lo que el asunto se resuelve mediante la nota representativa —también negada— del quehacer ministerial, que en este caso actúa en representación del niño que será adoptado. A este último la norma le reconoce expresamente el rol de parte procesal (artículo 617 inc. a).

El código en vigor acuerda carácter de parte a adoptante y adoptado y el de “intervinientes” al Ministerio Público y al órgano administrativo.

una intervención amplia y suficiente, no meramente formal ni limitada a la posibilidad de formular objeciones o prestar conformidades superficiales previas al dictado de la respectiva sentencia.

Valen al respecto las mismas consideraciones hechas en el apartado relativo al artículo 608, a las que remitimos.

Sin embargo, aquí la cuestión se agrava porque ya no se está frente a la suspensión de la responsabilidad parental, que configura un estadio esencialmente interino. Estamos, en cambio, ante el más drástico escenario de la privación de aquella responsabilidad por conducto del artículo 610 CCyC. La relevancia de la actuación del Ministerio Público especializado en tal contexto, dada la falta de toda representación necesaria en la que queda el niño, ha sido especialmente destacada⁹⁹.

II.9. Responsabilidad parental

II.9.a. Juicio de disenso

El artículo 642 del CCyC regula el mecanismo de resolución de conflictos derivados de la diversidad de opiniones entre titulares de la responsabilidad parental. En lo relativo al Ministerio Público no innova respecto de su antecesor que es el artículo 264 ter del código velezano, reformado al introducirse el carácter compartido de la patria potestad. Se prevé, pues, la “intervención” del Ministerio Público, lo mismo que en la norma derogada. Igual preceptiva incluía el artículo 572 del proyecto de 1998.

Como ocurre con otras cláusulas ya estudiadas, esta regulación concreta no entraña mayores problemas en lo que a esta investigación compete; sino que remite a las pautas generales de actuación partidaria y representativa de nuestro defensor.

No son infrecuentes los supuestos en los que las reyertas adultas invisibilizan el interés del hijo, para quien quizás la mejor solución no pasa por ninguno de los dos extremos de la díada. El juez, como dijimos, debe escuchar al niño y procurará construir una solución

⁹⁹ FERNÁNDEZ, Silvia E. ob. cit. en 48, 18.

acorde al interés de aquel; pero en esa faena es tan perfectible como en cualquier otra.

El defensor está en condiciones de aportar otras perspectivas y alternativas de solución sobre la base de su especial versación y desde la óptica única de aquel interés prevalente. Y si considera que el juez ha errado en la construcción de la mejor respuesta posible (considerada desde esa directriz) tendrá legitimación suficiente para alzarse contra el fallo aunque haya podido conformar a uno u otro progenitor, a ambos o a ninguno.

II.9.b. Alimentos

El artículo 661 del código actual establece la legitimación subsidiaria del Ministerio Público en materia de reclamación alimentaria derivada la responsabilidad parental. Antes que el defensor se encuentran el otro progenitor titular de la responsabilidad parental y el propio niño con grado de madurez suficiente. Aparecen en igual línea de legitimación con el defensor cualesquiera de los parientes del niño.

Si se compara la redacción de este artículo con su antecedente inmediato, que es el artículo 272 del código derogado, se advertirá que la nueva normativa crea una subsidiariedad para el Ministerio Público donde antes no la había. En efecto, la cláusula derogada nombraba a los legitimados activos separados por la conjunción “o”, lo cual da la pauta de alternatividad y no de priorización.

En cambio, el nuevo código enumera a los legitimados en incisos diferentes, colocando al Ministerio Público en el mismo lugar que a “cualquiera de los parientes” del hijo y señalando expresamente el carácter subsidiario de la actuación (ver inciso c, artículo cit.).

La doctrina más destacada durante la vigencia del código derogado no puso mayor atención al modo en que se trataba esta concreta

legitimación ni a su carácter subordinado o de igual línea con los demás legitimados¹⁰⁰.

Esta nueva prelación genera dos circunstancias desconcertantes.

Por un lado, si el padre o la madre no conviviente desertasen de su deber alimentario y el otro progenitor que tiene al niño consigo no promoviere la acción, la ley privilegiaría el pleito personal del hijo contra el padre incumplidor. Aun para los hijos mayores de edad la circunstancia ha querido ser evitada por el legislador, que por ello legitimó al progenitor conviviente a continuar o promover el reclamo alimentario contra su par aun después de alcanzada la mayor edad del hijo y hasta los 21 o 25 años según el caso¹⁰¹.

Por otro lado, y más gravemente, si se respetase a rajatabla la normativa que en este apartado analizamos parecería que el niño que no desea —por comprensibles razones— confrontar a su padre o madre en un

¹⁰⁰ No se aborda el tema el tema, por caso en BUSO, Eduardo B. *Código Civil anotado*, EDIAR, Buenos Aires, 1944, Tº III, 568 y ss. Tampoco en BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.) y ZANNONNI, Eduardo, ob cit. en 79.; BORDA, Guillermo A. “*Tratado de Derecho Civil. Familia*”, La Ley, Buenos Aires, 2013; ni en BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONNI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, Astrea, 1989.

¹⁰¹ Para Famá, la solución del art. 662 del CCyC, en cuanto mantiene la legitimación del progenitor conviviente para reclamar alimentos aún luego de los 18 años del alimentado, “se percibe como adecuada pues viene a subsanar las notables injusticias y conflictos familiares que -como vimos- desata el régimen actual [se refiere al código de Vélez], evitando que el hijo tenga que enfrentarse judicialmente con uno de sus progenitores o que, de no hacerlo, perjudique sustancialmente la posición económica del otro progenitor conviviente”. Ver FAMÁ, María Victoria “Los alimentos derivados del parentesco y los debidos a los hijos mayores de edad en el Proyecto de Código Civil” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2014 (abril), 15.

proceso judicial podría enervar el progreso de la acción de alimentos promovida en su exclusivo interés por el defensor.

Esto funda una discriminación: para el caso en que el niño reclame alimentos a sus abuelos o hermanos, el magistrado no se encuentra limitado por prelación alguna y podrá actuar sin inconvenientes legales. Hará uso de la legitimación genérica que le confiere el artículo 103 del CCyC y no cabrá contra su actuación defensa alguna basada en una pretendida falta de legitimación: ninguna cláusula de las que disciplinan la obligación entre parientes establece una subsidiariedad como la apuntada por el artículo 661 inc. c del código (cfr. arts. 537 y 538 del CCyC).

En cambio, si el reclamo lo deduce el defensor contra el progenitor cabrá el dilatorio debate acerca del rol subsidiario que se ha estatuido en este aspecto. Es curioso, pues no hay dudas de que el deber de alimentar a los hijos es irrefragable, en tanto que el que tienen los parientes entre sí admite otra clase de matices. Sin embargo, desde la perspectiva legal, el niño cuyo progenitor falta al deber alimentario no puede beneficiarse de igual manera de la actuación de la magistratura especializada en su defensa. Parecería que las ideas de la santidad de la autoridad paterna y la impenetrabilidad de sus prerrogativas han vuelto por sus fueros.

El interés superior del niño, su derecho a no ser discriminado en igualdad de circunstancias y la tutela preferente que convencionalmente se le acuerda a su derecho alimentario frente a los padres conducirán necesariamente a declarar la inconstitucionalidad de la cláusula de sucesividad en la legitimación (arts. 2.2, 3 y 27 CDNNA).

II.9.c. Oposición a juicio

El artículo 678 del código vigente regula el supuesto en que uno o ambos de los progenitores formulan oposición a que su hijo adolescente promueva un juicio contra un tercero.

Se prevé que el juez estudie esa oposición con citación a quienes la formulan y a la magistratura estudiada. Luego de ello deberá resolver lo conducente, y en caso de desestimar la oposición materna o paterna, deberá asegurar la participación del niño en el respectivo juicio con asistencia letrada.

Ahora bien, si la oposición del adolescente prospera, este planteará la acción por sí, con exclusión de la representación procesal de sus padres. Mas ello no borra su condición de persona menor de edad, por lo que en el respectivo juicio deberá intervenir también el defensor de incapaces en procura de del interés del accionante.

Nótese que en tales supuestos el defensor actuará respecto del adolescente actor sin el concurso de ningún otro representante natural. Ello permitiría hablar, en la economía compartimentada del artículo 103 del CCyC, de un caso de “actuación principal” que, sin embargo, no encaja con ninguno de los apartados de su inciso “b”. Ni hay inacción del representante necesario (no solo no la hay, sino que hubo acción –desestimada– de signo contrario); ni el juicio refiere al cumplimiento de los deberes parentales o del tutor (el artículo 678 refiere específicamente a “una acción civil contra un tercero” ajeno a la relación filial - paterna) ni se trata de un supuesto en que se tienda a proveer la representación.

Nos parece, entonces, que la intervención del defensor aquí es particularmente trascendente y necesaria. La solución contraria convertiría a la autorización prevista por los arts. 677 y 678 CCyC en una especie de emancipación por habilitación de edad *ad hoc* (derogada como institución general en el nuevo código) con los agregados de que

aquí no sería otorgada por voluntad de los padres sino en contra de ella y en una etapa de la vida que puede ser muy temprana¹⁰² .

II.9.d. Privación o suspensión de la responsabilidad parental como consecuencia de ciertos procesos penales seguidos a los padres

En el ámbito de la suspensión y privación de la responsabilidad parental, la ley 27.363 ha introducido al código de 2015 el artículo 700 bis y el nuevo inciso “e” del artículo 702.

En el caso del artículo 700 bis, el legislador consideró que la condena por la comisión de ciertos delitos especialmente graves, en distintos grados de autoría o participación, exterioriza una inidoneidad insuperable para el cumplimiento del rol materno o paterno. Los injustos en cuestión pueden tener por víctima al propio hijo (abuso sexual en cualquiera de sus modalidades); al otro progenitor (homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género) o a cualquiera de ellos (lesiones gravísimas).

Son dos las novedades que introdujo la reforma: de un lado, la inclusión del progenitor como sujeto pasivo posible del delito que habilita la privación; de otro, la operatividad de pleno derecho de la pérdida. En esto finca una importante diferencia con el artículo 700 inc. a del CCyC que exige el dictado de la sentencia declarativa de la privación en sede civil.

En una parcela afín, el nuevo inciso “e” del artículo 702 del CCyC prevé la suspensión de la responsabilidad parental en supuestos de procesamiento o acto procesal equivalente por todos los delitos

¹⁰² De conformidad con el art. 25 del CCyC adolescente es la persona que ha cumplido trece años y aun no ha cumplido dieciocho. La emancipación dativa prevista por el código derogado solo era posible a partir de los 18 años antes de que tal fuese la edad para la adquisición de la mayoría de edad.

mencionados en el artículo 700 bis. En efecto, tal acto del proceso penal supone que se ha juntado evidencia suficiente como para que el ciudadano enfrente un juicio en el que se le reprocharán sus posibles ilícitos.

En lo que a esta investigación interesa, el nuevo artículo 700 bis último párrafo, segunda oración del CCyC prevé la comunicación de la sentencia condenatoria definitiva (debió decir firme) al Ministerio Público a “los fines de lo previsto en el artículo 703”.

Inmediatamente agrega que las previsiones de ese artículo deberán operar “teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo”. Y en paralelo, se exige la comunicación a “la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes [...] a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo”. Los mismos anoticiamientos se prevén para los supuestos de suspensión de la responsabilidad parental introducidos por el artículo 702 inc. e.

La dinámica no es sino manifestación de la tendencia de nuestro legislador contemporáneo a tratar indiscriminadamente los roles y supuestos de actuación del defensor de incapaces, abogado del niño y funcionarios del poder ejecutivo.

En cualquier caso, la comunicación al Ministerio Público es singularmente importante en los supuestos en que el condenado dio muerte al otro integrante de la díada parental porque, como consecuencia de la preceptiva legal, el niño quedará privado de los representantes naturales estatuidos por el artículo 101 del código.

El defensor será así su único representante en la vida civil, lo que conduce a que —con urgencia— deban proveerse las soluciones más convenientes para la persona menor de edad, ya sea su emplazamiento en calidad de hijo respecto de otras personas o la designación de un

tutor. Similar es el escenario cuando el niño tiene un único vínculo filial paterno o materno y se activa la privación automática aquí estudiada (v. gr. por comisión de delito de abuso sexual o lesiones gravísimas contra el hijo).

Por cierto, ínterin se discierna la tutela o se produzca la filiación adoptiva, el defensor habrá de otorgar o requerir en interés de la persona menor todas las medidas que hagan a su interés, sin que ello pueda ser suplido por agencia administrativa alguna. Tal es la doctrina sentada desde antaño por el caso “Villegas”¹⁰³.

Por ello es acertada la postura de Silvia Fernández, en cuanto sostiene que la comunicación a la autoridad administrativa será conducente solo si resulta necesario adoptar una medida de protección de derechos en los términos de la normativa especial. En cambio, si es necesario promover la tutela será el pretense tutor o el Ministerio Público especializado el que deberá plantear la acción¹⁰⁴.

II.10 Disposiciones de Derecho Internacional Privado

II.10.a. Conversión de la adopción

Abordando aquí, aunque lateralmente, las complejidades de la adopción internacional, el artículo 2638 del CCyC establece la posibilidad de convertir en plena la adopción simple otorgada en el extranjero, de conformidad con el derecho vigente en el país de

¹⁰³ CSJN, 04/12/1986, “Subsecretaría del Menor y la Familia c/ María Esther Villegas” Fallos: 308:2431.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ, Silvia E. “Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363”, LL 2017-D, 1015. También sostiene con acierto que, si en la respectiva jurisdicción el mismo integrante del Ministerio Público especializado interviene en todos los procesos que interesan al niño, la comunicación a la que alude el CCyC será superflua porque estará notificado de la respectiva sentencia condenatoria.

otorgamiento, si se reúnen los requisitos exigidos por nuestra normativa y hay conformidad de los dos sujetos de la filiación adoptiva.

Para el caso en que el adoptado sea menor de edad, se prevé la intervención del Ministerio Público. Bien advierte Fernández que, en rigor, en este último supuesto intervendrán ambos ministerios públicos, pues el fiscal siempre tendrá que ser oído previo a la alteración de un estado de familia, dado que compromete el orden público¹⁰⁵. Aquí parece otra nueva derivación de la mala nomenclatura escogida por el código de 2015 que trata conjuntamente ambas ramas del órgano constitucional sin reparar en sus diferencias.

