

EL MINISTERIO PÚBLICO Y LOS DERECHOS DEL NIÑO
Y DEL ADOLESCENTE EN EL BRASIL

1

PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA 2

1. Organización del Ministerio

Público en el Brasil

La Constitución Nacional de la República Federativa del Brasil (CF) define al Ministerio Público como la institución permanente y esencial en la función jurisdiccional del Estado a la que incumbe la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles. Su intervención es insoslayable dado el carácter fundamental en la función jurisdiccional del Estado y la obligatoriedad de la aplicación de la norma abstracta en el caso concreto, siempre que esté involucrado el interés público.

Así, el Ministerio Público actúa en procura de la concreción de los valores fundamentales de la sociedad: la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles. De modo que se lo caracteriza como el verdadero guardián de las libertades públicas y del Estado democrático de derecho en la medida en que el ejercicio de sus atribuciones judiciales o extrajudiciales busca, en su esencia, el respeto a los fundamentos del modelo social pretendido (la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la iniciativa libre, el pluralismo político)⁴ y la promoción de los objetivos fundamentales del país (la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria como garantía del desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y de la delincuencia; la reducción de las desigualdades sociales y regionales; y la promoción del bien común, sin discriminación por cuestiones de origen, raza, sexo, edad y cualquier otra forma en que la discriminación pueda darse).⁵

1 Basado en la ponencia de Paulo Alfonso Garrido de Paula, en el marco del II Curso de Especialización "Protección Jurisdiccional

de los Derechos del Niño" para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, organizado por el UNICEF, Oficina de

Área para Argentina, Chile y Uruguay y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos (UBA), del

22 al 26 de noviembre de 1999. (Traducido al español por María Karina Valobra.)

2 Paulo Afonso Garrido de Paula es procurador de Justicia y Maestro Regente de la Cátedra de Derecho del Niño y del Adolescente

de la PUC/SP. Es uno de los autores del proyecto que creó el Estatuto de los Niños y de los Adolescentes del Brasil (ECA).

3 Debemos entender aquí el término institución en el sentido de estructura organizada para el logro de los fines sociales

del Estado. Permanente por cuanto las necesidades básicas cuya protección entran en la órbita de su competencia revelan

los valores intrínsecos que conlleva el mantenimiento del modelo social pactado: el Estado democrático de derecho

(art. 1 de la CF).

4 Art. 1 de la CF.

5 Art. 3 de la CF.

Es importante señalar que la expresión “guardián de las libertades públicas” importa la defensa de los intereses individuales indisponibles, por los que el hombre no puede ser entendido en toda su dimensión social si no se tiene en cuenta el carácter necesario de la materialización de esos derechos individuales fundamentales, expresión de aquellas necesidades cuya carencia impide el propio desarrollo colectivo. Así, los derechos individuales indisponibles traen consigo una inmensa carga de interés público cuya preservación interesa, por un lado, al individuo, y por otro, a la sociedad que reconoce y exige la conservación de ciertos intereses de suma importancia para el desarrollo colectivo.

De esta manera, el Ministerio Público, a cargo de la defensa de los intereses individuales indisponibles en razón de su relevancia social, actúa en el entendimiento de que el desarrollo de la sociedad no es posible sin que el conjunto de sus miembros pueda disfrutar de una vida saludable y armoniosa. Para ello, se basa en tres principios fundamentales: la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional.⁶ Se trata de una institución única con funciones que le son privativas, ejercidas por representantes que actúan en su nombre y gozan de absoluta libertad en la formación de la convicción jurídica y de una amplia autonomía en su actuación. Esta independencia funcional es asegurada por las garantías de permanencia y de inamovilidad en los cargos y de intangibilidad de los sueldos.⁷

El Ministerio Público está organizado según las leyes de la Unión y los estados, se ingresa a la carrera por concurso público y sus principales funciones institucionales se centran en: a) la promoción de la acción penal pública; b) la preservación del efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública en pos de los derechos asegurados en la Constitución promoviendo las medidas necesarias para su garantía; c) la promoción de la encuesta civil y de la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del ambiente y de otros intereses difusos y colectivos; d) la promoción de la acción de inconstitucionalidad o representación a fin de intervenir en los casos previstos en la Constitución; e) la defensa judicial de los derechos e intereses de las poblaciones indígenas; f) las notificaciones en los procedimientos administrativos de su competencia y la recolección de la información y los documentos necesarios para su instrucción; g) el ejercicio del mando externo de la actividad policial; h) el cumplimiento de todas las diligencias necesarias para las investigaciones y su prosecución policial; i) el ejercicio de otras funciones que le fueran legalmente conferidas.⁸

⁶ Art. 127, primer párr. de la CF.

⁷ Art. 128, párr. 5º, inc. 1º de la CF.

⁸ Art. 129 de la CF.

2. Historia y orientación ideológica del Estatuto de los Niños y de los Adolescentes

El 13 de julio de 1990 fue sancionada la Ley Federal 8069 mediante la que entró en vigencia el Estatuto de los Niños y de los Adolescentes (ECA). Este instrumento legal nació de la indignación. La indignación de todos aquellos que veían a los niños, niñas y adolescentes, sobre todo los provenientes de las clases populares, como sujetos de derechos y no como objetos de intervención del mundo adulto.

Esta ley fue el producto de la historia de la lucha de la apropiación del conocimiento jurídico por personas aparentemente extrañas al mundo del derecho y que no detentaban un saber científico específico. Ellos descubrieron y aceptaron que la ley también puede servir como instrumento de la transformación. El ECA fue gestado por líderes comunitarios, militantes de la universalización de la ciudadanía, que supieron convocar sus fuerzas para vivir junto con las divergencias, superar las derrotas y soñar con lo que parecía imposible. Ellos vivieron una experiencia única, verdaderamente democrática y de complementariedad de sus fuerzas que difícilmente pueda repetirse.

El esfuerzo básico de sus idearios consistió en crear una disciplina jurídica que protegiera los intereses de la infancia y la adolescencia, al tiempo que creó los mecanismos para efectivizar tales derechos, por medio de las garantías, e impidió así que el mundo adulto no considerase tales conquistas. En pos de ello fueron asentadas ciertas premisas, algunas quedaron consignadas expresamente en los instrumentos, otras, fueron consecuencia de la convivencia y la práctica. Se privilegiaron las opciones propuestas por los destinatarios principales de las normas (niños, niñas y adolescentes) y, subsidiariamente, a otras, apuntadas por los ejecutores de la ley, los juristas, las ONG, consideradas al solo efecto de garantizar efectivamente aquellos intereses manifestados por los niños y los adolescentes. Así se dio cumplimiento cabal al principio constitucional de prioridad absoluta, que indica que el niño y el adolescente tienen primacía, preferencia o anterioridad en el servicio de sus derechos básicos, y esta consigna es válida para lo que ellos son en el presente y no para lo que podrán ser en el futuro.⁹

Luego, se encontraba la preocupación de que la nueva ley debía ser un instrumento para la transformación. La conservación de la realidad, perversa y desidiosa, no interesaba. Debía ser una ley disconforme con la situación de degradación social y moral que caracterizaba –y caracteriza– un segmento significativo de nuestra niñez y juventud, de manera de atreverse, avanzar y probar por caminos que pudieran servir como medio para la transposición de los sectores marginales a los umbrales de la ciudadanía.

⁹ Art. 227 de la CF.

La tercera premisa fue tener en cuenta, en el momento de las definiciones y la incorporación de cualquier dispositivo, que sus destinatarios eran personas en proceso de desarrollo.

No se estaban regulando relaciones entre adultos sino entre sujetos diversos, relaciones en las que uno de los sujetos, al menos, atravesaba un proceso único, mágico e intrincado, de rápidas y constantes modificaciones físicas, sociales y culturales.

La cuarta premisa fue la necesidad de crear los mecanismos para regular los modos de participación popular en la administración de los asuntos relacionados con la niñez y la juventud. Las normas programáticas constitucionales que proclamaban la democracia participativa no eran suficientes, fue indispensable propiciar los ámbitos para que se produjera la participación mancomunada de la población, tanto en la definición de objetivos o en la instauración de acciones potencialmente eficaces como forma de concretar el respeto a los niños y adolescentes.

3. Fundamento constitucional de los derechos del niño y del adolescente

La Constitución de 1988 reconoció la existencia de relaciones jurídicas desarrolladas en forma autónoma entre los niños y adolescentes con la familia, la sociedad y el Estado al decir que es deber de estos últimos asegurar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta, sus derechos fundamentales como la vida, la salud, la educación, etcétera.

10 El legislador constituyente admitió expresamente que los niños y adolescentes son titulares autónomos de intereses jurídicamente protegidos. Así, se adjudicó al ECA la competencia de regular las principales relaciones jurídicas entre los niños y adolescentes, por un lado, y la familia, la sociedad y el Estado, por el otro.

