

# LA ACCIÓN CIVIL PÚBLICA EN EL ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

**HUGO NIGRO MAZZILLI**

*Miembro del Ministerio Público de Sao Paulo*

(Publicado en el texto colectivo “E.C.A., estudios socio-jurídicos”, Tania da Silva Pereira, coordinadora, 1992, Librería y Editora Renovar Ltda.)

## **Qué es la Acción Civil Pública**

El primer texto legal en mencionar la expresión “acción civil pública” fue el artículo 3º, III de la Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público (Ley Complementaria Federal Nº 40, de 13/12/1981). La expresión, sin embargo, solo vino a ser consagrada en la ley Nº 7347/85, que cuidó la defensa del medio ambiente, del consumidor y de valores culturales.

Posteriormente, la Constitución Federal de 1988, abandonando la fórmula de *numerus clausus*, confirió la acción civil pública al Ministerio Público para la defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos.

Siguieron diversas leyes ordinarias, en el mismo sentido, como la Ley Nº7853/89 (para defensa de personas portadoras de deficiencia), la Ley Nº7913/89 (de responsabilidad por daños causados a los inversionistas en el mercado de valores mobiliarios), y, finalmente, la Ley Nº8069, de 13 de junio de 1990 (Estatuto del niño y del adolescente).

En su creación, con “acción civil pública”, se quería por cierto distinguir apenas la acción de objeto no-penal propuesta por el Ministerio Público. Se trataba de un enfoque nítidamente *subjetivo*, basado en la titularidad activa de cualquier acción civil, sin objeto más específico, mientras fuera interpuesta por el Ministerio Público.

Tanto la Ley Nº7347/85, como las leyes posteriores, y la propia constitución, al reglamentar la “acción civil pública”, no la restringieron a la iniciativa del Ministerio Público.

*Acción civil pública* pasó a significar no sólo la acción interpuesta por el Ministerio Público, como la acción propuesta por otros legitimados activos -personas jurídicas de derecho público interno, asociaciones y otras entidades- cuando su objeto fuese la tutela de intereses difusos o colectivos (se trata ahora de un enfoque *subjetivo-objetivo*, basado en la titularidad activa y en el objeto específico de la prestación jurisdiccional).

El concepto de acción civil pública alcanza hoy, por tanto, más que las acciones de iniciativa ministerial; es útil, con todo, dar atención especial a estas últimas, porque,

ordinariamente, es el Ministerio Público quien toma la iniciativa de su proposición. Tratándose de las acciones que contempla el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley N°8069/90), en rigor su interposición cabe a los órganos del Ministerio Público investidos de las funciones de la Curadoría de Menores (los cuales, en las nuevas Leyes Orgánicas del Ministerio Público, ciertamente oficiarán ante los Jueces de Infancia y Juventud, siendo probable que vengan a llamarse Curadores de Infancia y de Juventud, cf. Arts. 146 y 148, IV, del Estatuto).

### **Qué son los Intereses Difusos**

Partiendo de una distinción ya propiciada por los estudios de Carnelutti, Renato Alessi procuró distinguir dos facetas del interés público.

El *interés público* identifica el bien común, o sea, el interés de la colectividad como un todo: ese es el que se puede llamar *interés público primario*.

El *interés público* advertido por el Estado es lo que se puede llamar *interés público secundario*.

Aunque naturalmente fuese deseable la perfecta y permanente coincidencia entre el interés público secundario y el interés público primario, es más que claro para todos nosotros que el interés del Estado como persona jurídica no siempre coincide con el interés público primario.

Así, la decisión de construir una usina nuclear en tal o cual lugar puede o no, efectivamente, ser una opción segura en pro de la población; la decisión de inundar más temprano o más tarde una vasta región de tierras, para construir una usina hidroeléctrica puede ser más o menos acertada, bajo el ángulo del interés general. Las acciones populares están allí para confirmar que no siempre el interés público, visto por el legislador, coincide con el verdadero interés de la colectividad.

Se han confundido con el interés público primario los más auténticos intereses difusos (el ejemplo por excelencia del medio ambiente); y, en un sentido lato, también los intereses que, en atención a sus efectos, incumban a toda la sociedad (en este sentido, incluso un interés individual, si es indisponible, debe ser considerado interés público).

Por *difuso* se quiere entender, exactamente, el interés de un grupo o de grupos menos determinados de personas, entre las cuales no haya un vínculo jurídico o fáctico muy preciso.

A su vez, interés *colectivo* es el que comprende una categoría determinada o por lo menos determinable de individuos, como la de los asociados de una entidad gremial o intermedia.

Así como ocurre con el interés individual indisponible, también el interés colectivo, si

es indisponible, está inserto en aquella noción más amplia de interés público.

Todas estas nociones introductorias son indispensables para conceptualizar lo que es la acción civil pública, aún con el propósito más específico de situarla dentro del campo de competencia del Estatuto del Niño y del Adolescente.

## **Legitimación Ordinaria y Extraordinaria**

Todavía en el campo introductorio de este estudio, es necesario señalar que la manera clásica de perseguir en juicio la defensa de intereses se da por medio de la llamada *legitimación ordinaria*, o sea, el afectado defiende su propio interés.

En nuestro sistema jurídico, queda limitada a hipótesis excepcionales la llamada *legitimación extraordinaria*, o sea, la posibilidad de que alguien, en *nombre propio*, defienda intereses ajenos (artículo 6° del CPC). Cuando esto ocurre, se configura una verdadera *sustitución procesal*, inconfundible con la *representación*, pues en esta última alguien, en *nombre ajeno*, defiende el interés ajeno.