El mencionado artículo 2638 reproduce casi literalmente el artículo 340 del código derogado y no presenta mayores inconvenientes en lo que a esta investigación refiere. En suma, no hace más que reafirmar el indubitado principio de intervención necesaria del defensor en todo caso que alcance los intereses de algún incapaz.

La novedad viene dada por la orientación que ahora se brinda al juez, que debe resolver la petición valorando la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen.

La fórmula es compartible en términos generales, aunque para la magistratura estudiada lo dirimente será el concepto más amplio del interés superior del niño adoptado. El defensor representará tal interés y deberá proponer al juez la fórmula que mejor lo honre dentro del marco de la proponibilidad y la buena fe ministerial.

Sobre el punto vale subrayar que Argentina hizo reserva a los arts. 21 incs. b), c), d) y e) de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre adopción internacional, en virtud de la cual ellos no rigen en nuestra jurisdicción. El legislador ha comprendido que para la aplicación de

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ, Silvia E., ob. cit. en nota 48, 17.

ese instituto de la adopción internacional debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta¹⁰⁶.

Durante la vigencia del código anterior se verifica la existencia de varios precedentes que han convertido, mediante superficiales análisis, la adopción simple otorgada en el extranjero en plena¹⁰⁷.

El aspecto es problemático en el marco de la doliente existencia de países “exportadores de niños” que avanzan gravemente en el desarraigo y transculturalización de los niños, otorgando adopciones simples que luego adquieren efectos de plenas en Argentina. El último párrafo del artículo 2638 pone en jaque cierta interpretación que había hecho fortuna según la cual la única adopción internacional posible es la plena¹⁰⁸.

En parecida orientación un contundente fallo de la Corte Interamericana ha echado luz sobre espurios manejos que a veces subyacen en estas cuestiones¹⁰⁹. La adopción simple quizás aparezca en ciertos supuestos como solución intermedia, que permita al niño mantener vínculos con su cultura, raíces y afectos de los que pudo haber sido arrancado con grave injusticia.

¹⁰⁶ Art. 2 ley 23.849.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, Trib. Coleg. Fam. 7ª Nom., Rosario, 05/10/2012, “C., L. S. s. Adopción internacional”, *Rubinzal Online*, cita: RC J 6244/13. En similar sentido Cám. Civ., Com. Lab. y Min., General Pico, 03/02/2015, “B. s. Reconocimiento de sentencia extranjera” *Rubinzal Online*, cita: RC J 5017/15.

¹⁰⁸ Un completo estudio sobre la materia se hace en RUBAJA, Nieve “Adopción internacional. Los procesos de adopción con elementos extranjeros” *LL online*, 0003/015245. La autora señala que deberá evaluarse la conveniencia para el niño o niña de que se trate de romper los vínculos con su familia de sangre, y de todas las demás consecuencias que esta transformación pueda traer aparejadas, principalmente, si el niño o niña podrán hacer efectivo su derecho fundamental a conocer sus orígenes, llegado el momento oportuno.

¹⁰⁹ Corte IDH, 09/03/2018, “Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”.

II.10.b. Medidas urgentes de protección

El artículo 2641 del código determina la competencia de la autoridad y la aplicación del derecho locales para la adopción de medidas urgentes de protección de los bienes o las personas de los incapaces situados en su territorio.

El artículo no aclara si se refiere a la autoridad administrativa o judicial pero sí estatuye el deber del funcionario que se entere de la situación del incapaz, de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público.

Se trata de una alternativa que no estaba prevista en la codificación derogada, aunque la doctrina especializada encuentra sus antecedentes remotos en las soluciones previstas por el artículo 162 del viejo código y en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (arts. 24 y 30 respectivamente)¹¹⁰.

Estamos aquí frente a un indiscutible acierto de la nueva codificación que deja en evidencia la legitimación radicalmente *ex lege* que tiene el defensor, es decir, dada por la ley y no por el juez o por el proceso como ocurre con tutores, curadores y apoyos.

II.11. Brevísimo balance parcial

La detenida compulsiva de todos los casos de actuación del defensor especializado en el CCyC, a la luz de sus aplicaciones jurisprudenciales, señala la inconveniencia de catalogar los casos de actuación del defensor especializado y de encasillarlos en función de la omisión en que pueden incurrir sus representantes necesarios. Este último concepto es singularmente problemático y su vida práctica así lo ha demostrado.

¹¹⁰ SCOTTI, Luciana B., *Incidencias del Código Civil y Comercial – Derecho Internacional Privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, 210.

A su vez, establecer un parteaguas entre actuaciones más o menos enérgicas del defensor según la actitud activa o pasiva del representante necesario es contrario a la dinámica propia de las relaciones familiares o cuasifamiliares que subyacen en la representación legal. Potencian el equívoco de querer encasillar la actuación ministerial en una u otra parcela, tallándola en piedra con relación a cierto proceso, cuando los hechos muestran que las funciones ejercidas por tutores, apoyos, curadores, padres y otros son a veces ejercidas funcionalmente en unas etapas y luego de modo mejorable en otras, sin llegar a ameritar remoción o sustitución.

Más conviene a las personas sin plena capacidad lo que desde la aurora de nuestra codificación han tenido: una actuación dúctil, tan enérgica como su interés lo demande en cada puntual circunstancia que se suscite en el marco de los remedios implementados para su equiparación y empoderamiento.

Se advierten aspectos críticos en materia de acceso a la justicia de niños en los procesos vinculados a la filiación adoptiva, en los que una exégesis rígida del código conduciría a una privación radical de representantes a las personas menores de edad. También en el ámbito de los alimentos se vislumbra un retroceso vinculado con una cláusula de subsidiariedad en la actuación del defensor que no se justifica ni resulta acorde con el régimen alimentario general en favor de niños estatuido en el código vigente. Y en el cuadrante del derecho matrimonial la regulación vigente priva a niños y personas con discapacidad mental de instituciones remediales contra el matrimonio contraído sin mediar discernimiento.

Las regulaciones concretas de ciertos institutos demuestran los problemas que genera, también, la evaporación de las nociones de parte y representante del defensor: así ocurre principalmente en materia de protección de la vivienda familiar y en algunos aspectos específicos del ejercicio de la tutela.

III. Hacia una necesaria reforma

III.1. Estudio de regulaciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires

Cuanto hemos estudiado nos convence de la necesidad de una reforma de la regulación del defensor de incapaces en el código civil y comercial en vigor. La propia dinámica del código no puede explicarse satisfactoriamente hoy día si se mantiene la vaporización de la noción de parte y el carácter estrictamente representativo de las facultades ministeriales especializadas. Militan en el mismo sentido las exigencias convencionales de las que ya hemos pasado revista.

No ha de sorprender que en esta tarea mucho aporten los antecedentes provinciales, pues la nación argentina se ha construido desde lo provincial hacia lo federal, tal como ilustra el artículo 121 de nuestra Ley Fundamental. Hay estados provinciales, en efecto, que tienen magníficas regulaciones orgánicas de la magistratura que aquí estudiamos y que son de distinta data, lo cual demuestra que la adecuada disciplina legal del defensor incapaces es un asunto que interesa a la protección de estos con abstracción de las épocas y las latitudes.

Hemos dicho que la primera pérdida sustancial que ha sufrido el diseño civil de la magistratura estudiada fue el desvanecimiento de su calidad de parte. El asunto no es en absoluto menor ni meramente teórico, pues de tal calidad depende en definitiva la extensión de sus facultades procesales.

Reconocen el carácter de parte del Defensor, replicando la calificación de “legítima y esencial” hecha en el código de Vélez, las legislaciones

de Chaco¹¹¹ Chubut¹¹², Neuquén¹¹³, Salta¹¹⁴, San Luis¹¹⁵ y Santa Cruz¹¹⁶.

Parecidamente, la legislación sanjuanina establece el carácter de “parte necesaria” de los Asesores de Menores e Incapaces¹¹⁷; la misionera el de “parte legítima” del Defensor Oficial¹¹⁸ y la normativa

¹¹¹ Art. 32 inc. a ley 913, disponible en <https://digesto.legislaturachaco.gov.ar/Documentos/Ley/VistaPublicaLey/33460> [recuperado el 28/07/2023].

¹¹² Art. 9 inc. 6 ley 90, disponible en <https://digesto.legislaturadelchubut.gov.ar/lxl/V-90.html#:~:text=Fija%20la%20pol%C3%ADtica%20general%20del,y%20las%20leyes%20procesales%20establecen> [recuperado el 28/07/2023].

¹¹³ Art. 11 inc. f ley 2892, disponible en http://www.mpdneuquen.gov.ar/images/defensoria_gral/Leyorgmpd.pdf [recuperado el 28/07/2011].

¹¹⁴ Art. 56 inc. 1 ley 7328, disponible en <http://www.cmagistraturasalta.gov.ar/images/uploads/ley-7328-organica-del-ministerio-publico.pdf> [recuperado el 28/07/2011].

¹¹⁵ Art. 84 ley IV- 0956-2016, disponible en <https://diputados.sanluis.gov.ar/diputadosasp/paginas/NormaDetalle.asp?NormaID=1042> [recuperado el 28/07/2023].

¹¹⁶ Art. 84 ley orgánica del Poder Judicial, s/n, disponible en <https://www.jussantacruz.gov.ar/index.php/normativa-juridica/leyes-usuales/70-doc-pdf/leyes-usuales-pdf/363-ley-organica-de-la-justicia> [recuperado el 28/07/2023].

¹¹⁷ Art. 31 de la ley 633 – E, disponible en <http://www.saij.gov.ar/633-local-san-juan-ley-ministerio-publico-lpj0500633-2014-11-19/123456789-0abc-defg-336-0050jvorpyel?> [recuperado el 28/07/2023].

¹¹⁸ Art. 118 inc. 1 ley IV – 15, disponible en <http://digestomisiones.gov.ar/uploads/documentos/leyes/LEY%20IV%20-%20N%2015.pdf?v=05122022152248>. [recuperado el 28/07/2023]

santafesina¹¹⁹ informan sobre el carácter de “parte esencial” de la magistratura estudiada. La legislación pampeana, finalmente, reconoce el carácter de parte al Asesor de Niños, Niñas y Adolescentes, sin calificación adicional alguna¹²⁰.

Las adjetivaciones que se observan son herederas de la prosa velezana y tienen un efecto simbólico valorable. La nota de “*legitimidad*” que califica la actuación partidaria del defensor señala una cuestión poco percibida a veces, que es su llamamiento por imperio de la ley y no por designación del juez¹²¹.

Similarmente, la nota de esencialidad no provee sino un vector de interpretación. En puridad, lo que interesa son las consecuencias de no integrar debidamente la litis con esta parte pública a la que nos venimos refiriendo. Y ello lo resuelve adecuadamente el artículo 103 actual cuando establece la nulidad relativa de los actos otorgados de esa manera irregular.

Empero, debe recordarse que algunos aislados antecedentes de la Corte Suprema en materia de caducidad de instancia (rápidamente seguidos por algunos tribunales inferiores) han tensionado la literalidad de las

¹¹⁹ Arts. 145 inc. 1 y 3 ley 10.160, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-10160-123456789-0abc-defg-144-1000svorpyel/actualizacion> [recuperado el 28/07/2023].

¹²⁰ Art. 120 inc. c ley 2574, disponible en <https://digesto.tcuentalp.gob.ar/digesto%20tribunal/Leyes/Ley%202574.html> [recuperado el 28/07/2023].

¹²¹ En este sentido, interesa recordar que según la Real Academia Española, la primera acepción de “legítimo” es “conforme a las leyes”, véase <https://dle.rae.es/leg%C3%ADtimo> [recuperado el 24/01/2023]. Este alcance del término es bien conocido en nuestras leyes merced a conceptos como “porción legítima” en el derecho sucesorio.

normas vigentes para afirmar el carácter “necesario pero no imprescindible”¹²² de la intervención del Ministerio Público especializado para mantener viva la acción. Si ello es así cabe conceder que una mención acerca de la “esencialidad” de la actuación ministerial impide interpretaciones de tal tenor.

La otra nota invisibilizada en el actual artículo 103 del CCyC, dijimos, es el carácter representativo de las funciones del defensor. Lo cierto es que varias regulaciones locales aluden a este remedio tendiente a superar la incapacidad del representado.

III.1.a. Representación doble, conjunta o indiferenciada (o la promiscuidad bien entendida)

La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de Córdoba¹²³ demuestra un particular esmero del legislador mediterráneo puesto en la defensa de los colectivos más vulnerables. La figura del “Asesor Letrado” (que allí defiende tanto a incapaces como a pobres y ausentes) se organiza según criterios de especialización en razón de la materia. Así, hay Asesores Letrados en lo Civil y Comercial, en lo Laboral, de Familia y en lo Penal¹²⁴.

Sin ambigüedades, se encarga a estos asesores “representar con carácter promiscuo, a quienes estén sometidos al régimen legal de incapacidad civil y a los menores”. La perspectiva se enfatiza desde el

¹²² Así lo ha sostenido en alguna jurisprudencia aislada la Corte Suprema de la Nación en *Fallos*: 320:2762; 324:151; 324:253. También aisladamente algunas pocas salas de la Cámara Nacional Civil; ver por caso CNCiv, Sala I, 20/09/2010, “Caparros, Inés Alejandra y otro c. Autovía Oeste S.A. y otros” LL 2010-E, 285.

¹²³ Ley 7892, disponible en <https://www.justiciacordoba.gob.ar/transparencia/pdf/ciudadania/Ley%20de%20Asistencia%20Jurídica%20Gratuita.pdf> [recuperado el 20/08/2023].

¹²⁴ *Ibid.* art. 6.

punto de vista de la iniciativa procesal, porque la norma aclara que es función de esos magistrados también “[p]romover o participar en las acciones judiciales que afecten derechos de incapaces o inhabilitados civiles, o de quienes puedan ser declarados tales”¹²⁵.

La legislación pampeana ha tomado un concreto rumbo en esta materia en el marco de la reforma introducida en 2017 a su Ley Orgánica del Poder Judicial¹²⁶. Los incisos a y c del artículo 120 de la norma determinan las potestades – deberes del Asesor de niños, niñas y adolescentes de manera directa y autónoma respecto de la conducta de los representantes necesarios.

El inciso “a” refiere a la atribución de este magistrado de “peticionar y promover” todas las acciones de protección de las personas y los bienes de los menores. Y el inciso “c” determina que debe intervenir “como parte, ejerciendo la representación promiscua de los menores, en todos los procesos judiciales donde se hallaren comprometidos las personas o bienes de los mismos”.