Los derechos del niño y del adolescente en el Brasil son, por consiguiente, una consecuencia natural de su Constitución, que al adoptar la concepción de protección integral de sus derechos impuso la necesidad de un reglamento apropiado al nuevo orden. El mismo debía partir de la idea central de que los niños y adolescentes son reconocidos como titulares de intereses jurídicamente protegidos.

4. Naturaleza indisponible de los derechos del niño y del adolescente

Todos los derechos del niño y del adolescente tienen un componente individual y otro público que los caracteriza como irrenunciables e inalienables; son, en consecuencia, indisponibles. Esta indisponibilidad de los derechos surge de la condición de especial

10 *Ídem.*

de sus titulares –niños y adolescentes– y de la protección integral que les es debida, esta protección involucra la totalidad de esos derechos y su exigibilidad ancla en el interés social de garantizar las necesidades básicas a la niñez y a la juventud.¹¹

5. El papel del Ministerio Público en la defensa de los derechos del niño y del adolescente

El Ministerio Público es defensor, por mandato constitucional, de los derechos de los niños y adolescentes en la medida de su indisponibilidad. La defensa de los derechos no se confunde con la defensa del niño y del adolescente; ni tampoco con la que pueda ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia del abogado, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a su representado. Resulta necesario que esto sea así pues es la manera en que se materializa el principio constitucional del contradictorio, indispensable en la administración de la justicia.¹²

El Ministerio Público defiende los derechos en la medida exacta en que la ley suprema le confiere tal atribución. Su compromiso está directamente asociado a la efectividad de la norma, de suerte que incida en lo cotidiano como una realidad tangible, susceptible de ser percibida, aprehendida y materialmente utilizada por los beneficiarios de la protección jurídica.

La distinción sirve, por ejemplo, para explicar el papel del Ministerio Público en la promoción de la acción socioeducativa pública. Si fuera el defensor particular del adolescente o el Promotor de Justicia no podría perseguir la actuación de una norma que hiciera posible la privación de la libertad del autor del acto infraccional grave, por cuanto ésta, por definición, no le interesa personalmente al sujeto activo del delito. Al adolescente no se le reconoce el derecho de eximirse sin motivo de su responsabilidad por el acto infraccional, luego, el Ministerio Público no lo defiende. Al contrario, al tener la atribución de defender también el interés social, materialmente lo acusa e intenta hacer efectivas las sanciones previstas en la regla que el adolescente desató.

Aun así, y a fin de que lo aseverado precedentemente no se interprete fuera de su contexto, en el ejercicio de las funciones que le fueron atribuidas, el Ministerio Público defiende al mismo tiempo los intereses indisponibles del joven imputado de haber cometido un delito, pues debe velar por la legalidad del proceso y la efectividad de la defensa, a la vez que insta a la aplicación de la medida adecuada.

11 Aun los derechos de naturaleza patrimonial son indisponibles, en tal sentido el Código Civil (art. 386) subordina a la decisión

judicial la enajenación de los bienes pertenecientes a las personas menores de 21 años, no emancipadas, a excepción

de que se demuestre la necesidad o utilidad de la mismas.

12 Art. 133 de la CF.

En suma, el Ministerio Público tiene el deber constitucional de defender todos los derechos indisponibles del niño y del adolescente, indisponibilidad conferida a la sazón de la condición peculiar de sus titulares y de la protección integral que les es debida.

6. El Ministerio Público en el Estatuto de los Niños y de los Adolescentes

A la luz de la organización constitucional del Ministerio Público, el legislador ordinario, al elaborar el ECA, le confirió a esta institución atribuciones que, en su esencia, buscan la protección integral del niño y del adolescente, sobre todo, a través de la promoción –judicial o extrajudicial– de sus derechos indisponibles y fundamentales. Con tal fin, el legislador tuvo a bien garantizar el acceso de todos los niños y adolescentes al Ministerio Público, ¹³ factible mediante la creación de un servicio adecuado para que la población infanto-juvenil acceda directamente, a través de sus padres o responsables o del representante de las entidades de la defensa facultado para llevar adelante las acciones y los reclamos en sede judicial.

Las funciones de Ministerio Público serán ejercidas en los términos de la ley orgánica del Ministerio Público y de acuerdo con el reglamento dado en los respectivos estados para sus propios Ministerios (de la Unión, de los estados y del Distrito Federal). Así, las atribuciones del Ministerio Público en cada estado, previstas en el ECA, son ejercidas por los órganos de ejecución definidos en las leyes complementarias que organizan la institución en el orden estadual. En la regla, las atribuciones del Ministerio Público con relación al niño y al adolescente son conferidas a los promotores de justicia de primera instancia o primer grado, nominados Promotores de Justicia de la Niñez y de la Juventud.

7. La diversidad de la actuación ministerial

Si consideramos la extensión de los derechos del niño y del adolescente y las maneras tradicionales de organización del Ministerio Público es posible vislumbrar dos grandes vertientes de actuación ministerial especializada: a) la intervención judicial; y b) la intervención administrativa. La intervención judicial entiende: a) la intervención civil en la defensa de los intereses individuales del niño o adolescente; b) la intervención civil en la defensa de los intereses colectivos o difusos que afectan a la niñez y la juventud; c) la intervención civil en la defensa de la regularidad de entidades y programas, y d) la intervención en el área de infracciones. La actuación extrajudicial, a su vez, comprende la facultad de: a) instar procedimientos administrativos; b) instar investigaciones y encaminar la demanda policial; c) ejercer la función del ombudsman en el área de la ni- ¹³ Art. 141 del ECA.

ñez y la juventud; d) fiscalizar el proceso de elección de los miembros de Consejo Tutelar; e) fiscalizar el ingreso al registro de adopciones, y f) fiscalizar las entidades y programas del servicio.

8. La intervención judicial

8.1. Intervención civil en la defensa de los intereses individuales del niño o adolescente

8.1.1. Generalidades

En razón de la indisponibilidad que caracteriza los derechos individuales del niño y el adolescente, la intervención del Ministerio Público siempre es obligatoria. Intervendrá en el proceso civil como parte o como *custos legis* del procedimiento. Cualquiera sea el carácter de su intervención tiene el deber de velar por la efectividad de los derechos del niño y del adolescente en la medida exacta en que la ley los protege. Cuando actúa con legitimación extraordinaria ¹⁴ sustituye al niño o adolescente, titular del interés individual jurídicamente protegido, en el polo activo de la relación procesal. Como sustituto procesal defiende, en nombre propio, cualquier derecho del niño y del adolescente que, como quedó dicho, siempre son indisponibles.

Para conformar su convicción en cuanto a la necesidad de instar la acción civil pública, o bien, propiciar acuerdos que materialicen los derechos individuales de los niños y adolescentes, el Ministerio Público puede valerse de la encuesta civil, según lo acuerda el ECA. ¹⁵ A diferencia de lo establecido por la Ley de Acción Civil Pública y el Código de Defensa del Consumidor, el ECA prevé una legitimación más amplia del Ministerio Público destinada no sólo a la preservación de derechos individuales homogéneos, colectivos o difusos sino, también, a la procura de la efectividad de los intereses individuales relativos a la infancia y a la adolescencia. Con ello se manifiesta la voluntad del legislador de adoptar la teoría de la protección integral de derechos, pues facultó al Ministerio Público a valerse de todos los instrumentos conocidos para efectivizarlos.

Como custodio de la ley el Ministerio Público debe intervenir en todos los procedimientos donde están en discusión los derechos de las personas menores de 21 años no emancipadas, ¹⁶ oficiando en todos aquellos bajo la competencia de la Justicia de la Infancia y de la Juventud. ¹⁷ La obligatoriedad de su intervención se constituye en un requisito procesal

¹⁴ Art. 201 inc. 5^o del ECA.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Art. 82, inc. 1 del Código Procesal Civil.

¹⁷ Arts. 201, inc. III, in fine y 202 del ECA.

objetivo que otorga validez al juicio de manera que su eventual ausencia acarrea la absoluta nulidad de lo actuado, sanción ésta expresamente prevista en la ley en los arts. 84 y 246 del Código Procesal Civil (CPC) y 204 del ECA. En razón de la magnitud de los intereses que tiene a su cargo defender, la exigencia legal es que las intimaciones del Ministerio Público sean siempre personales,¹⁸ a fin de evitar cualquier excusa para su exclusión de los procesos que versen sobre los derechos del niño y el adolescente.¹⁹ También es necesario apuntar que el ECA exige que las manifestaciones del Ministerio Público siempre sean fundadas, de modo que se pueda valorar la equidad de sus manifestaciones con relación a los intereses sociales e individuales indisponibles cuya defensa le fue encomendada.²⁰

8.1.2. Ejemplos legales de intervención

a) Promoción y acompañamiento de las acciones de alimentos

Como suplente procesal del niño o del adolescente carente de prestación alimentaria, el Ministerio Público puede entrar con una acción propia en cualquier juicio. Su legitimación extraordinaria está dispuesta en el art. 201, inc. III del ECA y se complementa con la regla general del inc. V. A primera vista, surge que la legitimación del Ministerio Público para la promoción de la acción de alimentos estaría circunscrita a aquellos casos de competencia de la justicia especial, puesto que la parte final de este dispositivo consigna que su intervención se requiere *“en todos los demás procedimientos de competencia de la Justicia de la Infancia y la Juventud.”*

De modo preliminar, su legitimación en este caso estaría justificada en que el derecho a los alimentos se encuentra entre los que quedan bajo el espectro de la justicia especial, puesto que su efectivización hace al respeto de los intereses individuales, indisponibles y fundamentales del niño y del adolescente, con asiento en la propia Constitución de la República.²¹ También es posible encontrar en el artículo analizado la legitimación extraordinaria para la defensa judicial de cualquier derecho individual del niño y adolescente.