En materia de intereses colectivos y difusos, antes de las leyes ya citadas - Ley N°7347/85 (Ley de acción civil pública, de protección al medio ambiente, al consumidor y al patrimonio cultural), Ley N°7853/90 (Ley de acción civil pública de protección a personas portadoras de deficiencia), Ley N°1913/89 (Ley de acción civil pública para protección de inversionistas en el mercado de valores mobiliarios), y Ley N°8069/90 (Estatuto del niño y del Adolescente)-, pocas fórmulas había para la defensa global en juicio de dichos intereses colectivos y difusos (como la acción popular y las acciones civiles propuestas por el Ministerio Público). En estos casos, la legitimación ordinaria no sería practicable, pues no sería viable la comparecencia de todos los afectados al juicio.

En el caso de los conflictos de intereses difusos, se hizo necesario encontrar una fórmula que, dentro de la tradición de nuestro Derecho, diera acceso a lo judicial

Esa fórmula fue la *acción civil pública*.

## **La Defensa de Intereses Difusos y Colectivos en el Area de protección al niño y la juventud**

A la vista de los buenos frutos de la Ley N°7347/85, la Constitución de 1988 no solo amplió el número de los legitimados activos para la defensa de los intereses transindividuales, como también amplió las hipótesis de cabida de tutela judicial (v.g., art. 5°, XXI -que confiere a las entidades asociativas la representación de sus afiliados en juicio o extrajudicialmente; art.5°, LXX -que cuida del mandato de seguridad colectiva; art.8°, III -que confiere a los sindicatos la representación judicial o administrativa de los intereses colectivos o individuales de su categoría, etc.).

Analizando los principales derechos ligados a la población infantil y juvenil, como fueron enumerados por el artículo 227, *caput*, de la Constitución de la República, vemos que la indisponibilidad es su nota predominante, lo que hace al Ministerio Público naturalmente legitimado para su defensa (art. 127 de la Constitución de la República).

En efecto, dice el artículo 227 de la Constitución que es *“deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”*.

El análisis del Estatuto del Niño y del Adolescente, como un todo, refuerza esta conclusión, sea cuando cuida de sus derechos fundamentales (art.7º y siguientes: derecho a la vida y salud; a la libertad, al respeto y dignidad; a la convivencia familiar y comunitaria, a la educación, al deporte y recreación; a la profesionalización y la protección en el trabajo), sea cuando cuida de sus derechos individuales (art. 106 y siguientes).

### **Hipótesis de Acciones Civiles Públicas**

La actuación del ministerio público, en el área de la protección al niño y la juventud, puede hacerse mediante la proposición de innumerables acciones civiles públicas.

Inicialmente, no se puede apartar la posibilidad de interposición de representaciones interventivas o de acciones directas de inconstitucionalidad de normas federales, estatales o municipales (hasta por omisión) o, incluso, de interposición de orden de obligatoriedad, cuando la falta de norma reguladora torne inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales.

También debe tenerse presente el importante papel fiscalizador ejercido por el Ministerio Público en cuanto a los gastos públicos, las campañas, los subsidios e inversiones estatales ligados al área en examen.

Igualmente, deben ser consideradas las acciones civiles públicas destinadas a proteger al niño y al adolescente en cuanto destinatarios de propaganda o en su calidad de consumidores (arts. 77-82 del Estatuto y Ley N°7347, de 1985).

De acuerdo al nuevo Estatuto, se rigen por las disposiciones de la ley N°8069/90 las acciones de responsabilidad por ofensa a los derechos asegurados al niño y adolescente, referidas al no ofrecimiento u oferta irregular:

- de enseñanza obligatoria;
- de atención educacional especializada a los portadores de deficiencia;
- de atención en guardería o pre-escuela;

- de enseñanza nocturna;
- de programas suplementarios de oferta de material didáctico-escolar, transporte y asistencia a la salud;
- de servicio de asistencia social;
- de acceso a las acciones y servicios de salud;
- de escolarización y profesionalización de los adolescentes privados de libertad (cf. art.208).

Como ejemplos concretos, pueden ser mencionadas las siguientes acciones civiles públicas:

- a) contra la Hacienda Pública y los empleadores en general, para asegurar las condiciones del amamantamiento materno (art.9º);
- b) contra la Hacienda pública para asegurar condiciones de salud y de educación (arts.11 y 2º, y 54, 1º);
- c) contra hospitales, para que cumplan disposiciones del Estatuto (art.10);
- d) contra empresas de comunicación (arts.76 y 147, 3ª);
- e) contra editoras (arts.78-79 y 257);
- f) contra entidades de atención (arts.97, párrafo único; 148, V; 191);
- g) contra los propios padres o responsables (arts.129,155,156);
- h) de ejecución de las multas (art.214, 1º).

Se reiteran, en fin , dos cuestiones fundamentales, así interpretadas en un contexto que concurre para la mejor protección del niño y del adolescente.

Por una parte, la enumeración de acciones civiles públicas de iniciativa ministerial es meramente ejemplificativa, vista la norma residual o de extensión contenida no solo en el art.201, VI, del Estatuto, como en el art.129, III, de la Constitución Federal.

Por otra parte, en esta área, no es ni podrá ser exclusiva la legitimidad activa del Ministerio Público (arts.201, 1º, y 219 del Estatuto; art.129, 1º, de la Constitución de la República); su iniciativa no excluye a la de terceros, de acuerdo a la ley.