La normativa chaqueña alude directamente a la representación del incapaz en todos los asuntos que los involucren¹²⁷; aunque esta directiva aparece confundida con la defensa de pobres (que allí se encarga al mismo magistrado). La cuestión se aclara con la lectura conjunta del artículo 55 de la ley orgánica del Poder Judicial local; que recupera una fórmula que introdujo el legislador nacional al dictar las primeras leyes de organización judicial (nº 1144 y 1893) según la cual

¹²⁵ Ibis. art. 12 incs. 1 y 2.

¹²⁶ Ley 2574, t.s. ley 3051 de 2017, disponible en <https://digesto.tcuentaslp.gob.ar/digesto%20tribunal/Leyes/Ley%202574.html> [recuperado el 28/07/2023].

¹²⁷ Art. 32 ley 913, disponible en [https://observatoriovsp.chaco.gov.ar/backend/carpeta/Ley%20N%20913.B%20-%20\(Antes%20Ley%204396\).pdf](https://observatoriovsp.chaco.gov.ar/backend/carpeta/Ley%20N%20913.B%20-%20(Antes%20Ley%204396).pdf) [recuperado el 12/08/2023].

la magistratura estudiada debe “entablar en su defensa las acciones o recursos necesarios, sea directa o conjuntamente con los representantes de los incapaces”¹²⁸.

La ley del Ministerio Público de San Juan, menos explícita, refiere una representación en su artículo 33 inc. 1 en cuanto exige del Asesor de Menores e Incapaces intervenga en los asuntos que interesan a personas menores de edad y con padecimientos mentales “en defensa de los derechos de sus representados”¹²⁹.

En Corrientes¹³⁰ se ha ido más allá en la tarea de despejar las dudas y el estatuto de nuestro defensor exhibe un depurado conocimiento de las complejidades de la magistratura en estudio, así como de los debates en que estuvo inmersa.

El artículo 39 del dec.- ley 21 de 2000, determinó como deber del asesor de menores e incapaces ejercer la “representación obligatoria del artículo 59 del Código Civil” (inc. d). El mismo inciso reitera el carácter preceptivo de la representación ministerial aun cuando el incapaz cuente con sus representantes necesarios al decir que “[e]sta actuación es obligatoria, aun cuando los menores se encuentren bajo el régimen de la patria potestad o cuenten con representantes legales y/o cuando los incapaces tengan representantes legales”.

¹²⁸ Art. 55 ley 1 (antes ley 3). Disponible en <https://digesto.legislaturachaco.gob.ar/Documentos/Ley/VistaPublicaLey/724> [recuperado el 28/07/2023].

¹²⁹ Art. 32 inc. 1 ley 633 – E, disponible en <https://minio.legsanjuan.gob.ar/normasconsolidaciones/72995/LP-633-E.pdf> [recuperado el 20/02/2023].

¹³⁰ Dec. Ley – 21-2000, disponible en: https://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/pdf/2016/DecretoLey21_MrioPublico.pdf?iframe=true&width=95%25&height=95%25 [recuperado el 12/02/2023].

Es visible la preocupación de la normativa por no dejar espacio a dudas en punto a la defensa doble debida a los incapaces, ejercida por vía de representación. Y por ello, en el inciso siguiente, el mismo decreto ley establece que el asesor deberá “[a]sistir, representar y asesorar al Menor y al Incapaz, en forma diferenciada de la representación que ejerzan los padres, tutores o curadores” (énfasis agregado).

La regulación riojana se integra a este grupo y es de las que siguen las fórmulas de las leyes de organización de la justicia nacional (n° 1144 y 1893) cuando establece que incumbe al Defensor Oficial de niños, niñas, adolescentes e incapaces “entablar en su defensa las acciones y recursos necesarios, directamente o acompañado por sus representantes legales” . La ley local actualmente en vigor¹³¹ derogó a su antecesora ley 5825 de 1993, que confería al defensor de incapaces las facultades más robustas de todas las estudiadas.

La novel normativa prevé la cuestión de la iniciativa procesal para no dejar lugar a dudas en torno a la facultad de la que está investido el defensor. Su artículo 25 inc. b de la norma de 2021 determina como función del Defensor “[p]romover las acciones judiciales conducentes a garantizar los derechos de niñas, niños, adolescentes e incapaces cuando fueren afectados o en inminencia de serlo, debiendo agotar los recursos legales a su disposición contra aquellas resoluciones que sean adversas a sus derechos”.

Como se ve, el legislador provincial reguló el ministerio del defensor de incapaces en función de los derechos y necesidades de sus sujetos

¹³¹ Art. 30 inc. a ley 10.442/2021, Orgánica del Ministerio Público de la Defensa, disponible en http://www.saij.gob.ar/LPF0010442?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=ley-provincial [recuperado el 28/07/2023].

de actuación y no en relación con la actuación de los representantes necesarios.

La norma santacruceña¹³² sigue estos pasos. El artículo 84 inc. “a” segunda parte determina la actuación indiferenciada del defensor respecto de los representantes necesarios, mediante la extendida fórmula diseñada por el legislador nacional en los albores de la organización de la república.

A título de refuerzo conceptual —y como respuesta clara a cierta jurisprudencia que hizo fortuna hace algunas décadas y todavía pervive en minoría— el legislador santacruceño se ocupó de regular la facultad — deber del defensor de formular oposición a las acciones inconsistentes, inconvenientes o lesivas para los intereses de los incapaces y deducir recursos aunque mediare consentimiento allanamiento de los representantes legales (artículo 84 inc. e ley citada).

También debe incluirse en esta categoría de leyes que regulan el ministerio del defensor de incapaces con recto alcance la norma orgánica del Ministerio Público de Santiago del Estero¹³³. Su artículo 39 incisos 1 y 3 conforman la trama de la representación ministerial, la que es calificada como “promiscua”, sin aditamentos ni equivocadas asimilaciones a la subsidiariedad.

A su turno, llegado el momento de precisar cómo se cumple tal incumbencia, la ley establece el deber del magistrado de peticionar por

¹³² Ley n° 1, Orgánica de la Justicia de la Provincia de Santa Cruz, disponible en <https://www.jussantacruz.gob.ar/pdfs/normativa-juridica/leyes-usuales/ley-organica-de-la-justicia.pdf> [consultado el 20/02/2023].

¹³³ Ley n° 6924, disponible en <https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/Ley6924.php> [consultado el 21/02/2023].

los incapaces en defensa de todos sus derechos, consagrados por las normas de todas las jerarquías.

Como otra expresión de la buena técnica observada por el legislador santiaguense, el criterio de actuación de su Asesor Tutelar no aparece graduado en función de la actuación del representante necesario, sino que —nuevamente recuperado la perspectiva de la vieja ley nacional— manda al magistrado a “ejercitar todas las acciones y recursos previstos en las leyes, “cuando lo estime pertinente”. Pertinencia que, nos parece claro, viene dada por un conjunto de factores que debe apreciar el defensor especializado en cada caso particular, en ejercicio de sus competencias técnicas y prudenciales.

Es parecida la técnica seguida en Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Su Ley Orgánica del Poder Judicial¹³⁴, según la cual el Defensor Público —que allí ejerce la función estudiada en este trabajo— “ejerce la representación promiscua con los representantes necesarios que la Ley acuerda a los incapaces”.

Como se advierte sin esfuerzo, aquí la noción de promiscuidad en la representación aparece entendida como conjunción y no como subsidiariedad o subordinación. La preposición “con” según la Real Academia Española¹³⁵ funciona adecuadamente para determinar el modo en que se operativiza la representación doble que la ley asegura a los incapaces. Es la sexta acepción la que describe el fenómeno, cuando alude a lo que se hace “[j]untamente y en compañía”. El defensor, pues, actúa *con* los padres, tutores, curadores y apoyos; no después; no en defecto de ellos.

¹³⁴ Ley 110, disponible en <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wp-content/uploads/2014/09/leyorganica2009.pdf> [consultado el 21/02/2023].

¹³⁵ Ver <https://dle.rae.es/con> [consultado el 21/02/2023].

Otras expresiones de la buena regulación fueguina de la magistratura en análisis son las que señalan casos particulares de iniciativa ministerial, que refuerzan los conceptos ya expuestos (v. sus arts. 69 inc. h y n).

Santa Fe tiene una regulación única de la magistratura que se estudia¹³⁶, pues combina la característica unipersonalidad del cargo con ciertos supuestos de actuación colegiada, encargados al “Ministerio Pupilar”. La actuación individual está confiada a los Defensores Generales (arts. 143 y ss. ley cit.) que también ejercen el patrocinio de las personas sin recursos económicos para enfrentar el juicio. El obrar pluripersonal solo tiene lugar en los dos distritos más populosos de la provincia (Santa Fe y Rosario, arts.154 y ss.).

Aunque la normativa no alude en ningún momento a una representación, parece fácil encontrarla en la determinación de ciertos deberes funcionales del Defensor General de agotar las vías recursivas contra las sentencias desfavorables a sus defendidos, oponerse a las demandas promovidas por los representantes necesarios cuando sean lesivas a los intereses de los incapaces (artículo cit. inc. 9) y también al allanamiento que aquellos hagan cuando estos fueran demandados (inc. 10).

Ponemos dentro de este grupo también a Neuquén, aunque con alguna duda en atención al poco sistemático tratamiento que recibe la magistratura estudiada mediante las dos leyes¹³⁷ que la regulan.

¹³⁶ Ley 10.160 de 1998, orgánica del Poder Judicial provincial, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-10160-123456789-0abc-defg-144-1000svorpyel/actualizacion> [consultado el 22/02/2023].

¹³⁷ Dec.- Ley 1436, Orgánico del Poder Judicial y Ley 2302 – 1999 de Protección Integral de los Derechos del Niño. Disponibles en <http://200.70.33.130/images2/Biblioteca/1436%20Poder%20JudicialLeyOrganicaC>

En efecto, la ley orgánica del Poder Judicial de la provincia se enrola dentro de aquellas que, expresamente, confunden la noción de promiscuidad con la de complementariedad o subsidiariedad (artículo 67 inc. a). El equívoco es problemático porque, como veremos enseguida, llevó al antiguo legislador local a introducir una dinámica general de subordinación del representante indiferenciado respecto del natural.

La perspectiva se refuerza con el inciso “d” del mismo artículo 67, cuando estatuye que el defensor podrá pedir de propia iniciativa en interés de los incapaces solo cuando “mediare entre el representante de los mismo (sic) y éstos conflicto personal y oposición de intereses”.

Pero la ley de protección integral de los derechos del niño de nivel provincial (nº 2302) corrigió en muy buena medida esta dinámica. El artículo 49 de esa norma agrega a los deberes funcionales del Defensor los de defender los derechos de los niños por sobre cualquier otro interés o derecho, privilegiando siempre su interés superior (inc. 1); y de promover y ejercer las acciones para la protección de los derechos individuales e intereses de incidencia colectiva, difusos o colectivos relativos a la infancia (inc. 3).

Sendos incisos crean una dinámica que abandona el criterio subordinante de la vieja ley orgánica y ponen al magistrado estudiado en su correcto lugar. Un defensor de unos especiales derechos e intereses cuya custodia la ley le confía sin restricciones abstractas vinculadas al obrar parental o de los tutores.

Desde una perspectiva exegética, esta última normativa solo beneficia a un grupo de incapaces (los niños) pero deja afuera a los siempre más

[ompletaActualizada-Nov2016.pdf](#)

http://www.mpdneuquen.gob.ar/images/nin/ley_2302.pdf,

[recuperados el 28/07/2023].

y
respectivamente

preteridos incapaces por motivos de salud mental. Pero nos parece que el asunto es de sencilla resolución, a poco que se tenga en cuenta que la normativa fue sancionada en una época en que el código de fondo equiparaba en tratamiento a menores de edad y personas restringidas en su capacidad de ejercicio por padecimientos mentales (artículo 475 del CC). Se trata de un paradigma antiguo, pero que tiene su pervivencia en nuestras leyes actuales (véase el artículo 138 CCyC) y que tiene que dar pie a una lectura extensiva del haz protectorio del quehacer ministerial, como derivación también del principio *pro homine*.

III.1.b. Casos intermedios

En este grupo habremos de ubicar a las regulaciones provinciales que no permiten determinar con claridad la opción seguida en materia de defensa de los intereses de incapaces. En general, y como se verá, las soluciones dependen en buena medida de la hermenéutica que haga el operador.

III.1.b.i. Incorporaciones locales del art. 103 del CCyC

Las últimas reformas habidas en las leyes orgánicas de Mendoza, Ciudad de Buenos Aires y Entre Ríos buscaron poner en línea sus instituciones locales con el artículo 103 del código de fondo. Según veremos, en los tres casos las transposiciones desde lo nacional hacia lo subnacional no fueron meras réplicas sino una mixtura de ciertos conceptos que trajo el nuevo código federal con otros provenientes de regulaciones locales previas, evidentemente arraigadas en la institucionalidad de cada distrito.

Mendoza reorganizó en 2016 su “Ministerio Público de la Defensa y Pupilar”¹³⁸. En lo que ahora interesa, la ley provincial incorpora la

¹³⁸ Ley 8.928 de 15 de noviembre de 2016, “Misión y funciones del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar”; disponible en <http://www.saij.gob.ar/8928-local->

perspectiva de actuación según la cual es deber funcional del Asesor de Personas Menores e Incapaces intervenir en aquellos asuntos que los afecten, para lo cual deben “entablar en defensa de éstos, las acciones y recursos pertinentes ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes legales, en los términos previstos por el CCyCN y leyes complementarias” (artículo 16 inc. 1, ley cit.).

Esta fórmula es algo oscura porque establece una solución puntual, muy extendida, vinculada a la idea del defensor como parte representativa; pero luego la enlaza con las previsiones de un código de fondo que rehúye tanto a una como a otra noción.

Parecidamente, a inciso seguido la norma parecería sugerir cierta subordinación cuando determina —en su primera parte— como función del asesor “[p]romover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes [de los incapaces] cuando carecieran de asistencia o representación legal, cuando fuere necesario suplir inacción de sus representantes legales, parientes o personas que los/las tuviesen a su cargo”. Pero la segunda parte del inciso estudiado aclara que esta actuación que el código nacional consideraría “principal” también opera cuando “hubiere que controlar la gestión de éstos últimos [en alusión a los representantes y otras personas a cargo]” (artículo cit. inc. 2, énfasis agregado).