Esta regla no encuentra limitación en ninguna de las normas de competencia pues es propia de la atribución jurisdiccional conferida al representante del Ministerio Público. Finalmente, cabe mencionar que la facultad conferida al Ministerio Público para *oficiar* en los demás procedimientos de competencia de la Justicia de la Infancia y de la Juventud debe interpretarse como una norma de la extensión a su carácter de custodio

¹⁸ Art. 203 y 236, inc. 2° del ECA.

¹⁹ No basta con la mera intimación al Ministerio Público para dar un cabal cumplimiento a la manda legal; es necesario que

realmente intervenga, para que la eventual negativa pueda corregirse por el juez, en caso de discordancia con el representante

del ministerio. Esto es así en base a una interpretación analógica de los arts. 28 del CPC y 181, inc. 2° del ECA.

²⁰ Art. 205 del ECA.

²¹ Art. 127 de la CF.

de la ley, entendiendo el término *oficiar* como una asignación de intervención obligatoria en todos los asuntos relacionados con la justicia especial. Esto no significa que el Promotor de Justicia en ejercicio ante los tribunales de la Justicia de la Niñez y de la Juventud pueda instar una acción de alimentos ante la Justicia de Familia. Quien puede ejercerla es el Ministerio Público por medio de uno de sus representantes designados, de acuerdo con la ley orgánica local, para el ejercicio de tales funciones para ese tipo de procedimientos. En síntesis, los casos de amenaza o violación del derecho a los alimentos deben instarse ante la Justicia de la Infancia y la Juventud; y aquellos casos en los que no se constata la hipótesis (existe el derecho a los alimentos por parte del niño o el adolescente pero no se encuentra privado de ese derecho fundamental pues cuenta con el socorro de terceros, o existen otros obligados a la prestación alimentaria, etc.), la acción debe interponerse ante la justicia ordinaria.

En el procedimiento especial de la Ley 5478/68 no existe el requisito de la intervención del Ministerio Público, cualquiera sea el procedimiento, sino que basta con la intervención de un defensor de pobres. Ésta es sin embargo una hipótesis reservada a los casos en que el titular del derecho a alimentos es una persona mayor de edad. Como suplente procesal del niño o adolescente, la intervención en la acción de alimentos es independiente de la condición económica del sustituido. Aun cuando la parte interesada sea patrocinada, representada o asistida en sus derechos, la intervención del Ministerio Público continúa siendo obligatoria pues tiene en cabeza el control de la legalidad del procedimiento, por lo que su falta de intervención acarrea la nulidad absoluta de lo actuado. Esta nulidad deberá ser declarada de oficio por el juez o a requerimiento de cualquier interesado.²²

b) Promoción y asistencia en los procedimientos de destitución o suspensión de la patria potestad

La legitimación del Ministerio Público para ingresar con la acción de destitución de la patria potestad estaba ya prevista en los arts. 97 y 104 del derogado Código de Menores.²³ Aunque sólo promovía acciones de esta naturaleza cuando el *menor* se encontraba en *situación irregular*, en las hipótesis de carencia o abandono se preveía un procedimiento contradictorio y acciones ordinarias en las otras hipótesis de situación irregular. Por su parte, el Código Civil (CC), en el art. 394, restringía la legitimación del Ministerio Público a las demandas de suspensión de la patria potestad, si bien las hipótesis previstas en el art. 395 del mismo cuerpo legal (que autorizaban la pérdida de tales derechos y deberes) contemplaban igualmente casos de *situación irregular*, razón por la cual se encontraba legitimado para actuar.

Hoy, la legitimación del Ministerio Público está prevista en los arts. 155 y 201 inc. III del ECA; el primero dispone que el procedimiento para la pérdida o la suspensión de la patria potestad

²² Art. 204 del ECA.

²³ Ley 6697, del 10 de octubre de 1979.

potestad “será promovida a instancias del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés”. El aspecto problemático en este punto se centra en la naturaleza de esa intervención. Entiendo que el Ministerio Público en estos casos actúa sobre la base de su legitimación extraordinaria pues sustituye a la propia comunidad, interesada en la defensa de los derechos del niño o del adolescente. Su accionar es el correlato de una relación jurídica de derecho material en la cual sustituye a la propia comunidad (en tanto ella resulta ser sujeto de intereses jurídicamente protegidos) que tiene interés en que, en aquellos casos que estipuló a través de la ley, los padres violadores, omisos o negligentes sean condenados con la grave sanción civil que importa la pérdida de la patria potestad.

Sin embargo, también sería aceptable atribuir una legitimación ordinaria al Ministerio Público en estos casos, pues estaría defendiendo un derecho propio –derecho a promover la destitución de la patria potestad–, aunque materialmente esta acción beneficia a un tercero. Aun así, considero más razonable el argumento de la sustitución pro-cesal. Es que el Ministerio Público cuando insta una acción de esta índole carece de algún interés propio y por eso su legitimación no es exclusiva sino concurrente con quien materialmente tenga legítimo interés, como puede serlo el padre respecto de la madre (o a la inversa), o el guardador, o quien pretenda la adopción del niño. En esta hipótesis no se sustituye al niño o adolescente dado que, de antemano, no es de su poner la colisión de intereses. Raramente el hijo quiere que sus padres pierdan los derechos inherentes a la patria potestad, independientemente de que hayan cometido faltas graves que ameriten la necesidad y justicia de la medida. Estará sustituyendo, entonces, a la propia colectividad que convino exigir a los padres una conducta compatible con los deberes de la maternidad y paternidad. Por consiguiente, su labor se sitúa entre la comunidad y los padres del niño y del adolescente, y responde a la verificación de un injustificable incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, cuyas hipótesis encontramos en los arts. 395 del CC y 22 y 24 del ECA. En la medida en que otros legitimados hayan provocado la actividad jurisdiccional, el Ministerio Público no está obligado a instar la acción.²⁴

c) Promoción y asistencia en los procesos de designación y remoción de tutores, curadores y guardadores

El requerimiento de la tutela también está previsto bajo la modalidad de acción civil y la intervención del Ministerio Público es aquí bajo la figura de legitimación extraordinaria.

24 Así también lo inició el Procurador General de Justicia del Estado de San Pablo, en el caso en que un magistrado solicitaba

la designación del Promotor de Justicia para instar una acción de destitución de la patria potestad, entonces entendió

que la parte interesada podía directamente proponer la acción mediante un abogado y que competía al Ministerio Público de decidir

sobre si era o no un caso de ejercicio de la acción civil pública (previsto en el art. 155 del ECA.). Finalmente, consideró

recomendable que ante la existencia de una persona, ya conocida, que tiene un interés legítimo para dar inicio a la de -manda

de destitución de la patria potestad y, al mismo tiempo, puede acumular a ésta el pedido de tutela del niño, en pos

del principio de celeridad de la Justicia, no es menester que el Ministerio Público dé inicio al proceso pues en tal circunstancia

no se encuentra en mejores condiciones que esta persona de alcanzar un fin tan satisfactorio como el que ella podría alcanzar

de iniciar la acción y ejercer efectivamente la tutela del niño (DOE, 13 de marzo de 1991, p. 34).

ria.²⁵ La demanda debe fundarse en que ocurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 406 del CC (muerte de los padres, declaración de ausencia o pérdida de la patria potestad). A su vez, el ECA hace remisión, en este punto, al art. 36 de la legislación civil. Si bien el único párrafo de este artículo establece que el discernimiento de la tutela presupone una sentencia anterior en la que se haya determinado la pérdida o suspensión de la patria potestad, nos permite inferir que el ECA suma otra causa de discernimiento de la tutela, a saber, la suspensión de la patria potestad. En esta hipótesis, y dado que la suspensión de la patria potestad siempre es temporaria, al momento en que sus titulares recobran sus derechos y obligaciones, *ipso facto* cesa la tutela, en razón de que se restituye al niño o adolescente al régimen de la patria potestad.²⁶

Es de observar que en las condiciones previstas por el derecho civil, el Ministerio Público podrá indicar a quién corresponde ejercer la tutela, independientemente del consentimiento de la persona sindicada para tal fin quien, en su caso, podrá presentar una *ex-cusa*.²⁷ Sin embargo, toda vez que la tutela prevista en el ECA constituye una modalidad de colocación del niño en una familia sustituta, lo que implica necesariamente el deber de guarda,²⁸ alguna forma de coerción en la atribución de la misma sería contraproducente para la convivencia entre el tutor y el tutelado, razón por la cual deben ser agotadas todas las posibilidades de inserción del niño o el adolescente en una familia donde sea querido, no sólo teniéndose en cuenta la relación de parentesco,²⁹ sino también, teniendo en consideración la relación de afinidad o de afectividad, a fin de evitar o mitigar las consecuencias resultantes de la medida. Es importante enfatizar el requisito de oír al niño y al adolescente, en la medida de lo posible, para verificar la conveniencia de la concesión de lo requerido.³⁰ El procedimiento a adoptar para la colocación del niño en familia sustituta es el previsto en el ECA,³¹ salvo que el Ministerio Público, independientemente de la voluntad de quien haya sido indicado como tutor, requiera la tutela, resultando de aplicación las normas relativas al procedimiento de jurisdicción voluntaria.³²

La modalidad de la colocación en familia sustituta se lleva a cabo mediante la guarda y está destinada a regularizar la posesión de hecho.³³ Evidentemente, el Ministerio Público sólo está legitimado para acompañar los procedimientos de designación de la guarda, no así, para hacer la demanda en nombre de un tercero, desde que no puede sustituir el interés o la voluntad personal. En la medida en que existe representación o cualquier otro

²⁵ Art. 201, inc. III del ECA y art. 1104 del CPC.