Nótese que en este aspecto la regulación cuyana se aparta de la normativa nacional, pues esta última parte del inciso en comentario no se refiere a procesos que tienen por objeto exigir el cumplimiento de los deberes de los representantes necesarios (artículo 103 inc. b ap. CCyC) sino simplemente controlar su gestión. Y como la representación de todos los sujetos enumerados en el artículo 101 del

[mendoza-mision-funciones-ministerio-publico-defensa-pupilar-lpm0008928-2016-11-15/123456789-0abc-defg-829-8000mvoorpyel](https://www.mendoza-mision-funciones-ministerio-publico-defensa-pupilar-lpm0008928-2016-11-15/123456789-0abc-defg-829-8000mvoorpyel) [recuperado el 19/02/2023].

código es siempre controlada¹³⁹, se tendrá que siempre que haya una representación necesaria en juicio, aparecerá también la ministerial.

No deja de reconocerse la mala técnica seguida por la legislatura cuyana, pues estatuye una duplicidad de supuestos donde en realidad hay unidad, pero debe anotarse en su favor que al final del día las facultades otorgadas al asesor provincial son lo suficientemente robustas como para cumplir su rol protectorio.

Iguales consideraciones cabe hacer con relación a la normativa porteña, recientemente modificada, pues los dos primeros incisos del artículo referido a las funciones del Asesor Tutelar¹⁴⁰ aluden a una mera intervención por vía de dictamen (inc. 1) o a la promoción e intervención en causas o asuntos cuando los beneficiarios de su actuación “carecieren de asistencia o representación legal y fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieran a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as.”

Pero el inciso tercero de la norma retoma la fórmula de las leyes organizativas de la justicia nacional cuando manda al magistrado porteño a “intervenir en los términos del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación en todo asunto judicial o extrajudicial [...] y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios”.

¹³⁹ TOBIÁS, José W., comentario al art. 101 del CCyC, en ALTERINI, J. H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2016, T^oI, 674.

¹⁴⁰ Ley 1903, t.s. ley 6549 de 2022, disponible en <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/82100> [recuperado el 23/07/2023].

Nos parece que una buena interpretación de la norma, que compute el deber ineludible de favorecer el acceso a la justicia de personas vulnerables, no habrá de ver en el orden de los incisos una prelación. Como explicaba Highton hace medio siglo¹⁴¹, las facultades del defensor son amplias, pero su extensión concreta en cada ocasión dependerá de la protección que reclame el interés de la persona sin plena capacidad. Debe primar, pues, una lectura global de la norma que organiza la defensa especializada según la cual no hay un orden de funciones que deba ejercer el defensor según la prelación de los incisos, sino que todos ellos integran el instrumental legal con el que cuenta el niño o la persona con discapacidad para el mejor ejercicio de sus derechos por intermedio de la magistratura especializada.

Por último, cabe incluir dentro de esta subcategoría a Entre Ríos¹⁴² que, al plegar su ley local a la legislación nacional eliminó tanto el carácter de parte como la noción representativa en el quehacer del defensor de incapaces. A la vez, estableció el deber del defensor público (allí se mantiene unificada la defensa de los carentes de recursos con la de los incapaces) de “intervenir en los términos del artículo 103 del CCyC [...] y entablar en defensa de estos las acciones y recursos pertinentes ya sea en forma principal o complementaria”.

Parecería que el legislador entrerriano quiso hacer la mayor concesión posible al texto naciente del código, sin desprenderse del todo de la más tradicional fórmula acuñada en la ley de organización de la justicia nacional. El resultado ha sido poco claro.

Al concretar la forma en que se ejerce el ministerio del defensor, el inc. c del artículo 41 de la norma citada evita específicamente a la representación, al decir que el titular del Ministerio Público

¹⁴¹ Ob. cit. en 53

¹⁴² Art. 41 ley 10.407, disponible en <https://www.jusentrieros.gov.ar/biblioteca/ley-10407-ley-organica-del-ministerio-publico/> [recuperado el 12/02/2023].

especializado debe “[a]sesorar, promover, intervenir en cualquier causa o asunto” que interese a los incapaces. No obstante, y pese a los esfuerzos hechos por el legislador local para evitar la dinámica representativa esta acaba por filtrarse, pensamos, como consecuencia de la naturaleza misma de sus funciones.

De allí que la segunda parte del inciso “c” más arriba citado determina el deber funcional de “requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de las personas menores de edad, incapaces, con capacidad restringida e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas”.

Y el inciso siguiente (“d”), no sin alguna redundancia, informa que el defensor también debe “[p]eticionar a las autoridades judiciales y/o administrativas, según corresponda, la aplicación de las medidas pertinentes para la protección integral de los niños, niñas, adolescentes, incapaces, con capacidad restringida e inhabilitados expuestos por cualquier causa a una situación de vulnerabilidad, con independencia de su situación familiar o personal”.

Esta última salvedad referida a la actuación con independencia de la situación personal de incapaz puede ser la clave de bóveda de una actuación del defensor acorde a los estándares de protección que hemos defendido. La situación familiar o personal involucra —diríamos que primordialmente— la conducta de los representantes necesarios; por lo que el deber de requerir nacido en cabeza del defensor se activa con independencia de aquella.

III.1.b.ii. Captaciones mejorables del promiscuidad velezana

Los casos de Salta, Río Negro, Misiones, Chubut, Formosa y Tucumán son buenos testigos de las complejidades que generó el art. 59 del código de Vélez. Los seis estados locales aluden expresamente a tal normativa e incorporan —en distinta medida— sus términos como marco general de actuación. Mas al delinear con precisión el ejercicio

de las funciones ministeriales pueden conducir a interpretaciones que equiparan la idea de representación promiscua a subsidiariedad estricta.

El caso de Salta es singularmente curioso, porque su ley orgánica del Ministerio Público¹⁴³ es una de las pocas que capta la noción de representación y promiscuidad en todo su alcance cuando estatuye que el Asesor de Incapaces —como pauta general de actuación— “interviene en todas las cuestiones judiciales o extrajudiciales que se relacionen con la persona e intereses de los menores e incapaces como representantes, en forma exclusiva o promiscua de los mismos” (artículo 55 ley citada, destacado añadido). Esta regulación provincial es una de las pocas que comprende a la promiscuidad como el opuesto de la exclusividad, es decir, como sinónimo de conjunción y no de subsidiariedad.

También al ingresar en la casuística, el artículo 56 de la ley salteña comienza por señalar (inc. 1) que el Asesor será parte legítima y esencial en todo asunto contencioso o voluntario y en todo acto en los cuales se interesen las personas o bienes de los incapaces; recuperando así lo establecido en su hora por Vélez.

Pero en los incisos siguientes, que individualizan los casos de actuación del defensor especializado local, incorporan nociones que pueden conducir a equívocos similares a los que se observaron durante la vigencia del código originario. Así, el inciso quinto del artículo mencionado antes refiere al deber del Asesor de “[s]ustituir a los representantes de los incapaces en el ejercicio de toda pretensión, petición o defensa procesal cuando sus representantes legales no las

¹⁴³ Ley 7328 de 2004, disponible en <http://www.cmagistraturasalta.gov.ar/images/uploads/ley-7328-organica-del-ministerio-publico.pdf> [recuperado el 20/02/2023].

ejercitaran o sus intereses respectivos se encontraren en contradicción”
(subrayado añadido).

Se trata de una transcripción parcial del segundo párrafo del art. 493 del código de Vélez, aunque con una cláusula de escape hacia la defensa directa más amplia, que es la corroboración de un conflicto de intereses entre representantes y representados. Aisladamente una norma así podría conducir al equívoco —que ya vimos muy difundido— según el cual aquella actuación solo podrá tener efectos jurídicos si se corrobora una pasividad total del representante natural o una contraposición de intereses formal y actual. No cuando, por caso, este prefiere otorgar o no otorgar determinado acto procesal por cuestiones de estrategia o conveniencia. Si el defensor discrepara con esta acción u omisión no debería estar en condiciones de proponer la actividad que considere útil a su interesado¹⁴⁴.

Pero de conformidad con lo que decíamos más arriba, no debe verse en estos casos particulares de intervención la negación de las facultades más genéricas que se derivan del reconocimiento que la ley hace al

¹⁴⁴ Es singularmente interesante lo ocurrido en el caso “Barros, Blanca Beatriz y otros c. G.C.B.A. y otros s/otros procesos incidentales”, fallado por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario porteña. El tribunal, por mayoría, consideró que si mediaba expreso consentimiento de los padres respecto de una resolución adversa por motivos de estrategia procesal, el defensor especializado carecía de legitimación para recurrir. Se llegó a decir expresamente que las meras “sugerencias” del Asesor no pueden comportar un reemplazo de la representación natural y que la discrepancia entre esta y la del defensor no son supuestos de inacción sino un simple “conflicto de subjetividades, frente al cual el derecho vigente sin dudas favorece la posición paterna”. Tribunal citado, 05/04/2013, *LL online*, cita: AR/JUR/14284/2013.

magistrado en cuanto a su carácter de parte representativa, conjunta o autónoma.

Río Negro también se anota en este grupo de legislaciones que, tras establecer deberes amplios de actuación que darían la pauta de una defensa robusta, doble y con los dos órganos de representación en paridad de línea, luego introducen casos particulares que pueden generar dudas en el intérprete acerca de la real extensión de los deberes ministeriales.

El artículo 22 de la ley orgánica del Ministerio Público provincial rionegrino¹⁴⁵ reparte en tres incisos los casos de actuación del Defensor de Menores e Incapaces local, no sin bastante confusión terminológica y duplicidades.

El inciso i del artículo refiere al deber de ejercer la representación promiscua de menores e incapaces y —de manera similar a la vieja ley nacional 1.114 y las normas locales que la siguen— determina que debe entablar las acciones o recursos que sean pertinentes en interés de aquellos.

Pero luego se amplía el concepto y la norma refiere que aquella actividad debe hacerla en los términos del artículo 59 del CCiv “ejerciendo la defensa promiscua” de los incapaces; como también “en forma autónoma y ejerciendo la directa representación” de aquellos. Aquí ya se advierte un error conceptual, pues nuevamente la promiscuidad fue asimilada a la subsidiariedad.

Y para precisar este supuesto de actuación, el legislador no logró escapar al concepto vinculado al actuar de los representantes

¹⁴⁵ Ley n° 4199 – T.O. ley 5569 de 2022, disponible en https://www.jusrionegro.gov.ar/web/normativa/documentacion/ley_4199.pdf

[recuperado el 20/02/2023].

inmediatos. El segundo supuesto que contiene el artículo 22 inc. 1 de la ley que se viene comentando tendría lugar cuando los incapaces carecieran de asistencia o representación legal o cuando resultare necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales. A continuación enumera con excesiva casuística los casos en que esta representación directa se activaría que son, general, los otrora recogidos por los artículos 491 a 494 del código de Vélez.

Finalmente, se agrega un último inciso con una solución de mala técnica, pero bastante extendida, que potencia confusiones con la figura del tutor *ad litem*. El inciso j del artículo 22 ya citado determina que es deber del Defensor “[a]ctuar en representación y en nombre de los menores e incapaces cuando mediar entre sus representantes y éstos conflicto personal u oposición de intereses”.

Formosa merece ser colocada en esta categoría porque su ley local elude la noción representativa, pero de todos modos conecta con la representación establecida por Vélez que, como vimos, era amplia. El texto local establece como deber central del Asesor de Menores e Incapaces “Dictaminar y asistir en las audiencias ante los juzgados de primera instancia [...] a los fines del Art. 59° y cctes. del Código Civil”¹⁴⁶.

Ubicamos en este grupo también a la legislación chubutense¹⁴⁷ que determina los deberes funcionales del Asesor de Familia, nomenclatura que no se repite en el resto del país y que no da cuenta del universo de

¹⁴⁶ Ley n° 521, art. 79 inc. 1 ap. “a”, disponible en www.jusformosa.gob.ar/fx/biblioteca/legislacion/LeyOrganica2018.pdf.

¹⁴⁷ Ley V N° 139/2012, Orgánica del Ministerio de Pobres Ausentes, Menores e Incapaces. Disponible en: https://www.defensachubut.gov.ar/wp-content/uploads/2017/05/ley_organica_defensa.pdf [recuperado el 11/02/2023].

casos más amplio para los cuales ese magistrado es convocado por la propia ley.

Así, el artículo 21 inc. 1 de la ley 139/2012 refiere a un deber general de intervención “en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte derechos de niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental, entablado las acciones o recursos que sean pertinentes” sin siquiera aludir a la representación necesaria, lo cual daría la pauta de una auténtica representación doble e indiferenciada, sin mayor cortapisa que la que marca el interés defendido.

Pero el inciso siguiente determina que corresponde al asesor petitioner “las medidas que hagan a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y personas con padecimiento mental, en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de quienes carecieran de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieren a su cargo por disposición judicial o de hecho”.

Podría pensarse que la lectura conjunta de ambos incisos lleva a asumir que *solo* puede ejercer sus facultades de representación de propia iniciativa cuando hay dejación de deberes del representante necesario y que en los demás casos haría una tarea más bien supletoria de los deberes de padres, tutores o curadores.

Algo semejante ocurre con la norma tucumana, según la reforma introducida en 2007¹⁴⁸. Su artículo 160 *quindecies* informa en su primer inciso que corresponde al Defensor de Menores e Incapaces ejercer la representación promiscua conforme al artículo 59 del Código Civil y concordantes. Y luego los incisos dos a cuatro mencionan las

¹⁴⁸ Ley 6238, t.s. ley 8983-2007, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-6238-123456789-0abc-defg-832-6000tvorpyel/actualizacion> [recuperado el 21/02/2023].

funciones que en la economía del código hoy vigente serían de “representación principal” (actuación en defecto de los representantes necesarios o contra ellos).

La gran cantidad de complejidades y resultados disvaliosos que genera una lectura de las características reseñadas nos lleva a ver en el segundo inciso un mandato de actuación hacia el servidor público de la defensa, quien no podrá escudarse en la falta de representación inmediata del incapaz para omitir su ministerio. Deberá actuar siempre sin condicionar la protección debida al niño o persona con discapacidad al discernimiento de otra figura de protección.

Un caso afín es el misionero, aunque su regulación debe anotarse entre las más confusas de la república. Allí también se mantiene unificada la defensa de pobres con la de incapaces.

El artículo 112 de la ley orgánica del Poder Judicial local¹⁴⁹ determina que corresponde a los defensores oficiales actuar “representando y asistiendo judicial o extrajudicialmente a los pobres, incapaces, ausentes, menores y trabajadores, de conformidad a las atribuciones y deberes que al efecto le asignen las leyes de fondo y de procedimiento”. Como se ve, la heterogeneidad de sujetos comprendidos y de modalidades de actuación impide extraer pautas precisas para nuestra tarea.

Y el artículo siguiente poco ayuda a mejorar el panorama, pues imita la redacción del artículo 59 del código de Vélez pero lo aplica nuevamente a todos los sujetos beneficiarios de la defensa pública (“pobres, incapaces, ausentes, menores y trabajadores”). Solo aporta

¹⁴⁹ Ley IV-15, https://www.jusmisiones.gov.ar/files/normativas/Ley_1550.pdf, disponible en https://www.jusmisiones.gov.ar/files/normativas/Ley_1550.pdf.

algo de claridad el artículo 117, incisos 1 y 4, que escinden las funciones de la magistratura con criterio subjetivo.

Pero curiosamente, al tiempo que el primer inciso le acuerda carácter de parte al defensor en todo asunto que interese a los incapaces (reconocidamente, el rol que más amplias facultades otorga al sujeto procesal); el inciso cuarto da la pauta de subordinación en el actuar: solo reconoce facultad de petición de propia iniciativa “cuando [sus defendidos] carezcan de representante o exista entre éste último, cuando lo hubiere, y el menor o incapaz, conflicto personal u oposición de intereses”.

La lectura de este último supuesto parece señalar que se han confundido —nuevamente— las funciones del Defensor con la del tutor especial; estatuyendo a aquel en una especie de tutor ex lege, francamente extraño a todo el diseño civil argentino, que en esto no varió desde Vélez a nuestros días.

Con todo, creemos que este difícil entramado acaba por decantarse en favor de una representación cuando el artículo 121 inc. 21, análoga en este aspecto —replicando la añosa prosa de Vélez— la actuación del defensor con la del tutor. Sostiene la cláusula que es resorte del defensor “ejercer todos los actos que conduzcan a la protección de los menores como lo haría un padre de familia y deducir las acciones que correspondan contra los padres que faltaren al deber de asistencia y alimentación” (énfasis añadido, confróntese con el art. 413 del derogado Código Civil).

III.1.c. Defensa estrictamente subsidiaria o subordinada

En la provincia de Buenos Aires, de alguna manera en línea con lo que doctrinariamente se ha interpretado del artículo 103 del CCyC, el legislador parece haber considerado la existencia de una representación solo en los supuestos regulados en el código como de “actuación

principal”. El artículo 38 de la ley 14.442 determina los supuestos en que esta modalidad de actuación se produciría¹⁵⁰.

Los incisos primero, tercero y cuarto de la ley orgánica del Ministerio Público bonaerense delimitan el sistema de un modo poco desentrañable. Se habla primero, con carácter general, de un deber de intervención en todos los casos que interesen a incapaces; luego de una “asistencia” limitada a los casos de audiencias en los que estos últimos sean convocados y por último de una representación, aunque el término aparezca una vez más silenciado. Así, el inciso cuatro de la norma dice que es deber del asesor:

Peticionar en nombre de [los incapaces], por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u 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.

Parecidos problemas crea la relativamente nueva ley puntana del Ministerio Público¹⁵¹. En escasos treinta artículos la norma local disciplina las dos ramas del Ministerio Público (fiscal y la defensa) en todas sus instancias.

Ello parece haber motivado un importante nivel de generalidad en las previsiones legales que ahora nos interesan, dado que se regulan conjuntamente los deberes de la defensa de pobres y la de incapaces sin mayores precisiones, aludiendo a nociones de actuación muy diversas.

¹⁵⁰ Véase <https://normas.gba.gob.ar/documentos/B3mlauj0.html> [recuperado el 17/07/2023].

¹⁵¹ Ley n° IV-1052-2021, disponible en <https://www.justiciasanluis.gov.ar/wp-content/uploads/2021/10/LEY-ORGANICA-DEL-MINISTERIO-PUBLICO-PUBLICADA-6-9-2021.pdf> [consultado el 20/02/2023].

Como premisa general, se establece que es misión del Ministerio Público provincial (sin distinción de ramas) “asesorar, representar y defender ante los estrados judiciales, los derechos de los pobres, niños, niñas y adolescentes, ausentes, incapaces, como así también a todo aquel que careciere de defensa penal” (artículo 5 inc. g).

Cuando la ley se dedica al tratamiento del Ministerio Público de la Defensa, nuevamente, determina como deber general de actuación “asesorar, defender y representar a los requirentes de justicia que sean beneficiarios del sistema de gratuidad, a los imputados que no tengan asistencia legal privada, a los niños, niñas y adolescentes, incapaces y ausentes” (artículo 13).

La única previsión específicamente referida a nuestra magistratura es el artículo 15 inc. h de la ley local, que regula las atribuciones del Defensor General de la provincia, y determina que este debe asegurar en todos los procesos con incapaces “el ejercicio de las funciones correspondientes a la defensa promiscua o conjunta del Asesor Tutelar y la Defensa Técnica”.

La opción seguida es algo oscura, y no queda claro si con la disyunción “o” está introduciendo un supuesto de pretensa sinonimia entre actuación promiscua y actuación conjunta; o bien una cláusula de alternatividad según la cual el asesor actuaría promiscuamente o, en cambio, de modo conjunto con la defensa técnica del incapaz.

En cualquier caso, es la única ley de las estudiadas que pone la tarea ministerial en relación con la “defensa técnica” del incapaz, inflexión generalmente utilizada para referir al abogado del niño, y no a su representante natural¹⁵². Es otro error de técnica, pues en tanto que

¹⁵² Es cierto que si se admite la posibilidad de hablar de una defensa técnica en el ámbito civil (lo cual es dudoso) bien podría interpretarse que ella es ejercida por el representante necesario, debidamente patrocinado si se trata de un proceso judicial.

aquella defensa es contingente, esta representación es necesaria (arts. 25, 26 y 101 del CCyC).

Jujuy sancionó hace relativamente poco tiempo una ley sobre el Ministerio Público de la Defensa Civil, en cuyo marco actuarán los Defensores de Menores e Incapaces. La provincia legisló el tema enrolándose en la idea de promiscuidad como subsidiariedad en la defensa.

Así, el artículo 116 inc. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial provincial¹⁵³ determina que el deber del defensor es “[e]xigir que los representantes de los menores deduzcan las acciones que interesen a éstos, o deducirlas cuando aquellos no lo hicieren”. El resto de las competencias enumeradas en la normativa son réplicas locales de funciones incorporadas al código de Vélez.

Por último, esta visión llega a extremos paroxísticos en el caso de la provincia de Catamarca. La ley local 5082¹⁵⁴ disecciona los casos de actuación de su Asesor de Menores e Incapaces local y así agrupa sus modos de actuación de menor a mayor intensidad: intervención – representación – promoción - solicitud (art. 14 incs. a, b, c y d respectivamente). El defensor especializado “interviene” en toda clase de asuntos que interesen a menores e incapaces (art. 14 inc. a). El art. 14 inc. b) parecería abrir una cláusula de fuga a la representación indiferenciada al estatuir que el magistrado debe “[e]jercer la representación promiscua establecida en el art. 59 del Código Civil,

¹⁵³ Ley 4055, disponible en <http://www.justiciajujuy.gov.ar:9090/iah/legpro/LOPJ.pdf> [recuperado el 12/02/2023].

¹⁵⁴ Disponible en: <https://juscataamarca.gob.ar/PDF/normativas/LEY%205082%20-%20CREACION%20DE%20JUZGADOS%20DE%20FAMILIA.pdf> [recuperado el 20/08/2023].

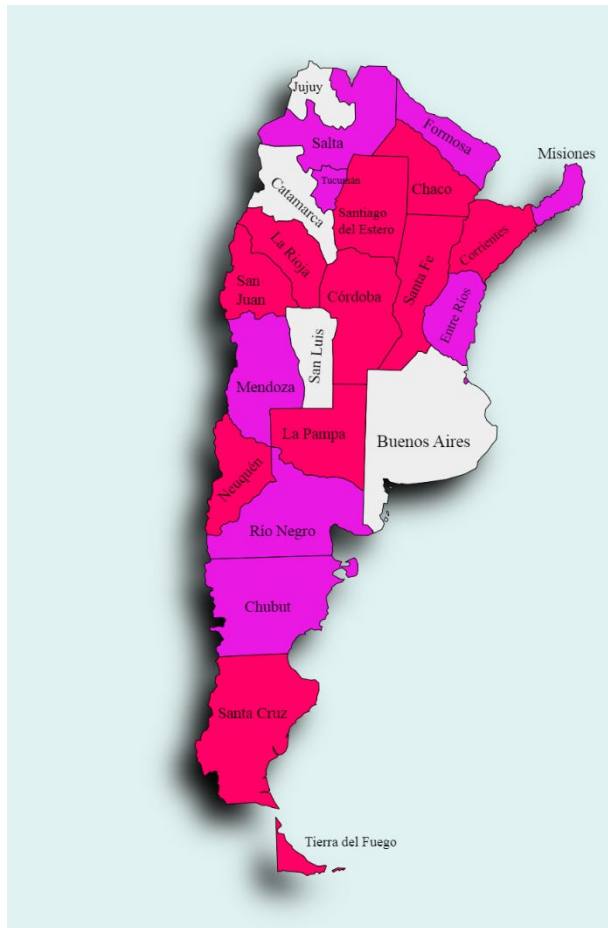
interviniendo en todo juicio civil, comercial, laboral, penal o de faltas en el que esté interesado un menor”.

Pero este posible escape —que opera en la norma formoseña— aquí no parece posible porque media una clara disposición en sentido contrario, que pone de manifiesto cuál es la idea de promiscuidad que tuvo el legislador de Catamarca. El artículo 15 de la ley estudiada determina que “[e]l Asesor de Menores e Incapaces, en la promoción de acciones, sólo actuará a falta de representante legal, debiendo ser patrocinados por los Defensores Generales” (énfasis añadido).

Este modelo se corresponde con una concepción antiquísima de la institución estudiada, pues guarda inocultable similitud con el diseño bicéfalo del Ministerio Público especializado, que encargaba a un “asesor” lego las funciones extrajudiciales y a un “defensor” letrado la actuación en sede judicial¹⁵⁵.

Si se comparte lo hasta aquí expuesto, se concluirá que la representación indiferenciada es la regla en las regulaciones locales, aunque con lógicos matices y aspectos pasibles de interpretación en varios supuestos. Gráficamente la situación sería la siguiente:

¹⁵⁵ Ver lo que hemos dicho en el apartado II.2, relativo al nombre de la magistratura y en la nota al pie n° 76.



Donde: A) En rojo se ven las provincias cuyas regulaciones orgánicas reconocen una defensa representativa doble, indiferenciada y en paridad de línea de los incapaces, a cargo de sus representantes necesarios y el ministerial; B) En fucsia los estados que tienen ordenamientos en los que cabe interpretar que tal es la solución legislativamente implementada, aunque ello dependa en alguna medida de la lectura que haga el jurista y C) En blanco, las provincias donde no es posible hablar de una defensa de tal clase y el legislador local se ha inclinado por una de tipo subordinada o estrictamente subsidiaria.

III.2. La convivencia de las distintas formas de actuación del defensor (o las varias caras de una unidad)

Más arriba decíamos que no cabe ver en la afirmación de las facultades representativas de la magistratura estudiada la negación de las funciones de asistencia, vigilancia y de dictamen. El repaso por la normativa estudiada nos reafirma en esta aseveración, porque allí donde las leyes orgánicas establecen una representación indiferenciada del defensor incluyen también una u otra modalidad de actuación.

El caso más visible es el de la ciudad de Buenos Aires que, según se vio, reconoce la función representativa del Asesor Tutelar, retomando la fórmula de la vieja ley 1114 que en su hora significó una de las primeras concreciones de la idea de promiscuidad establecida por Vélez.

Sin embargo, ello no ha significado la expulsión de las funciones de vigilancia, asistencia —en sentido amplio— y dictamen. La primera de ellas aparece, sin ambigüedades, cuando el texto legal estatuye el deber del Asesor Tutelar de requerir todas las medidas que correspondan al interés de sus defendidos cuando hubiere que controlar la gestión de padres, tutores, curadores y personas de apoyo (art. 57 inc. 2, parte final, ley 1903 ya citada).

La asistencia, comprendida como orientación o acompañamiento, también tiene recepción expresa en sede porteña. El art. 55 inc. 5 de la ley mencionada edicta que corresponde al Asesor Tutelar asesorar a los incapaces y a “a sus representantes necesarios, sus parientes y otras personas que pudieren resultar responsables por los actos de aquellos, para la adopción de todas las medidas vinculadas a la protección de estos/as.”

Y la función estrictamente dictaminante es recibida en dos interesantísimas ocasiones. Los incisos 7 y 10 del art. 57 de la norma porteña prevén esta clase de actuación cuando los curadores o tutores

le elevan consultas y cuando los tribunales constituidos en pleno deben resolver alguna cuestión que involucra los intereses de las personas sin plena capacidad.

Neuquén también muestra una singular receptividad a la variedad de funciones que el defensor debe ejercer para cumplir acabadamente su rol institucional. Según se estudió, la norma local contempla las tareas de su defensor a través de dos leyes distintas, que acaban por reconocer un deber representativo en cabeza del defensor. Pero ello no ha sido óbice para que tanto una como otra le encomienden funciones paradigmáticamente controlantes. De un lado, la norma más antigua le encomienda “fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los tutores, guardadores, tenedores y representantes legales de los menores”. La más moderna establece la función de “asesorar jurídicamente al niño, la familia y sus instituciones”.

Y hay espacio allí también para la asistencia, ampliamente comprendida. La más noble de las legislaciones incluye entre los deberes funcionales del defensor especializado el asesoramiento a los niños y sus familias en materia jurídica y de recursos públicos, privados y comunitarios a los que pueden recurrir para resolver sus problemáticas (ley 2302, ya citada, art. 49 incs. 2 y 8).

Córdoba, que exterioriza la idea de defensa indiferenciada tal vez del modo más evidente, no rehúye a la asistencia *lato sensu*, tal vez como consecuencia de la fusión en una única magistratura de la defensa de pobres, ausentes e incapaces. El art. 12 inc. 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita ya estudiada determina como deber del asesor letrado “asesorar, patrocinar y representar, en acciones patrimoniales o extrapatrimoniales a los beneficiarios del sistema” (énfasis añadido).

Es muy parecido el caso correntino, que en nuestra concepción tiene uno de los diseños más acabados de la magistratura estudiada. A más de una representación reclama del defensor especializado “asistir y

asesorar al menor y al incapaz” y tomar contacto inmediato “con aquellos que requieran su asistencia, aunque no exista causa judicial en trámite”¹⁵⁶.