²⁶ Art. 442, inc. II del CC.

²⁷ Cf. arts. 406, 410 al 416 del CC y 1192 del CPC.

²⁸ Art. 36, párr. único del ECA.

²⁹ Como está establecido en el art. 409 del CC.

³⁰ Art. 28, inc. 2° del ECA.

³¹ Arts. 165 al 170.

³² Arts. 1187 al 1193 del CPC.

³³ Arts. 28 del ECA y 33 inc. 1° del ECA.

medio que evidencia la intención inequívoca del candidato a la guarda, como puede ser suscribir la petición inicial, será entonces el Ministerio Público el legitimado para sustituir al interesado en el proceso, siendo capaz de provocar la actividad jurisdiccional.

En los casos de solicitud de remoción del guardador, toda vez que importa una medida aplicable al responsable por incumplimiento de sus obligaciones como guardador (en los términos del art. 33 del ECA), en el proceso el Ministerio Público estará sustituyendo a la colectividad que tiene interés de mantener la consonancia y la regularidad de la responsabilidad que importa el cargo, siendo de aplicación los mismos argumentos indicados en los casos de pérdida de la patria potestad.

El Ministerio Público está legitimado para instar la demanda de remoción del tutor, no sólo en razón del dispositivo *sub examine* sino también por lo dispuesto en el CPC, que en su art. 1194 le asigna esa posibilidad a este órgano o a quien tenga interés legítimo —en los casos previstos en el derecho civil—. De acuerdo con el art. 164 del ECA, el procedimiento a ser observado es el de la ley procesal civil 3 4 y resultan de aplicación en lo pertinente las disposiciones relativas al procedimiento de la pérdida y de la suspensión de la patria potestad.^{3 5} También podrá el Ministerio Público formular el requerimiento de nombramiento del curador especial cuando los intereses del niño o del adolescente sean contrapuestos con los de uno de sus padres o responsables y en los casos en que carezca de representación o asistencia legal, aunque ello sea eventual.^{3 6} Estas hipótesis genéricas comprenden los casos referidos en el art. 148, párr. único, inc. f) del ECA, en tanto establece la competencia de la Justicia de la Infancia y la Juventud en los casos de designación de curador especial para las presentaciones de queja o representación o de otros procedimientos judiciales o extrajudiciales en los que se comprometan intereses del niño o del adolescente. Este dispositivo revoca parcialmente el art. 33 del Código de Procedimiento Penal en cuanto atribuía al juez penal competencia para su nombramiento.

d) Promoción de la especialización y registro de hipoteca legal

De acuerdo con el derecho civil, el padre, la madre, el tutor o el curador, antes de asumir la administración de los bienes del incapaz, debe pedir el registro y la especialización de la hipoteca legal. A falta de aquéllos es el Ministerio Público el legitimado para hacerlo,³⁷ encontrándose igualmente legitimado en los casos en que el tutor o el curador no requieran, dentro del plazo de diez contados desde su asignación, la indicada especialización.³⁸ Estos dispositivos permanecen íntegramente en vigor y son una innovación en lo que hace a la ampliación de las posibilidades de dispensas para pro-

³⁴ Arts. 1194 al 1198 del CPC.

³⁵ Arts. 155 al 162 del ECA.

³⁶ Art. 142 párr. único del ECA y art. 9, inc. 1 del CPC.

³⁷ Art. 840 del CC.

³⁸ Art. 1188 del CPC.

veer la especialización de la hipoteca legal.³⁹ El momento de proceder con la especialización de la hipoteca legal es el indicado en los arts. 1205 al 1210 del CPC y subsidiariamente se procederá conforme lo establecido por el art. 153 del ECA.

e) Promoción del pedido de rendición de cuentas a los tutores, curadores o cualquier administrador de bienes de los niños y adolescentes

En lo que concierne a los niños y adolescentes puestos bajo la tutela de una persona que deba rendir cuentas, la legitimación del Ministerio Público, admitida por la doctrina y la jurisprudencia, se infería de la analogía que se hacía en los casos de curaduría especial.

⁴⁰ En cuanto a los padres, administradores legales de los bienes de los hijos menores, la legitimación conferida estaba subsumida a los casos de administración ruinososa.

⁴¹ El art. 201 inc. IV) del ECA despeja cualquier duda confiriendo la legitimación al Ministerio Público para las acciones de rendición de cuentas. La remisión al art. 98 del mismo cuerpo legal inserta en el dispositivo referida a la facultad del Ministerio Público de solicitar rendición de cuentas de los tutores, curadores o cualesquiera de los administradores de los bienes de los niños y adolescentes, en los casos allí comprendidos, a primera vista, puede leerse como una legitimidad restringida, no aplicable a los padres del niño o adolescente. Pero no es el caso, pues el mencionado artículo trata de la pertinencia de la medida de protección siempre que los derechos de los niños o adolescentes se encuentren amenazados o violados por falta, omisión o abuso de los padres o responsables, lo que evidencia que la falta de rendición de cuentas, por lo menos, indica una amenaza al patrimonio del incapaz.

En esa línea, es lógico inferir que el ECA amplió los casos de intervención del Ministerio Público en los casos de administración de los padres respecto de sus hijos menores de edad, a los casos de amenaza de lesión al patrimonio del incapaz y facultó para la acción, también en esos casos. Debe destacarse que la misma ley obliga a los tutores a rendir cuentas.⁴² En estos casos se aplica el principio de subsidio de los procedimientos.

⁴³ La rendición de cuentas se rige, entonces, por el procedimiento especial de jurisdicción contenciosa previsto en el CPC y en los casos de tutela o curatela especial deberán rendirse en el proceso en que fueron ellas discernidas.

8.1.3. Promoción de verificación judicial de las infracciones administrativas relacionada al deber de prevención

Las infracciones administrativas se encuentran inventariadas en los arts. 245 al 258 del *39 Art. 37 del ECA.*

40 La representación judicial de incapaces está prevista en el art. 9, párr. único del CPC.

41 Art. 394 del CC

42 Art. 434 del CC.

43 Art. 153 del ECA.

ECAy están íntimamente relacionadas a la prevención, resumida en el deber de todos de prevenir el acaecimiento de una amenaza o violación de los derechos del niño y del adolescente.⁴⁴ Éstas tipifican conductas proclives a facilitar la degradación personal y moral del niño o adolescente de modo que, una vez que se incurrió en ellas, se ha establecido para sus responsables una serie de medidas distintas de las que eventualmente es aplicable por su responsabilidad delictiva.⁴⁵

El Ministerio Público tiene la legitimidad para instaurar el procedimiento de verificación de la infracción administrativa de las normas de protección del niño y el adolescente.⁴⁶ Tal legitimación no es exclusiva; el procedimiento también podrá ser instado mediante la representación del Consejo Tutelar, hipótesis ésta en la que el Promotor de Justicia, al no resultar parte, subsumirá su actuación obligatoria a la defensa de los derechos e intereses contemplados en el ECA.⁴⁷

8.1.4. La actuación residual en la defensa de los intereses individuales

El Ministerio Público interviene en todos los procedimientos de competencia de la Justicia de la Niñez y de la Juventud, genéricamente enunciados en los arts. 148 y 149 del ECA. También interviene en los procedimientos de exclusión del hogar de los autores de maltratos, opresión o abuso sexual, en las autorizaciones de viaje, así como en cualquier otro hecho cuya medida a ser aplicada no encuadre en alguno de los procedimientos previstos en el ECA u otra ley vigente.⁴⁸ En este último caso, la autoridad judicial debe dar intervención al representante del Ministerio Público, quien lo hará en forma personal.

8.1.5. Medios de defensa de los intereses individuales del niño y del adolescente

La legitimación extraordinaria conferida al Ministerio Público para la defensa de los derechos individuales del niño o adolescente, lo faculta a provocar la actividad jurisdiccional.

El ECA prevé la posibilidad de instaurar la encuesta civil para la averiguación de los hechos relacionados con presuntas violaciones o amenazas a los derechos individuales, lo que podrá redundar en un reclamo administrativo destinado a la recolección de pruebas o indicios que hagan viables una posible acción civil, o bien, sirvan de antecedente para la acción civil.⁴⁴ *Art. 70 del ECA.*

⁴⁵ Así, si el mozo de un restaurante sirve una bebida alcohólica a un menor de 18 años incurrirá personalmente en el tipo

previsto por el art. 63, inc. I, de la Ley de Contravenciones Penales, mientras que el responsable del establecimiento en donde

se produjo la infracción, debido a la prohibición contenida en el art. 81 inc. II del ECA, será susceptible de ser multado

conforme lo prevé el art. 249 del mismo cuerpo legal, por los actos de sus dependientes.

⁴⁶ Art. 194 del ECA.

⁴⁷ En tales casos se adoptará el procedimiento previsto en los arts. 194 al 197 del ECA, pudiendo culminar el mismo con la

imposición o no de la sanción correspondiente.

⁴⁸ Art. 153 del ECA.

tecedente para celebrar eventuales acuerdos con el infractor. A tal fin, el Ministerio Público tiene a su disposición la posibilidad de instar cualquier acción adecuada para dar cabal cumplimiento a su labor relativa a la tutela jurisdiccional.

Es necesario enfatizar que la Ley de la Acción Civil Pública preconiza que la acción civil pública puede tener por objeto condenas de carácter patrimonial o la ejecución de obligaciones de hacer o no hacer, así como prevé la posibilidad de ordenar medidas cautelares. El ECA, por su parte, prescribe que para la defensa de los derechos e intereses por él protegidos son admisibles todas las especies de acciones pertinentes.⁴⁹ En la sucesión cronológica, éstas son las que prevé el Código de Defensa del Consumidor (CDC) que establece que para la defensa de los derechos e intereses allí protegidos son aceptables todos los tipos de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela ⁵⁰ lo que, en concordancia con lo establecido en la Ley de Acción Civil Pública, es de aplicación vigente. Estos dispositivos son corolarios de la propia CF, que, al garantizar el acceso a la justicia, expresa el principio de improrrogabilidad de la jurisdicción, ⁵¹ de aplicación genérica para todos y cada uno de los derechos existentes o por existir.

Si el legislador protege integralmente los derechos relativos a la niñez y juventud se hace necesaria la legitimación extraordinaria del Ministerio Público para defenderlos, desde que la acción se constituye en un derecho público subjetivo ejecutable contra el Estado para proteger los derechos que él mismo reconoce. De esta manera, todas las especies de tutela de los derechos del niño y del adolescente son viables en tanto sean necesarias y apropiadas para su protección.

8.2. Intervención civil en la defensa de los intereses colectivos o difusos de la niñez y la juventud

8.2.1. Generalidades

Con la vigencia de la Ley de la Acción Civil Pública ⁵² aparece orgánicamente en el paisaje jurídico nacional la posibilidad de defensa judicial de los intereses difusos de la colectividad. Con la CF del año 1988 la acción civil pública adquirió *status* constitucional como uno de los remedios para la defensa de cualquier interés difuso y colectivo.⁵³

⁴⁹ Art. 211 del ECA.

⁵⁰ Art. 83 del CDC.

⁵¹ Art. 5, inc. XXXV de la CF.

⁵² Ley 7347, del 24 de julio de 1985.

⁵³ Art. 129 inc. III de la Constitución. Además de la ley original (7347/85), la normativa básica se ve consolidada en nuestro

ordenamiento a través de las leyes 8069, del 13 de julio de 1990 (ECA), y 8078, del 11 de septiembre de 1990 (CDC). La legitimidad

para la promoción de la encuesta civil y de la acción civil pública está contenida en la expresión "otros intereses difusos

y colectivos". Allí, el constituyente faculta al legislador ordinario para que éste atribuya al Ministerio Público el rol de

protector de esos intereses respecto de la niñez y la adolescencia (art. 201 inc. V del ECA.)

En el CDC, el legislador se ocupó de definir qué se entiende por derechos colectivos y difusos al crear, además de los intereses individuales, una cuarta categoría: los intereses individuales homogéneos. En suma, contamos con: 1) los derechos individuales, o sea, los que pertenecen a un individuo, en el caso, niño o adolescente. Ellos son, por su naturaleza, indisponibles y su protección es de interés general de la sociedad como expresión inherente a la doctrina de la protección integral; 2) los derechos individuales homogéneos son aquellos de origen común; 3) los derechos colectivos transindividuales de naturaleza indivisible, que se encuentran en cabeza de grupos, en tanto categoría de personas ligadas entre sí por una relación jurídica de base, y 4) los derechos difusos transindividuales de naturaleza indivisible, cuya titularidad fue puesta en cabeza de personas indeterminadas o ligadas por circunstancias de hecho.

El ECA no hace referencia a intereses o derechos individuales homogéneos para justificar este tipo de acciones para la defensa de los derechos individuales. Es que ante la indisponibilidad de estos derechos y la facultad conferida del Ministerio Público para instar la encuesta civil y promover la acción civil pública ello se tornó innecesario. La conceptualización introducida por el CDC posibilita la instauración de acciones colectivas estrictamente para la defensa de intereses individuales homogéneos. Con ello que-daron atrás las dificultades propias del litisconsorcio a través del sistema de legitimación extraordinaria. Considero que la indisponibilidad que caracteriza los derechos del niño y el adolescente hace que aquellos que tengan base común se transformen en intereses de la colectividad.

8.2.2. Ejemplos legales de intervención

Tales derechos se encuentran enunciados en los diversos incisos del art. 208 del ECA y ellos involucran los casos de falta de oferta u oferta irregular de: a) enseñanza obligatoria; b) servicios de educación especializados a los portadores de alguna deficiencia; c) servicios de guarderías y establecimientos de nivel preescolar; d) enseñanza nocturna regular; e) programas suplementarios, oferta de material didáctico escolar, transporte y asistencia a la salud del estudiante del nivel de enseñanza fundamental; f) servicios de asistencia social; g) acciones y servicios de salud, y h) educación y profesionalización a los adolescentes privados de libertad.

El *no ofrecimiento* involucra la evaluación de los aspectos cuantitativos. En la expresión *oferta irregular* se pretende evaluar los aspectos cualitativos de las acciones y los servicios existentes, de modo que el conflicto colectivo puede originarse por situaciones indicadoras de su falta de calidad como de la falta de ejecución de las obligaciones comprendidas en tales derechos de la infancia y la adolescencia.

8.2.3. Otros intereses difusos o colectivos

La lista del artículo 208 del ECA no es taxativa, tal como lo prevé en su párrafo único

al indicar que *“las hipótesis previstas en este artículo no excluyen la protección judicial de otros intereses individuales, difusos o colectivos, propios de la infancia y de la adolescencia, protegidos en la Constitución y por la ley”*. De tal modo, se torna adecuada la instauración de la encuesta civil y de la acción civil pública en vista de los intereses ligados a la prevención, información, cultura, ocio, deportes, entretenimientos, muestras, productos y servicios que desatiendan la condición peculiar del niño y del adolescente como personas en el desarrollo.⁵⁴

De igual forma, el Ministerio Público tiene legitimación activa para instaurar la encuesta civil y promover la acción civil pública en procura de la protección de los intereses definidos en la Constitución Federal, en tanto reza que compete a la ley federal *“esta -blecer los medios legales que garanticen a la persona y la familia la posibilidad defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el art. 221, así como de la propaganda de servicios, prácticas y servicios que puedan ser nocivos a la salud y el ambiente”*.⁵⁵

8.2.4. Acciones contra el Poder Público y la discrecionalidad administrativa

Algunas acciones civiles contra el Poder Público encuentran los obstáculos en el argumento de discrecionalidad administrativa. En la norma se trata de acciones conminatorias por obligaciones de hacer y su rechazo se fundamenta en que el administrador tiene la facultad de escoger qué iniciativa debe instar en beneficio de la comunidad, atendiendo a las prioridades presupuestarias. La validez de tal argumento encuentra sus límites en las acciones de gobierno ya consideradas legalmente prioritarias y que, en consecuencia, se sustraen de la esfera de opción del administrador, así como no puede oponerse el argumento de que es necesaria su expresa previsión en el presupuesto.

Como quedó dicho, el Poder Público tiene una serie de deberes destinados a tornar segura la vida del ciudadano en las áreas de salud, educación, etcétera. También debe propiciar las condiciones para la actualización de las potencialidades del ser humano. Tales obligaciones (y considero aquí sólo aquellas referidas en la ley, sobre todo en las Constituciones de la República y de los estados) exigen costos de inversiones y mantenimiento y, por consiguiente, se subordinan a los réditos del impuesto y los gastos correspondientes que son definidos a través de los presupuestos respectivos. La discrecionalidad administrativa, en este aspecto, comprende un derecho/deber para el administrador. Derecho a escoger las prioridades de gobierno, entre aquellas que pueden escogerse por delegación del voto (incluso en cuanto a sus costos de inversión y

⁵⁴ Art. 71 del ECA.