De modo afín, la legislación entrerriana —que también debe considerarse receptiva a la representación indiferenciada, según se vio— desarrolla la función de dictamen en cabeza del defensor para los casos de consultas elevadas por los juzgados de paz con relación a los asuntos que involucren a los destinatarios de su actuación (art. 41 inc. e de la ley local).

Junto a ella se regula la típica función de vigilancia con términos que no dejan espacio a la duda, cuando se dice que es resorte de la magistratura que se estudia “controlar la acción de tutores, curadores y apoyos pudiendo solicitar rendición de cuentas y la remoción de los mismos; solicitar el nombramiento de tutores, curadores y/o apoyos y la suspensión y/o supresión de la responsabilidad parental” (art. 41 inc. n, ídem).

Y, parecido a lo que ocurre en Córdoba, la asistencia comprendida como sinónimo de orientación y asesoramiento aparece señalada entre los deberes funcionales del defensor, que tanto aquí como allí asume —además— el patrocinio de pobres y la representación de ausentes¹⁵⁷.

En el mismo cuadrante cabe ubicar a la legislación mendocina que, indirectamente, reconoce la representación indiferenciada del defensor, pero le impone también el deber de “[a]sesorar a los/las niños/as y/o adolescentes o incapaces o persona con capacidad restringida, así como

¹⁵⁶ Art. 39 incs. d y e ley cit. en nota 130.

¹⁵⁷ El art. 41 de la ley 10.407 establece que el defensor local debe “Asesorar, promover, intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de las personas menores de edad, incapaces, con capacidad restringida e inhabilitados”.

también a sus representantes necesarios, sus parientes y otras personas que pueden resultar responsables por los actos que realicen, para la adopción de aquellas medidas vinculadas a la protección de éstos.

También puede verse en la regulación chubutense una coexistencia entre la representación indiferenciada y la asistencia en sentido lato. En esa jurisdicción el defensor debe “asesorar a niños, niñas y adolescentes, a personas con padecimiento mental, a sus representantes necesarios, a sus parientes y, en general, a quienes sean responsables por los actos de aquéllas”.

La Pampa conjuga expresamente la función representativa ya estudiada con una referencia expresa al rol de contralor a inciso seguido: luego de exigir una representación, el legislador pampeano le encargó al defensor también “[f]iscalizar la conducta de los representantes legales de los menores sobre la persona y los bienes de éstos”.

La legislación chaqueña imprimió la misma dinámica a sus instituciones especializadas: luego de afirmar el magistrado actúa representativamente según se viera, le exige “[f]iscalizar la conducta de los representantes legales de los incapaces” y “[t]omar medidas a fin de proveer de curador a su representado.”

La ley orgánica de Santa Cruz, que hemos ubicado dentro de las que establecen una defensa doble y en igualdad de línea en favor de la persona con capacidad menos plena, utiliza una fórmula similar. Dice que la magistratura debe “fiscalizar la actuación de sus representantes y pedir su sanción o remoción en caso necesario”; “promover el nombramiento de tutores o curadores”, y “Solicitar la exhibición de las cuentas de tutelas y curatelas, cuando existieren motivos fundados para ello” (art. 84 incs. g y j, ley citada). Todas estas funciones típicamente de vigilancia y no de representación, pues no suponen el ejercicio del acto en interés del incapaz sino la inspección del obrar del representante.

Así lo hace también la norma fueguina, ubicada dentro de la categoría de la defensa doble e indiferenciada en el apartado anterior. Exige de nuestro defensor varias acciones típicamente controlantes, como pedir el nombramiento de tutores y curadores e intervenir en su designación; participar en la factura de los inventarios que deben hacer y ejercer las acciones contra estos cuando corresponda (art. 69 incs., c, d y f). Una vez más aquí se cristaliza una función de inspección, pues el sujeto respecto del cual dirige la rogación el magistrado no será el niño o la persona con discapacidad mental, sino los sujetos llamados a colaborar con uno u otra.

Santa Fe, con su complejo sistema de actuación alternativamente individual o colegiada del Ministerio Público establece, según vimos, una representación indiferenciada en favor de la persona sin plena capacidad. Sin embargo, no rehúye al encargo controlante y es una de las funciones que, en particular, encomienda a la magistratura colegiada, lo cual evidencia la relevancia que se le ha conferido a este ministerio. Así, el art. 156 inc. 1 de la ley local determina que es tarea del “Ministerio Pupilar¹⁵⁸” conocer en rendiciones de cuentas de representantes legales administradores o personas que intervienen en operaciones realizadas con bienes de menores e incapaces.

La buena legislación santiagueña, ubicada en el mismo grupo que la anterior en materia de representación, toma la idea de asistencia al niño o persona con discapacidad; no en el sentido del art. 102 del CCyC, sino como sinónimo de acompañamiento. Y en tal orientación la impone como un deber del magistrado cuando el juez convoque a su defendido a comparecer ante él (art. 39 inc. 2, ley cit.).

¹⁵⁸ Allí se reserva esta nomenclatura para los supuestos en que la función del Ministerio Público se ejerce colegiadamente.

III.3. Brevísimo balance: propuesta para un nuevo artículo 103 del CCyC

De cuanto se lleva dicho y lo relevado a partir de la compulsión de las legislaciones locales, pensamos que una adecuada disciplina de la actuación judicial del defensor de incapaces en el código vigente debería contener, cuanto menos, las siguientes nociones.

a) **Actuación representativa indiferenciada, sin perjuicio de las funciones de asistencia, vigilancia y dictamen.** La representación del incapaz en su interés y desde la ajenidad al conflicto es la piedra basal de la magistratura estudiada, según se ha querido demostrar.

Esta representación legal tiene entonces notas peculiares muy claras y un carácter eminentemente variable: cada acto concreto que involucre a la persona sin plena capacidad puede encontrar a esta magistratura en un rol diverso. La idea de promiscuidad que Vélez incorporó en su código apuntaba a esta noción pero ha sido objeto de interpretaciones muy diversas; por lo que se sugiere optar por el calificativo “indiferenciada” que expresa con mayor claridad el concepto.

Hemos dicho ya varias veces, y no huelga aquí reiterarlo, que la representación comporta el modo más enérgico de actuación ministerial, por lo que su reconocimiento conduce lógicamente a la admisión de formas más sutiles —pero no menos valiosas— de intervención, como lo son la asistencia del incapaz (tanto en sentido estricto como en sentido amplio) y la asistencia del representante, asistente y otros sujetos vinculados al incapaz (sólo en sentido amplio). La reforma que proponemos procurará hacerse cargo de esta diversidad de competencias.

b) **Carácter de parte legítima y esencial en todo asunto que interese a los incapaces.** La noción partidaria es el segundo imperativo del interés del incapaz pues, como ya se ha visto, no basta con afirmar su representación. Existen numerosos supuestos donde aquellos intereses

aparecen especialmente concernidos sin que aquel adquiriera carácter de parte procesal. Se trata, en los términos de lo expuesto más arriba, de afirmar una auténtica triangulación de la relación procesal cuando esta alcanza intereses especialmente dignos de tutela. La noción de legitimidad es de relevancia, pues exterioriza que la convocatoria del magistrado al proceso no la hace el juez, sino la ley. Y la esencialidad señala en carácter obligatorio de la intervención ministerial, puesto que no está subordinada a la valoración de la conducta del representante necesario que pueda hacer el juez.

c) Criterio de actuación único según el interés del incapaz defendido. Para poner fin a antiguas deliberaciones y captaciones erradas muy extendidas, la regulación de la magistratura debería contener como única pauta de actuación del magistrado la defensa de los intereses del incapaz y no otros por valiosos que sean (el de la ley, los generales de la sociedad), que tienen sus órganos específicos de tutela.

d) Como derivación de lo anterior, y para evitar lecturas regresivas, realizar expresa mención a la iniciativa procesal autónoma. Si bien cabe conceder que por las pautas anteriores podría resultar innecesaria la enumeración de ciertos casos particulares de actuación, la experiencia ha venido a señalar que ello no es así. Aun en tiempos donde el diseño de la actuación ministerial resultaba contundente y claro, la cuestión de la iniciativa procesal ha sido siempre polémica y generado corrientes interpretativas diversas que han redundado en perjuicio del interés del incapaz. En este escenario, la recuperación de la preceptiva contenida en la ley 1.114—que un importante número de provincias han incluido en sus normas orgánicas— permite apuntocar la normativa nueva en una tradición

anterior; lo que facilita la tarea interpretativa y permite acompañar la innovación con cierta tradición institucional valiosa¹⁵⁹.

e) **Regulación de la nulidad.** La normativa propuesta no podrá prescindir de la nulidad que causaría la falta de intervención del defensor. Sin tal consecuencia, sería vana la exigencia de integrar la litis con este, puesto que en definitiva acabaría por ser potestativo del juez darle o no intervención, y en cualquier etapa del procedimiento. Es adecuado el carácter relativo de la nulidad que actualmente establece el artículo 103 del CCyC puesto que la intervención del defensor es en interés único del incapaz, y no de la ley.

A su turno, desde el punto de vista práctico y de la genuina defensa de los intereses de incapaces concernidos en un proceso, ninguna ventaja sacará el defensor pidiendo nulidades si advierte que —pese a la falta de su intervención— el acto ha redundado en un beneficio para sus representados. Debe dársele, pues, la posibilidad de convalidar lo actuado si la irregularidad no causa daño a los intereses que custodia o si la retrogradación de las actuaciones podrá causar mayores perjuicios que su conservación. Mucho hay de una valoración prudencial que deberá hacer el magistrado de la defensa en estos supuestos.

Con todo, si la nulidad es pedida por este, la situación se torna más compleja. Llambías había defendido, en sintonía con su idea de que el defensor asistía a los representantes necesarios, que si estos se plegaban a la petición nulificante el juez *debía* declararla¹⁶⁰. El autor sostenía que la nulidad, pese a ser relativa, era cuestión concedida al gobierno

¹⁵⁹ Desde la perspectiva dworkiniana, la captación del derecho como una integralidad invita a tomar las decisiones jurídicas actuales en el marco de la historia previa de la comunidad, considerada como un individuo normativo o agencia ética singular. Véase sobre el punto MICHELMAN, Frank, “Foreword: Traces of self-government” *Harvard Law Review* 1 (1986), 66-73.

¹⁶⁰ LLAMBÍAS, ob. cit. , 427.

de los intereses de los incapaces que la ley confiaba a sus representantes (entre los que no incluía al defensor, según se vio) y no al juez. No nos parece que ello no es así, desde que si la nulidad es relativa su éxito dependerá de que se demuestre su correlación con un concreto perjuicio irrogado al incapaz.

Sin embargo, sí debe decirse que una ausencia radical del defensor a lo largo del proceso o en sus secuelas dirimentes tiene entidad suficiente para generar un estado de grave indefensión del incapaz del que se trate. Si no se convoca al defensor al juicio o a los incidentes de él derivados la relación procesal se ha integrado defectuosamente y se presume el agravio al derecho de defensa de la parte. Por ello, en estos supuestos, la doctrina y la jurisprudencia en general no exigen siquiera la acreditación del perjuicio sufrido¹⁶¹ ni la alegación de las defensas que no se pudieron oponer¹⁶²: uno y otro surgen *in re ipsa*¹⁶³. Por lo que, sin merma del carácter relativo de la nulidad en estos supuestos, el solo resultado adverso de la resolución unido a la falta de intervención del defensor de incapaces generarán una fuerte presunción de indefensión que conducirá a la nulidad.

Con base en todo cuanto se lleva dicho, consideramos que debería reformarse el artículo 103 del CCyC para que en lo sucesivo dijese:

¹⁶¹ CNCom, Sala E, 27/10/2021, “Venditto, Marcelo Miguel c/ Gozuk, Vanesa Evelyn y otros s/ ordinario” Id SAIJ: FA21131751.

¹⁶² Cám. 2 de Ap. Civ. y Com. de La Plata, Sala I, 19/04/2016, “Nareas S.R.L. C/ Garat Orlando Oscar s/incidente” RSD 85/16, c. LP 119929. Sumario JUBA n° B258225. En igual sentido, Cám. Ap. Civ. y Com. de Quilmes, 21/12/2021, “G. D. C/ C. D. G. s/régimen de comunicación” RR-156-2021, causa n° QL 18635, Sumario JUBA n° B5079167.

¹⁶³ Cám. Ap. Civ. y Com. San Martín, Sala II, 20/07/2006, “Azar, Daniel y otro c/Consortio de Prop. Galería Vía Belgrano s/Rescisión de contrato” RSD-228-6, c. SM 53945. Sumario JUBA n° B2003559. Cám. 2 de Ap. Civ. y Com. La Plata, Sala II, 21/05/2002, “Delle Donne, Angel c/Giles Maximiliano y o/s s/Daños y perjuicios” RSD-108-2. Sumario JUBA B300975.

“Las personas sin plena capacidad de ejercicio son, además, representadas conjunta e indiferenciadamente por el Defensor de Incapaces, que actuará para la defensa de sus intereses en todo asunto que las concierna, con carácter de parte legítima y esencial. A tal fin, el defensor deberá entablar todas las acciones, defensas y recursos pertinentes, conjuntamente con los representantes o asistentes mencionados en este código y las leyes especiales; sin ellos o contra ellos.

Cuando el acto que pretenda ejercer la persona con capacidad menos plena involucre alguno de los derechos previstos en el libro primero, título primero, capítulo 3 de este Código, es preceptiva la citación y audiencia al Defensor que podrá formular la objeción que considere conveniente.

Sin perjuicio de lo anterior, las funciones mencionadas en los artículos 101, 102 y concordantes de este código y leyes especiales se ejercen bajo inspección y vigilancia del mencionado Defensor.

Le corresponde también al Defensor asesorar a los titulares de esas funciones y a los sujetos destinatarios de su actuación para la satisfacción integral de los derechos de las personas menores de edad y adultas sin plena capacidad de ejercicio. Debe asimismo emitir dictamen en los casos y supuestos previstos por la ley.

La falta de actuación del defensor en el acto del que se trate, hace presumir la indefensión del sujeto por el cual interviene y habilita la declaración de nulidad relativa del acto”.