⁵⁵ Art. 220, párr. 2° de la CF. (En el particular, ante la ausencia de ley federal que regule el asunto, es menester dar énfasis

a que la actuación del Ministerio Público se encuentra limitada a aquellas hipótesis en que los programas o programaciones

violen reglas insertadas en los arts. 71, 76, 253, 254 y 255 del ECA.)

mantenimiento); y el deber de considerar obligaciones públicas ineludibles a aquellas relacionadas a los objetivos fundamentales del Estado.

Vemos aquí que el primer punto a discutir concierne al discernimiento de la naturaleza de la obligación pública. Es preciso verificar si el gobernante se encuentra compelido por la ley a realizar alguna acción, independientemente de su voluntad, vale decir, si está sometido o no a su criterio llevar a cabo alguna política o desarrollar algún programa.

Si esto es así, es necesario remitirnos a la cuestión presupuestaria a fin de verificar si el costo de la inversión, su mantenimiento o la implementación de determinado programa puede garantizarse con el presupuesto. Con ello, verificar si el ingreso permite la previsión del gasto del servicio legalmente impuesto, a tal fin, debe evaluarse si se efectuaron otros gastos públicos que no estaban en la prioridad legal. Verificadas la obligación legal del gobernante y su posibilidad de costear el gasto que ello le implica, se torna procedente la acción civil a fin de constreñirlo a cumplir con su deber.

Es que en un Estado democrático de derecho, caracterizado por la participación del ciudadano, de las instituciones y de las entidades independientes en la conducción de los destinos de la cosa pública, la actuación política no se limita al voto, comprende también el ejercicio del derecho de llevar ante la Justicia acciones que denuncien resistencias impropias, caracterizadas, principalmente, por la omisión del gobernante a cumplir con obligaciones previamente establecidas por la ley. Por consiguiente, la acción tiene de obligarlo a incluir la asignación dineraria pertinente a la obligación incumplida y no está dentro de sus facultades eludir. Por ende, deberá incluir esa asignación en el próximo presupuesto, al menos, para dar inicio a su cumplimiento.⁵⁶

En síntesis, en un Estado democrático de derecho, la discrecionalidad administrativa no sirve como disculpa al gobernante en dispensa de su omisión de cumplir con prioridades legales desde que el legislador las consideró indispensables para el desarrollo social.

8.3. Intervención civil en la defensa de la regularidad de entidades y programas

8.3.1. La averiguación judicial de irregularidades e imposición de sanciones

Cuando el Promotor de Justicia toma conocimiento de la irregularidad en alguna institución o programa de servicios destinado a los niños y adolescentes, sea por el resul-

56 Es bueno que se diga que la eventual sentencia no importaría interferencia de la Magistratura en los asuntos del Ejecutivo -vo

pues al considerar al gobernante obligado a actuar en la implementación o financiamiento de un programa o servicio; el

Estado, por medio del juez, simplemente estaría asegurando la eficacia de la norma previa y legítimamente establecida por

el Poder Legislativo y, a veces, por el propio Poder Constituyente, en nombre del interés público primario, poniendo en evidencia

que el cálculo de sus costos era posible, desde que se verifica la existencia del ingreso para asumir esos gastos, como

también, el dispendio presupuestario en gastos que no involucraban obligaciones vinculantes. Ejemplificando: la norma

obliga a un municipio a atender a niños menores de seis años en guarderías y establecimientos preescolares, si el gobierno

lo omite, y existen gastos de propaganda oficial, el Poder Judicial está facultado a determinar la implementación o el mantenimiento

del programa, desde que es prioridad legal que escapa de la discrecionalidad del administrador y existen suficientes

recursos para cumplir con la obligación legal.

tado de una fiscalización o por los resultados de un procedimiento administrativo, está facultado a requerir la averiguación judicial de tales faltas y la imposición consecuen-te de las sanciones pertinentes.⁵⁷ El requerimiento deberá contener un resumen de los hechos con indicios del acaecimiento de la irregularidad y la mención de los medios por los que piensa demostrar esa verdad con una nómina de los posibles testigos. También puede incluir en la demanda preliminar la solicitud de remoción temporal del directivo de la entidad donde fue constatada la irregularidad, con indicación de las ra-zones que justifican una medida de tal envergadura. Esta medida cautelar es aplica-ble tanto a entidades gubernamentales como no gubernamentales (ONG), aunque la remoción definitiva sólo es posible respecto de las primeras, dado que en el caso de ONG la remoción queda supeditada al procedimiento específico para la disolución de las sociedades civiles.

8.3.2. Disolución de las sociedades civiles de fines asistenciales

El Ministerio Público se encuentra legitimado para pedir la disolución de las sociedades civiles de servicios asistenciales ⁵⁸ que perciban subsidios del Poder Público o que se mantengan en todo o en parte con contribuciones populares periódicas.⁵⁹

Las causas de disolución de estas sociedades son: a) que haya dejado de desempeñar las actividades asistenciales a las que estaba destinada; b) que haya distraído las ayudas, subsidios o contribuciones populares en fines diversos a los previstos en sus actos constitutivos o en sus estatutos sociales, y c) que sea administrada en forma ine-ficaz por abandono u omisión continua de sus órganos directivos. Además de estos ca-sos el ECA prevé la hipótesis de disolución para el caso en que la sociedad haya incu-rrido, en forma reiterada, en infracciones que importen un riesgo a los derechos asegurados en la ley. Por último, también se encuentran sujetas al poder de policía ad-ministrativo, en otros términos, al control estatal de la actividad.

8.4. La intervención en el área infraccional

8.4.1. Acción socioeducativa pública

En principio, es necesario consignar que el ECA introdujo la llamada acción socioedu-cativa pública que resulta de un acto infraccional en que haya incurrido un adolescen-te (delito o contravención).⁶⁰

⁵⁷ Art. 97 del ECA.

⁵⁸ El proceso de disolución de la liquidación de las sociedades civiles resulta del art. 3º, párrafo único del Decreto Ley 41/66,

que se rige por las disposiciones de los arts. 655 al 674 del viejo CPC (Decreto Ley 1608/39), cuya eficacia en la materia se

mantuvo por lo dispuesto en el 1218, inc. VII del CPC.

⁵⁹ Ex vi Decreto Ley 41, del 18 de noviembre de 1966.

⁶⁰ Art. 103 del ECA.

El acto infraccional revela una acción socialmente disvaliosa, consustanciado en la ofensa seria al orden jurídico, y, al mismo tiempo, una respuesta infante juvenil a las adversidades propias que supone enfrentar los desafíos cotidianos, a veces, como resultado de la irreflexión propia de la inmadurez. Las consecuencias jurídicas de los delitos y contravenciones deben calibrarse de acuerdo con su autor. En el caso de los niños o adolescentes deben respetar la condición peculiar de tratarse éstos de personas en desarrollo. Tal característica no sólo los excluye de la responsabilidad penal sino que tal como recomendaron las Naciones Unidas en *“los sistemas jurídicos que reconocen el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual”*,⁶¹ lo que determina la previsión de medidas apropiadas y de reglas procesales peculiares. Así, la comunidad internacional lucha por un sistema jurídico capaz de satisfacer las necesidades de la sociedad y también las de los infractores al proteger sus derechos básicos.

8.4.2. La remisión de casos como forma de exclusión del proceso

Al sancionar el ECA, el legislador recogió los principios precedentemente indicados. A diferencia de como lo había hecho en ocasión de sancionar el derogado Código del Menor,⁶² estableció un procedimiento de averiguación del acto infraccional de naturaleza formal, de manera de materializar las garantías del debido proceso (citación, contradictorio, etc.) e invistiendo al Ministerio Público como titular de la acción socioeducativa pública. Si en el sistema procesal penal rige el principio de la naturaleza compulsiva de la acción penal, en el ECA, al instituirse la remisión de casos como la forma de exclusión del proceso, expresamente fue adoptado el principio de la oportunidad, que importa conferir al titular de la acción penal la facultad de invocar o no la actividad jurisdiccional. La decisión nace de la confrontación de los intereses protegidos en cada una de las normas sociales e individuales insertas en el ECA, ya que si bien a la sociedad le interesa defenderse de los actos infraccionales, aun aquellos cometidos por los adolescentes, también le interesa proteger integralmente al adolescente, aunque sea infractor de la ley. Así, en cada caso concreto, el Ministerio Público dispone de la acción socioeducativa pública a través de la remisión de casos, cuya resolución se da de las formas más diversas de acuerdo con su particularidad: desde el puro y simple perdón hasta algún tipo de transacción.⁶³

La exclusión de la acción socioeducativa pública en los casos de remisión en que se resuelva el puro y simple perdón, se justifica cuando el interés de defensa social asume