La regulación así propuesta es amplia y abarcativa de las distintas funciones por medio de las cuales ejerce su complicado ministerio nuestro defensor. Para ilustrar de la opción tomada y concluir esta sección de manera parecida a la observada en las líneas de apertura, esquematizaremos el artículo propuesto del siguiente modo:



Donde, sombreado en celeste se contemplan las formas de actuación que la normativa propuesta involucra y, en gris, la única que excluye de las distintas que se han afirmado: la asistencia en sentido estricto al representante o asistente del incapaz.

IV. Otras modificaciones necesarias. Ajustes necesarios para la adecuada defensa de los incapaces.

En distintos subtítulos del capítulo “*Lo que el nuevo código regula*” exploramos todas las regulaciones del CCyC que aluden a la magistratura en análisis. Señalamos allí los problemas y ventajas que cada artículo relativo al defensor de incapaces presentaba en la codificación vigente.

Como correlato de ello, y una vez establecido cómo debería estar legislada la institución del defensor de incapaces en lo medular, cabe ahora referir a las modificaciones accesorias (y no tanto) que se derivan de aquella. Los motivos de cada una de las modificaciones se han explicado en sus apartados respectivos, por lo que aquí nos limitaremos a plasmar las nuevas redacciones que deberían ostentar algo más que una veintena de artículos actuales. Dejamos expresamente de lado, por motivos de brevedad, las adecuaciones de nomenclatura. Señalamos que en cada artículo que alude al “Ministerio Público” con referencia a nuestra magistratura, debería sustituirse el giro por “Defensor de Incapaces”.

IV.1. Restricciones a la capacidad e internaciones por motivos de salud mental

Debería añadirse una oración al final del artículo 47 del código, que estableciera “Se encuentran legitimados para plantear el cese de la incapacidad o de la capacidad restringida, las personas mencionadas en el artículo 33, la persona de apoyo o curador del interesado”.

IV.2. Tutela

Debería incluirse un artículo 104 bis redactado del siguiente modo:

Artículo 104 bis.- Intervención del defensor de incapaces. El defensor de incapaces intervendrá, de conformidad con lo previsto por el artículo 103 de este código, en todo cuanto hace al discernimiento y ejercicio de la tutela.

En cuanto al artículo 118, segunda oración, del código actual, debería incluir la función preventiva de la responsabilidad civil, a cuyos fines podría pasar a tener la siguiente redacción:

*Artículo 118.- [...]El tutelado, cualquiera de sus parientes, o el **Defensor de Incapaces** pueden solicitar judicialmente*

las providencias necesarias para remediarlo o prevenirlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio.

La rendición de cuentas final de la tutela prevista por el artículo 131 del código en vigor, por las razones que ya expusimos, no debería sustanciarse con el defensor de incapaces si la causa de la rendición final comporta el cese de la actuación ministerial. Entonces, se propone que la norma mencionada pase a decir en su segunda oración:

*Artículo 131.- Rendición final. [...] Las cuentas deben rendirse judicialmente con intervención del **Defensor de Incapaces, salvo en los casos en los que la rendición final lo sea por muerte o cese de la incapacidad del tutelado.***

IV.3. Protección de la vivienda

No son pocos los problemas que tiene la redacción actual del artículo 245, y ya los hemos expuesto. Pero como dijimos también, lo crítico del asunto pasa por la mala redacción del artículo 103 actual, cuya corrección se proyecta hacia las demás normas que prevén la intervención del Ministerio Público especializado. Como el carácter de parte y de representante del defensor pasa a ser indubitado, quedan zanjadas las cuestiones que hemos señalado en el apartado respectivo.

Aunque excede los límites de esta investigación, por su íntima vinculación con la materia estudiada, cabría auspiciar una reforma de los párrafos segundo y tercero del artículo mencionado, para que aluda a los beneficiarios de la afectación allí mencionada como “incapaces”, o bien incluya específicamente a las personas menores de edad dentro de la enumeración.

IV.4. Cuestiones de derecho matrimonial

Constituyen aspectos críticos del código en vigor la redacción de los arts. 411, 412, y 714. Las puntuales modificaciones que siguen se orientan a enmendar las mejorables regulaciones que hemos advertido

en los apartados anteriores en materia de legitimación para formular oposición al enlace y para solicitar su nulidad.

Por ello se propone que el artículo 411 inc. c del código puntualice que la facultad genérica de formular oposición es reconocida al Ministerio Público Fiscal. Y que se agregue un inciso d al artículo en vigor, reconociendo la facultad del defensor de formular idéntica oposición cuando medie impedimento de edad o de salud mental:

*Artículo 411.- Legitimados para la oposición. El derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio por razón de impedimentos compete [...] c) al Ministerio Público **Fiscal**, que debe deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos, especialmente, por la denuncia de cualquier persona realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente. d) **al Defensor de Incapaces cuando la oposición se funde en el artículo 403 incs. f y g y mientras la incapacidad subsista.***

Para que el sistema conserve coherencia, el artículo 412 debería referir a las dos magistraturas del Ministerio Público competentes para recibir la denuncia, según el impedimento de que se trate.

En cuanto la caducidad de la acción para reclamar la nulidad matrimonial, debe preverse la específica solución para el defensor de incapaces que ahora se encontraría expresamente legitimado. Es claro que no podrá plantear la acción si el incapaz deja de serlo (por rehabilitación o arribo a la edad adulta).

La muerte de uno de los contrayentes, a diferencia de lo que ocurre con el fiscal, no priva necesariamente al defensor de interés en pedir la aniquilación del acto, pues ella puede plantearse en beneficio de un interesado incapaz. Proponemos en consecuencia la siguiente redacción del artículo 714.

*Artículo 714.- Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges. [...] La acción de nulidad de matrimonio deducida por el **Fiscal** sólo puede ser promovida en vida de ambos esposos. **El Defensor de Incapaces solo podrá promoverla luego de la muerte de uno o ambo de los esposos si alguno de los legitimados activos mencionados en los incisos precedentes fuera incapaz.***

IV.5. Adopción

IV.5.a. Declaración del niño en situación de adoptabilidad

Se propone reformar el artículo 608 del código hoy vigente, de modo tal que quede en línea con el carácter de parte representativa que le asegura el artículo 103 según la redacción propuesta en este trabajo. El texto podría ser el siguiente:

*Artículo 608.- Sujetos del procedimiento. El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención: [...] **c) con carácter de parte, y de conformidad con lo prescripto por el artículo 103, del Defensor de Incapaces;** d) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial. El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.*

IV.5.b. Discernimiento de la guarda preadoptiva

Se dijo que una de las graves omisiones del código vigente en el ámbito de la adopción es la total supresión del defensor en la selección de los guardadores con miras a adopción. Por ello, se propone reformar el artículo 613 del código del modo en que seguidamente se lee.

Artículo 613.- Elección del guardador. El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendientes

adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes, con citación y audiencia del Defensor de Incapaces, quien podrá formular las oposiciones u observaciones que estime convenientes para el interés superior del niño cuya guarda será discernida [...].

IV.5.c. Juicio de filiación adoptiva

Se estudiaron también las omisiones en que incurre el código en materia de legitimación activa expresa para promover el juicio de adopción y de calificación de los sujetos procesales. Sobre la base de aquellas consideraciones, pensamos que deberían reformarse los arts. 616 y 617 del código para que en lo sucesivo dijese:

Artículo 616.- Inicio del proceso de adopción. Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio, a pedido de las partes mencionadas en el artículo siguiente, o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción.

Artículo 617.- Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas: a) son parte los pretendientes adoptantes, el pretense adoptado y el Defensor de Incapaces, de conformidad con lo previsto por el artículo 103. Si el pretense adoptado tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada [...] c) debe intervenir el organismo administrativo.

IV.6. Responsabilidad parental

IV.6.a. Juicio de disenso

Anotamos en su momento que el artículo 642 del CCyC, en lo que a este trabajo interesa, prevé la “intervención” del Ministerio Público especializado, y —a diferencia de su antecesor y el proyecto de 1998—

no alude a la audición obligatoria del niño para decidir la cuestión ni el deber de resolver conforme a su interés superior. En virtud de tales cuestiones, pensamos que cabría reformar el primer párrafo artículo en cuestión del siguiente modo:

*Artículo 642.- Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver, **con citación al Defensor de Incapaces en los términos del artículo 103**, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores y del niño, en su caso. **El juez fallará teniendo en cuenta el interés superior de este último en relación con el interés familiar.***

IV.6.b. Alimentos

En su oportunidad identificamos como una reforma especialmente problemática la subsidiariedad de la legitimación otorgada al defensor de incapaces en materia de alimentos. Por ello consideramos que el artículo 661 del código actual debería reformarse para que quedase redactado del siguiente modo:

*Artículo 661.- Legitimación. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por el otro progenitor en representación del hijo; el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada, cualquiera de los parientes o el **Defensor de Incapaces**¹⁶⁴.*

¹⁶⁴ Nótese que se eliminó la enumeración de los legitimados para evitar interpretaciones ordenatorias de la legitimación; al tiempo que se suprimió también —con igual fin— el giro “subsidiariamente” hoy presente en el inc. c del art. 661.

IV.6.c. Oposición a Juicio

Señalamos los interrogantes que la redacción actual del artículo 678 genera y las consecuencias disvaliosas que puede habilitar —sobre todo— en materia de defensa de los intereses del niño actor en un juicio a cuya promoción se han opuesto sus representantes naturales. Proponemos entonces que el artículo quede redactado del siguiente modo:

*Artículo 678.- Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del **Defensor de Incapaces**. La autorización, en su caso, será siempre concedida sin perjuicio de la representación del **Defensor de Incapaces en el juicio entablado por el adolescente**.*

IV.6.d. Privación o suspensión de la responsabilidad parental como consecuencia de ciertos procesos penales seguidos a los padres

En cuanto al último párrafo del artículo 700 bis del CCyC (incorporado por la ley 27.363) hemos considerado defectuosa la técnica empleada, que pone en cabeza del juez penal consideraciones relativas a las figuras de protección de los derechos del niño de manera indiscriminada y sin sujeción a las particularidades de la especie. Pensamos que una redacción acorde a los desarrollos más arriba expuestos sería la siguiente.

*Artículo 700 bis: [...] La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al **Defensor de Incapaces competente a los fines de lo previsto en el artículo 703**. También podrá cursarse comunicación a la **autoridad administrativa de protección de los derechos de***

niños, niñas y adolescentes si las circunstancias del caso lo aconsejaren y, especialmente, si fuera necesario adoptar una medida excepcional de protección de derechos. Deberán observarse todas las garantías de procedimiento en favor de los niños involucrados, de conformidad con lo previsto por el artículo 27 de la ley 26.061 y normativa local concordante.

IV.7. Disposiciones de Derecho Internacional Privado

Conversión de la adopción y medidas urgentes de protección

El aspecto crítico del artículo 2638 del CCyC no es el modo en que trata a la magistratura estudiada, sino la delicadísima materia en la cual incursiona. En lo que hace a nuestro trabajo bastará con que se modifique la cláusula de intervención para que quede ajustada a las exigencias en materia de infancia:

Artículo 2638.- Conversión. La adopción otorgada en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado puede ser transformada en adopción plena si: [...] b) *prestan su consentimiento adoptante y adoptado. Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Defensor de Incapaces, de conformidad con lo establecido en el artículo 103.*

Si se nos permitiera ampliar el radio de nuestras sugerencias, diríamos que en la norma debería remplazarse el deber del juez de evaluar la subsistencia de los vínculos originarios por la más amplia pauta de interés superior del niño; aunque con especial referencia a su identidad (tanto estática como dinámica) y consideración de la reserva hecha por la República mediante el artículo 2 de la ley 23.849.

V. Conclusiones

El Código civil y comercial de 2015 trajo reformas muy ansiadas. En el derecho de las personas en particular, el abandono de la ética individualista que iluminó el genio de Vélez y la incorporación de la perspectiva de vulnerabilidad es una de las buenas novedades con las que contamos en nuestro derecho positivo actual.

La pervivencia de una antigua y prestigiosa magistratura que debe velar por los intereses de dos grupos de personas paradigmáticamente vulnerables debe contarse en la columna de los aspectos positivos que la nueva codificación de fondo trae. No es un dato menor a la luz de los distintos intentos de derogación que han aparecido en nuestra historia legislativa reciente y remota. Y algunos de los aspectos específicamente reformados con relación al defensor especializado merecen un ferviente aplauso, como ocurre con el nuevo artículo 583.

Sin embargo, desde una perspectiva más general, creemos que el legislador contemporáneo no ha alcanzado la meta que se propuso con relación a esta institución singular. En ese tránsito, pensamos, se ha llegado a un diseño que implica retrocesos en el acceso a la justicia de las personas sin capacidad de hecho plena. Se buscó, como ya señalamos, poner fin a discusiones más que centenarias con relación a su actuación pero para ello se quitaron de la ley nociones claras — aunque resistidas— de la vieja ley; y se pusieron en su lugar conceptos indeterminados.

En concreto, el edificio del art. 103 del CCyC se asienta sobre dos incógnitas. Sabemos que el defensor “interviene” pero no sabemos en qué calidad ni cómo. No ha de sorprender entonces que la economía de esa norma genere más perplejidades que soluciones de calidad.

De su lado, la lógica compartimentada de “actuación principal” y “actuación complementaria” ya empezó a generar sus problemas; y no ha resistido los primeros embates de las lecturas dispuestas a sacrificar

en el altar de la autoridad de los familiares fuertes los derechos de aquellos más débiles. La jurisprudencia de la máxima instancia federal ha puesto coto a estos desvíos y ha señalado, como nosotros defendemos, la existencia de una auténtica representación cuya intensidad dependerá del interés del incapaz concernido en cada caso concreto y no de poco plausibles fórmulas a priori.

Una magistratura que agranda o empequeñece su intervención según lo reclame la protección de unos intereses particularmente dignos de tutela. Esa es la clave de bóveda de un sistema protectorio que particulariza a nuestras leyes desde antaño y que dialoga con esa perspectiva correctiva y equiparante de la vulnerabilidad a la que nos hemos referido en los desarrollos introductorios de esta investigación.

La misión específica de este magistrado para en materia de acceso a la justicia se convierte así en un objetivo que no opera sobre paternalismos tutelares ni en indiferencias crueles. Da a cada uno lo suyo, según lo que precisa y se le debe, como querían los antiguos.

Para que ello sea posible, en primer lugar, es medular en el asunto admitir la representación singular que ejerce el defensor. Deberá algunas veces ejercer el acto procesal de propio imperio, dando lugar así a su modo más enérgico de intervención. Y como está facultado para ello, lo está lógicamente también para actuaciones más moderadas, como ocurre cuando tan solo perfecciona las iniciativas de los representantes necesarios o controla su ministerio. E incluso, en ciertas oportunidades estará llamado solo expresar un calificado juicio con relación a materias que se vinculan con su versación y función.