61 Regla 4 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985.

62 En el que había instituido un sistema marcado por el informalismo y la discrecionalidad.

63 Queda expresamente exceptuada cualquier aplicación de medidas privativas de libertad, por consiguiente se excluyen la semilibertad y la internación.

un valor inferior que aquel que representan el costo, la viabilidad y la eficacia del proceso. Así, los delitos menores e infracciones leves atribuidos a los adolescentes, en los que se prevén las dificultades en la recolección de la prueba –algo característico de este tipo de infracción–, cuyo resultado además de incierto consistirá en una simple advertencia, pueden ser remitidos plenamente por el representante de la sociedad. Para qué poner en funcionamiento la maquinaria judicial en los casos menores y luchar por un resultado incierto o ineficaz como instrumento de protección de los intereses sociales si, además, el autor de la ofensa es un adolescente que se encuentra integrado perfectamente a la familia y a la sociedad. Por otro lado, la concesión de la remisión es aplicada a infracciones cuyas acciones por lo general no autorizan la internación.⁶⁴ El mérito de adelantar la medida de la acción socioeducativa sin la necesidad de la instauración de un procedimiento formal resulta del menor costo y la mayor celeridad que representa este procedimiento y se aplica siempre que el adolescente y su representante legal estén de acuerdo con la decisión ministerial.⁶⁵

En atención al principio constitucional que indica que ninguna lesión o amenaza a un derecho puede excluirse de la apreciación del Poder Judicial, sabiamente el legislador incluyó la posibilidad de revisión judicial para los casos en que se resuelve la remisión, de modo que quien se vea afectado por esta providencia pueda invocar la protección jurisdiccional, en cualquier tiempo.⁶⁶

Además, si consideramos los intereses sociales e individuales en juego, en los casos de remisión se ha impuesto un control judicial obligatorio, que se lleva a cabo por medio de su homologación. Con ello, en los casos de discordancia con la decisión del Promotor de Justicia, la autoridad judicial puede remitir los autos al Procurador General de Justicia, autoridad máxima de la institución, encargada de cuidar de los intereses sociales e individuales indisponibles.⁶⁷

Así, la concesión de la remisión como modo de exclusión del proceso constituye un instrumento fundamental del Ministerio Público para la disposición de la acción pública socioeducativa de manera de alcanzar, por la vía administrativa, una forma rápida de composición amistosa del conflicto entre la sociedad y el adolescente.

8.4.3. Promoción y asistencia en procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes

El procedimiento de averiguación del acto infraccional atribuido a un adolescente se inicia con el ofrecimiento de la representación del Ministerio Público a la autoridad judicial.

64 Art. 122 del ECA.

65 Se tuvo por fuente de inspiración la regla 11 de las Reglas de Beijing, pues la remisión asume las formas de una transacción,

como ocurría también en el Anteproyecto del Código Procesal Penal de Frederico Marques.

66 Art. 128 del ECA.

67 Art. 181 del ECA.

La misma debe ofrecerse por petición que contendrá un breve resumen de los hechos, la tipificación de la infracción y, cuando corresponda, la nómina de los testigos, la que puede presentarse oralmente en audiencia fijada por la autoridad judicial.⁶⁸ Como se dijo, a todos los procedimientos regulados en el Estatuto se le aplican subsidiariamente las normas generales previstas en la legislación procesal pertinente, de ello que el número máximo de testigos, conforme el tipo de infracción, será de tres, cinco u ocho, según lo indica el Código Procesal Penal (CPP),⁶⁹ conforme el criterio de sanciones previsto en el tipo de que se trate respectivamente: contravenciones, delitos en los que se prevea alternativamente la pena de prisión o delitos que importen pena privativa de la libertad.

Dado que el proceso se instaura precisamente para la investigación del hecho, no existe la figura de la encuesta policial previa. La representación es instruida con copia del auto de aprehensión, o del acta de procedimiento, o de un informe sobre las investigaciones y demás antecedentes. La ley establece que el ofrecimiento de la representación del Ministerio Público para instar la acción no depende de prueba preconstituida acerca de la autenticidad y materialidad del supuesto delito, la que será producida durante el proceso.

El Ministerio Público, como parte del procedimiento, está obligado a intervenir en todos los actos del mismo. La inobservancia de este requisito importará la nulidad absoluta de lo actuado y será declarada de oficio o a instancia de parte. También podrá promover el archivo de los autos por inexistencia del hecho, o porque el mismo no constituye una hipótesis tipificada en la ley o porque el adolescente no es su autor.⁷⁰

Una vez más se hace necesario decir que su calidad de parte en el proceso no desnaturaliza su función primordial de defensor de los intereses fundamentales del adolescente, aunque el mismo resulte ser el autor de la infracción, y en razón de ello, el Ministerio Público debe velar por el respeto de las garantías del debido proceso legal, sobre todo en lo que involucra el derecho de defensa. Sus peticiones deben tener en cuenta los intereses sociales indisponibles relativos a la seguridad como también los intereses indisponibles del adolescente, sobre todo su libertad, en procura de la solución más adecuada para la composición del conflicto.

El Ministerio Público interviene obligatoriamente también en todas las incidencias que se den en el marco de la ejecución, y debe pronunciarse en forma previa en los casos de sustitución de medidas,⁷¹ sobre todo la medida de internación,⁷² semilibertad ⁷³ y libertad asistida.⁷⁴

68 Art. 182 inc. 1° del ECA.

69 Arts. 398, 539 y 533 del CPP.

70 Art. 180 inc. I y 181 del ECA.

71 Art. 113 en función del art. 99 y 100 del ECA.

72 Art. 121 inc. 6° del ECA.

73 Art. 102 inc. 2° del ECA.

74 Art. 118, inc. 2° del ECA.

8.4.4. Entrevista con los adolescentes privados de libertad

Uno de los derechos del adolescente privado de su libertad, es decir, sometido a una medida socioeducativa denominada internación, consiste en entrevistarse personalmente con el representante del Ministerio Público.⁷⁵ Esto supone la obligación del Promotor de Justicia de visitar los establecimientos de internación periódicamente a fin de mantener entrevistas con los adolescentes internados de manera de verificar las condiciones en que se da cumplimiento a la medida. En caso de constatarse alguna irregularidad que signifique la inobservancia de los derechos reconocidos por la ley (en especial los pautados en el art. 124 del ECA), deberá instar la acción judicial o extrajudicial para remover el obstáculo, sin perjuicio de las eventuales consecuencias penales.

9. La intervención administrativa

9.1. Promoción de procedimientos administrativos

El Ministerio Público puede establecer los procedimientos administrativos a fin de formarse convicción sobre hechos, para eventualmente presentarlos en instancias judiciales o extrajudiciales. Así, por ejemplo, antes de establecer una encuesta civil puede buscar formalmente los elementos de convicción para promulgar la acción, de modo que su consecuente actuación descansa en una causa justa. Estos procedimientos pueden consistir en requerimientos de providencias, investigaciones previas, e t c .⁷⁶ Se trata de facultades propias de la actuación ministerial a fin de remover los obstáculos que eventualmente obstan la instauración de la encuesta civil o la promoción de acción civil o la iniciativa extrajudicial a la vez que conforman el camino más rápido para el alcance del *d e s i d e r a t u m* público. Estos procedimientos administrativos pueden fundarse también en sus funciones de “defensor del pueblo” en el área de la niñez y de la adolescencia.⁷⁷

Para la instrucción de esos procedimientos el Ministerio Público está facultado a: a) enviar notificaciones, tomar testimonios o requerir explicaciones; b) pedir comparendos compulsivos por medio de la policía civil o militar; c) requerir informes, exámenes, pericias y documentos a cualquier autoridad; d) promover inspecciones y diligencias de investigación; e) solicitar información y documentos a particulares e instituciones privadas. Puede incluso requerir documentos considerados confidenciales (como las informaciones bancarias), y es responsable por el uso indebido de las informaciones y documentos por él requeridos, en las hipótesis legales de sigilo. Todas estas exigencias

⁷⁵ Art. 124 inc. I del ECA.

⁷⁶ Art. 201 inc. VI del ECA.

⁷⁷ Art. 201 inc. V del ECA.

son mandatos de la ley y su incumplimiento implica incurrir en el delito de desobediencia, sin perjuicio de que proceda el cumplimiento de la medida mediante el uso de la fuerza pública.

9.2. Promoción de diligencias de investigación y formulación de investigaciones policiales

Las diligencias de investigación son sustitutivas de las investigaciones policiales. El Ministerio Público, titular exclusivo de la acción penal pública,⁷⁸ puede no realizar la encuesta penal para promover, directamente, la acción penal por los delitos cometidos contra niños o adolescentes, para el caso en que lo considere oportuno. En tales hipótesis puede valerse de todos los medios legales para obtener el esclarecimiento de los hechos y demandar cualquiera de los procedimientos administrativos tratados precedentemente, también se encuentra facultado para requerir diligencias de investigación a la autoridad policial.⁷⁹

9.3. El ejercicio de la función de ombudsman en el área de la niñez y de la juventud

La función de ombudsman o defensor del pueblo viene definida en la CF ⁸⁰ y en el ECA, cuando le impone el deber de *“velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a los niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso”*.⁸¹ Tal dispositivo faculta al Ministerio Público en la función de defensa de los derechos y garantías de la población infanto-juvenil en la medida exacta en que la ley los protege. El Promotor de Justicia vela por la efectivización de los derechos y garantías que el legislador entendió fundamentales y excluyó de su actividad la defensa de intereses parciales, aunque jurídicamente los haya protegido. ⁸² El legislador distinguió entre la función de defensor del pueblo y las actividades judiciales y extrajudiciales a fin de reforzar la legitimación del Ministerio Público para actuar fuera del proceso, como intermediario en la composición de los litigios, y con ello evitar la evocación a la protección jurisdiccional. Por esta razón, puede y debe intentar resolver la controversia de una manera amistosa antes de decidir instar el proceso.

⁷⁸ Art. 129 inc. I de las CF.

⁷⁹ Art. 129 inc. VIII de la CF. *El legislador constituyente no limitó la actividad policial a la persecución de crímenes y delitos*

menores, por lo cual las exclusiones referidas en el art. 144 inc. IV de la Constitución Federal, simplemente aportan una distinción

entre las atribuciones de la policía federal y la policía estadual.

⁸⁰ Art. 129 inc. II de la CF.

⁸¹ Art. 201 inc. VIII del ECA.

⁸² *Tal aclaración resulta de gran relevancia a fin de evitar una idea equivocada de la función atribuida al Ministerio Público,*

la que considere que la misma está destinada a la defensa absoluta y parcial de los intereses del niño o adolescente, que,

como quedó dicho, es más bien propia del ejercicio de la asistencia técnica profesional.

Por otro lado, la legitimación para las medidas judiciales le confiere poder de coerción al Ministerio Público/ombudsman, pues de resultar infructuoso su intento de intermediación amigable, podrá valerse de la vía judicial. Por consiguiente, su función no se resume en la intermediación sino que puede redundar en un proceso con todas sus consecuencias. Además, si la intervención versa sobre algún derecho fundamental del niño o el adolescente, el legislador confirió al Ministerio Público instrumentos de comprobación para evaluar la necesidad y legalidad de su actuación judicial o extrajudicial.⁸³

9.4. Fiscalización del proceso de nombramiento de los miembros del Consejo Tutelar

El Ministerio Público tiene también el importante papel de fiscalizador del proceso de elección de los miembros del Consejo Tutelar,⁸⁴ órgano permanente y autónomo no jurisdiccional, al que la sociedad confió el cumplimiento de los derechos del niño y del adolescente.⁸⁵ Para el ejercicio de esta función el Promotor de Justicia debe estar atento a los dispositivos insertados en el ECAy en la ley municipal que instituye el Consejo Tutelar en cada sitio. La primera ley establece los requisitos básicos y generales, de observancia obligatoria en todos los distritos municipales brasileños; la segunda, de carácter local, además de crear el Consejo Tutelar y establecer las reglas en cuanto a su funcionamiento y organización, debe detallar el procedimiento de elección de los consejeros. El Ministerio Público debe controlar que se dé cumplimiento a las condiciones establecidas en la ley para que el proceso de selección sea uniforme con las determinaciones del legislador federal y municipal. En el caso de irregularidades, debe instar las medidas administrativas que conduzcan a la adecuación de la selección conforme los dictados legales, socorriéndose en su caso en la Magistratura cuando haya agotado los medios de recomposición de la legalidad.

9.5. Fiscalización de la inscripción en el registro de adopciones

Con el fin de crear un mecanismo de control de las adopciones y democratizar el acceso a la modalidad de colocación de los niños en familias sustitutas, el legislador ordenó la obligatoria intervención de la autoridad judicial en cada distrito o foro regional, el cual deberá mantener un registro de niños y adolescentes en condiciones de ser adoptados y otro de personas interesadas en la adopción. Las inscripciones en estos registros se condicionan a la satisfacción de los requisitos legales y requieren un dictamen previo del Ministerio Público.⁸⁶

83 Esto se verifica en el ECA, que atribuye al Ministerio Público la facultad de: registrar las declaraciones de los reclamantes;

establecer el procedimiento competente (el cual presidirá); entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada,

en el día, lugar y hora previamente establecidos; efectuar las recomendaciones con miras a la mejora de los servicios públicos

relativos al niño y el adolescente, e indicar un período razonable para su perfecta adaptación.

84 Art. 139 del ECA.

85 Art. 131 del ECA.

86 Art. 50, párr. primero e inc. 1 °.

Al tratarse de la inscripción de un niño en condiciones de ser adoptado es necesario verificar, básicamente, la ocurrencia de las causas de extinción, o el acuerdo de sus padres de que su hijo sea colocado en una familia sustituta.⁸⁷ En el caso de los interesados, en la adopción debe verificarse si ellos pueden ofrecer al niño un ambiente familiar apropiado y si la adopción representa reales ventajas y se funda en motivos legítimos.⁸⁸

9.6. Fiscalización de entidades y programas de atención

El Ministerio Público tiene la función de fiscalizar las entidades públicas y particulares de atención que ejecutan los programas de protección y socioeducativos; las primeras, destinadas a los niños y adolescentes privados o amenazados de privación de sus derechos fundamentales y, las segundas, destinadas a los adolescentes infractores.⁸⁹ El Promotor de Justicia tiene como tarea básica verificar, de oficio, si las entidades situadas en los límites de su competencia territorial atienden a los imperativos legales. Esta tarea la lleva a cabo el Ministerio Público en forma concurrente con el Poder Judicial y el Consejo Tutelar,⁹⁰ para dar mayor efectividad a la tarea fiscalizadora.

En caso de verificarse alguna irregularidad, el Ministerio Público puede entrar con su representación y mientras prepara la vía judicial pertinente podrá valerse del elenco de sanciones que prevé el ECA para tales casos ⁹¹ o incluso iniciar las acciones administrativas, sobre todo en el ejercicio de su función de ombudsman, destinadas a la remoción de las fallas verificadas. En ese sentido, nada obsta a que el Ministerio Público, en el caso de tratarse de una entidad gubernamental, previamente y valiéndose de las facultades previstas en la ley, oficie directamente a la autoridad administrativa con el objeto de recomendarle que emprenda las acciones que den fin a las irregularidades verificadas y fijar para ello un término para su implementación.⁹² En su actividad fiscalizadora el representante del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones, tendrá acceso libre a todo lugar donde se encuentre un niño o adolescente.

10. Palabras finales

El Ministerio Público es un instrumento primordial para la efectivización de los derechos del niño en la medida exacta en que la ley defiende imparcialmente sus intereses. En *87 En esta hipótesis el Promotor de Justicia debe necesariamente oír a los padres de los niños o adolescentes (art. 166 párr .*

único del ECA).

88 Arts. 29 y 43 del ECA.

89 Las instituciones gubernamentales y no gubernamentales de servicio se encuentran enumeradas en el art. 90 del ECA y

sus obligaciones principales se encuentran enunciadas en los arts. 92 al 94 del ECA.

90 Art. 95 del ECA.

91 Art. 97 del ECA.

92 Art. 201 inc. 5° del ECA.

un Estado democrático de derecho donde la ley, legítimamente elaborada, define las condiciones esenciales para la actualización de las potencialidades de la persona humana, representa una herramienta importante en la remoción de las desigualdades.

Los intereses sociales e individuales representan la suma de los elementos materiales y culturales de los que el ser humano puede disponer en su proyecto vital, asegurados por el Estado a través de políticas sociales básicas, como el salario, el alimento, la casa, la salud, la educación, desarrollados bajo la égida de la democracia y de la libertad.

El Ministerio Público, sea en su actuación administrativa o en su función de promotor de acciones civiles necesarias para la defensa judicial de los intereses individuales, difusos o colectivos, afines a la infancia y la juventud, puede promover que una mayoría indigente trasponga el umbral que la conduce a los beneficios de la ciudadanía, mediante el respeto y el ejercicio efectivo de sus derechos. Precisamente, su actuación se dirige a que, por medio del Poder Judicial, se hagan realidad los derechos negados en lo cotidiano. Al poner su fuerza al servicio de los más pequeños, el Ministerio Público equilibra las relaciones del mundo adulto haciendo de los niños y adolescentes verdaderos sujetos de derecho.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal 8069, 13/6/1990.

Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei complementaria federal 40, 13/12/1981) .

Lei das Contravenções Penais.

Lei da Ação Civil Pública, Lei 7347/85, 24/7/1985.

Decreto Lei 41, 18/6/1966.

Código Processo Civil.

Código Civil.

Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078, 11/09/1990.

Código Processo Civil, Decreto Lei 1608/39 (derogado).

Código de Menores, Lei 6697, 10 de octubre de 1979 (derogado).

Anteproyecto do Código Processo Penal, Frederico Marques, convertido en PL633/75.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (*Reglas de Beijing*), Resolución 40/33, Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985.