Y en segundo lugar será menester reconocer el carácter partidario con el que el defensor especializado concurre a la litis, aunque no la promueva y aun cuando el sujeto por el que actúa no esté llamado al proceso en tal calidad. La triangulación de la relación procesal es, como dijimos, una noción procesal heterodoxa pero magníficamente

ordenada a la protección de quienes sin ser actores ni demandados pueden verse gravemente afectados por el juicio.

Nuestro código de derecho privado rehúye tanto de una como de otra noción. Las razones de que ello sea así creemos haberlas demostrado: el rechazo a la representación como técnica de derecho civil, la reticencia a reconocer en el sistema de justicia una parte integrante del sistema protectorio de los derechos de personas sin plena capacidad y una influencia mal administrada de soluciones de derecho comparado.

Esta última comprobación nos condujo a compulsar la totalidad de las regulaciones provinciales en la materia. Según se vio, las normativas orgánicas locales se encuentran en condiciones de proveer soluciones más acordes a su naturaleza y fin del defensor especializado como consecuencia del centenario contacto que el legislador local ha tenido y tiene con esta singular magistratura. Allí hemos encontrado orientaciones indisputablemente valiosas para nuestro objetivo de trabajo.

De la síntesis entre la crítica de lo que se tiene y el auspicio de lo que podría tenerse ha surgido nuestra propuesta de reforma. Si bien se la mira, es bastante discreta y solo comporta la modificación “fuerte” de unos pocos artículos, con ajustes menores en otros.

Pensamos que estos cambios contribuirán con la misión que nuestro defensor tiene desde antes de que el Estado argentino viese su aurora: la más perfecta defensa de aquellos que no pueden —en ética ni en justicia, y por lo tanto, tampoco en Derecho— ser dejados a su suerte.

Al decir del Fuero Viejo de Navarra, entonces, ¡Que en cada valle haya un defensor de incapaces!

Bibliografía y jurisprudencia (por orden alfabético)

- ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1957.
- AMADASI, Enrique, *Acceso a la Justicia y condiciones de desigualdad social: informe final*, Infojus, Buenos Aires, 2009.
- BADO, Carlos A. y ARTOLA, Gonzalo E. “Formas de actuación del Ministerio Público de la Defensa respecto de personas menores de edad, incapaces y cuya capacidad se encuentra restringida: desde la clásica representación complementaria, a la legitimación autónoma para iniciar procesos colectivos” *Estudios sobre jurisprudencia* (2018), Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación.
- BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles. Comentario al art. 103. En Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus, 2022, Tº I.
- BARRADAS, Abril, “La navaja de Ockham: el problema del reconocimiento de entes normativos en la filosofía del derecho”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* 15 (2021), 26 y siguientes.
- BASSET, Úrsula, C. “Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2010 (octubre), 228.
- BASSET, Úrsula C., comentario al art. 130 del Código Civil y Comercial en Alterini, Jorge H. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2016, Tº I.
- BASSET, Úrsula C. “Desajuste evolutivo del derecho de familia y de las personas con relación al derecho civil” en *Estudios de Derecho Civil 2018 - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* (2019), 31.

- BASSET, Úrsula C. “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos ” En Basset, Úrsula y otros, *Tratado sobre la vulnerabilidad*. La Ley, Buenos Aires, 2017, 19.
- BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas “Restricciones enérgicas a la capacidad civil: la innovación sensata”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2019 (febrero), 235.
- BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.) y Zannonni, Eduardo A. (Coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1979.
- BORDA, Guillermo A. “*Tratado de Derecho Civil. Familia*”, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- BOSSERT, Gustavo A. y Zannonni, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, Astrea, 1989.
- BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado*, EDIAR, Buenos Aires, 1944, Tº III.
- Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, 03/02/2015, “B. s. Reconocimiento de sentencia extranjera” *Rubinzal Online*, cita: RC J 5017/15.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala I, 13/09/2016, “Herederos de C. L. A. c. Estancia El Solitario SA y otro s/ cobro ordinario de sumas de dinero” *LL online*, cita: TR LALEY AR/JUR/62008/2016.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, 21/12/2021, “G. D. C/ C. D. G. s/régimen de comunicación” RR-156-2021, causa nº QL 18635, Sumario JUBA nº B5079167.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala II, 20/07/2006, “Azar, Daniel y otro c/Consortio de Prop. Galería Vía Belgrano s/Rescisión de contrato” RSD-228-6, c. SM 53945. Sumario JUBA nº B2003559.

- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, 05/04/2013, “Barros, Blanca Beatriz y otros c. G.C.B.A. y otros s/otros procesos incidentales”, *LL online*, cita: AR/JUR/14284/2013.
- Cámara de Senadores de la Nación Argentina, Discusión de la fe de erratas y correcciones al Código Civil propuestas por el senador por Tucumán Don Benjamín Paz y la Comisión de Legislación. Imprenta de Obras de La Nación, Buenos Aires, 1879.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, 03/09/1951, “Casa Escasany S.A. c. Escasany, Manuel”, *LL online*, cita: AR/JUR/18/1951.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 09/11/1978, “R., J. y otra” LL 1978-A, 139.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 02/03/2022, “A. C., J. C. s/ determinación de la capacidad”. Inédito. Extraído del Centro de Informática Judicial <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html> [recuperado el 18/06/2023].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 22/04/2022, “Z., J. F. s/ determinación de la capacidad”, c. 006185/2021/CA001. Extraído del Centro de Informática Judicial <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html> [recuperado el 18/06/2023].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 28/06/2016, “B., M. I. y otro c/ O., J. A.”, expte. n° 74917/2013. Inédito, recuperado de www.cij.gov.ar/sentencias.html [consultado el 05/11/2022].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 03/08/1982, “D., E. c. C., M. P.” LL 1983-A, 115.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 04/03/2022, autos “O., A. H. s/ determinación de la capacidad”. Extraído del Centro de Informática Judicial

<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html> [recuperado el 18/06/2023].

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 20/09/2010, “Caparros, Inés Alejandra y otro c. Autovía Oeste S.A. y otros” LL 2010-E, 285.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 20/10/2022, “F. G. E. s/ determinación de la capacidad”, c. 13133/2009/CA001. Extraído del Centro de Informática Judicial <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html> [recuperado el 18/06/2023].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 27/10/2021, “Venditto, Marcelo Miguel c/ Gozuk, Vanesa Evelyn y otros s/ ordinario” Id SAIJ: FA21131751.
- Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala I, 19/04/2016, “Nareas S.R.L. C/ Garat Orlando Oscar s/incidente” RSD 85/16, c. LP 119929. Sumario JUBA n° B258225.
- Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, 21/05/2002, “Delle Donne, Angel c/Giles Maximiliano y ots s/Daños y perjuicios” RSD-108-2. Sumario JUBA B300975.
- CARNELUTTI, Francisco, *Instituciones del Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1956, 305 y 310.
- CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTEHA, Buenos Aires, 1944.
- CIFUENTES, Santos; Rivas Molina, Andrés; Tiscornia, Bartolomé, *Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, 249.
- COLEF, Gabriela “Funciones del asesor de los menores de edad” *Revista de Derecho de Familia* (61), 115.

- Comisión Reformadora del Código Civil, *Reforma del Código Civil, observaciones y actas de la comisión*, Kraft, Buenos Aires, 1938, Tº I, 41 y 254.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 09/03/2018, “Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 04/12/1986, “Subsecretaría del Menor y la Familia c/ María Esther Villegas” Fallos: 308:2431.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/12/1997, “Mediavilla Akil, Rocío c/ Misiones, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios - incidente sobre beneficio de litigar sin gastos”, Fallos 320:2762.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/02/2001, “Aguirres, Mirta Ramona c/ La Rioja, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”, Fallos 324:151.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/02/2001, “Paez Balbuena Rufina y otros c/ Estado Nacional Argentino - Gendarmería Nacional - Ministerio del Interior s/daños y perjuicios”. Fallos: 324:253.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/04/2018, "Recurso de hecho deducido por la Defensara. Oficial de M.L.T. en la causa T., A. A. Y otro cl L., F. D. si alimentos", Fallos 341:424.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17/02/2022, “Spagnolo Ricardo Aníbal y otros c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios (acc.tran. c/les. o muerte)”, Fallos: 345:84.
- Cumbre Judicial Iberoamericana, “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Disponible en <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/item/817-cien-reglas-de-brasilvia>

[actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito](#) [recuperado el 30/07/2023].

- CRISTOFOLINI, Giovanni “Sulla posizione e sui poteri del pubblico ministero del proceso civile” *Revista di Diritto Processuale civile*, 7 (1930), 53. Citado en Prieto Castro, Leonardo, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Imp. Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1953, 82 y 94.
- Defensoría de Menores e Incapaces de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo n° 2, 12/07/2023, “L., P. B. s/ determinación de la capacidad”, c. 52706/2008, inédito.
- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.
- FAMÁ, María Victoria “Los alimentos derivados del parentesco y los debidos a los hijos mayores de edad en el Proyecto de Código Civil” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2014 (abril), 15.
- FERNÁNDEZ, Silvia E. “El rol del Ministerio Público en el nuevo Código Civil y Comercial” *Revista del Ministerio Público* 16 (2015).
- FERNÁNDEZ, Silvia E. “Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363”, *LL* 2017-D, 1015.
- GIAVARINO, Magdalena B., “El Ministerio Público en el Código Civil y Comercial de la Nación. Una interpretación sobre su actuación” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2015 (diciembre), 179.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. “El niño y el adolescente en el proceso” *La Ley*, 09/08/2012, 4.
- GOZAÍNI, Osvaldo, “Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chioventa a nuestros días” en <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/07/Evoluci%C3%B3n-y-semblanzas-en-el-derecho-procesal.pdf> [recuperado el 30/07/2022].

- GUASTAVINO, Elías P. “Requerimiento de la nulidad matrimonial por el ministerio público”, *LL* 1984-B, 285.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. “Funciones del asesor de menores. Alcance de la asistencia y control” *La Ley* (1978 – B), 904-907.
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás “La recepción del modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad en los Tribunales Nacionales” *La Ley* 82 (16).
- LEVAGGI, Abelardo “El Régimen Civil del Menor en la Historia del Derecho Argentino” *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 23 (1972), 289-317.
- LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 1973, Tº I, 416.
- LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, “Nulidades matrimoniales” en Méndez Costa, María Josefa y otros, *Derecho de Familia*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1982, Tº I, 509.
- MACHADO, José Olegario “*Exposición y comentario del Código Civil argentino*”, Lajouane, Buenos Aires, 1898, Tº I.
- MEDINA, Graciela en "Las diez grandes reformas al Derecho de Familia", *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (febrero), 11.
- MICHELMAN, Frank, “Foreword: Traces of self-govermment” *Harvard Law Review* 1 (1986), 66-73.
- MOLINA, Alejandro C. “La promiscuidad de un representante y el defensor del niño” *LL online*, cita: TR LALEY 0029/000252.
- MONTALTO, Ana María “Intervención del Asesor de Menores” cit. en Testa, César “El asesor letrado como representante promiscuo : Legitimación para recurrir”, *SAIJ* (11/04/2011) ID: DACF110019.
- MORENO, Gustavo D., “La representación adecuada de niñas, niños y adolescentes. Rol del ‘asesor de menores e incapaces’”

- en Fernández, Silvia E., *Tratado de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, La Ley, Buenos Aires, 2015, 2695-2717.
- OLMO, Juan Pablo, y Mendiando, Nurit, “Actuación principal y complementaria del Ministerio Público: el artículo 103 CCyCN” *Estudios sobre jurisprudencia* (2016), Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación.
 - Organización de las Naciones Unidas, “Objetivos del Desarrollo Sostenible”, disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice> [recuperado el 30/07/2023].
 - ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Alessandri, Córdoba, 1961, 184.
 - POLVERINI, Verónica “El Ministerio Público en el Proyecto de Código Civil” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (octubre), 144.
 - PRIETO CASTRO, Leonardo, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Imp. Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1953
 - *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2012, 524.
 - Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/01/Principios-de-interpretaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-CCCN.pdf> [recuperado el 19/07/2022].
 - REVSIN, Moira, Legitimación del defensor de menores para interponer la acción del artículo 259 del Código Civil, *LL online*, cita: TR LALEY 0029/000137.

- ROTHER, Kevin y BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas “Reparación de los daños causados por la ausencia de filiación” en *Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia*, La Ley, 2019, 291.
- RUBAJA, Nieve “Adopción internacional. Los procesos de adopción con elementos extranjeros” *LL online*, 0003/015245
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino (parte general)*, Librería y Casa Editora de Jesús Méndez, Buenos Aires, 1931, 325 y 330.
- SCHERMAN, Ida A. “El derecho a ser oído. los niños y adolescentes en los procesos y la tarea de los adultos” *Revista de Derecho de Familia* 66, 271. Cita online: TR LALEY AR/DOC/5429/2014.
- SCHERMAN, Ida Ariana “El rol del Asesor de Incapaces, los Derechos del Niño y la Reforma Constitucional” en Kemelmajer de Carlucci, Aida (dir.) *La familia en el nuevo Derecho* Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009, 326-340.
- SCOTTI, Luciana B., *Incidencias del Código Civil y Comercial – Derecho Internacional Privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- TOBIÁS, José W., en Alterini, J. H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2016, TºI.
- TOBIÁS, José W., comentario al art. 245 del CCyC, en Alterini, J. H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2016, TºII.
- TOBIÁS, José. W., *La inhabilitación en el Derecho Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1992, 126-127.
- TOBIÁS, José W., *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº I, libro digital.
- Tribunal Colegiado de Familia 7ª Nominación., Rosario, 05/10/2012, “C., L. S. s. Adopción internacional”, Rubinzal Online, cita: RC J 6244/13.

- VIGO, Rodolfo Luis y Gattinoni de Mujía, María *Tratado de Derecho Judicial*, Abeledo Perrot, 2013, T° I, Sección 8, Capítulo XXI (formato *e-book*).
- WEICMAN, Uriel (coord.) “Informe alternativo: situación de las personas con discapacidad en argentina 2013/2017”, 2017, disponible en www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/10/InformeComiteDerechosPersonasDiscapacidadAgo2017.pdf.
- YUBA, Gabriela “Intervención del Ministerio Público desde la perspectiva de los derechos humanos y protección de la infancia” *La Ley Patagonia* 2015 (diciembre), 1295.