

2016

Actuación principal y complementaria del Ministerio Público: el artículo 103 CCyCN

Juan Pablo Olmo

Nurit Menciondo

Resumen

En este trabajo se analiza la actuación del Ministerio Público de la Defensa a partir de un caso en el que la progenitora de una niña desistió de la acción de privación de la responsabilidad parental entablada contra el progenitor condenado penalmente por abuso sexual, debido a la falta de recursos económicos para afrontar los gastos de la publicación de edictos en dos diarios para notificar al demandado que se encontraba prófugo. El Defensor Público de Menores e Incapaces en ejercicio de la actuación principal apeló la resolución de primera instancia que había tenido por desistida la acción y la Cámara, finalmente, revocó la decisión.

Voces

Edictos. Interés superior del niño. Ministerio Público de la Defensa. Defensor de menores. Tutela judicial efectiva. Código Civil y Comercial de la Nación. Reforma legal.

Actuación principal y complementaria del Ministerio Público: el artículo 103 CCyCN

ÍNDICE

1. El fallo. 2. Capacidad jurídica y representación legal de niños, niñas y adolescentes. 3. La actuación del Ministerio Público. a. El Código Civil derogado. b. El nuevo CCyCN: cuestiones terminológicas. c. El artículo 103 CCyCN. d. Tabla de concordancias con el Código anterior. 4. El fallo a la luz del artículo 103 CCyCN. 5. Reflexiones finales.

1. EL FALLO¹

El análisis que nos ocupa tiene su origen en un proceso penal por medio del cual se condenó a prisión a una persona por el delito de abuso sexual cometido contra una de sus hijas. Esta decisión originó, asimismo, un proceso civil sobre privación de la responsabilidad parental, en cuyo trámite se ordenó la fijación de edictos en la tablilla del juzgado a los fines de citar al progenitor prófugo. Una vez vencido el plazo, se designó al Defensor Público Oficial², quien luego solicitó que se dejara sin efecto su nombramiento apoyándose en el artículo 343 del código de forma³, puesto que no se había cumplido con el requisito de la publicación ordenada en la norma referida.

La jueza de grado admitió el planteo del Defensor y dispuso la notificación por medio de la publicación de edictos en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación. Frente a esa situación, la progenitora de la niña decidió desistir de la acción civil por carecer de recursos suficientes para dar cumplimiento a la disposición ordenada. En cambio, el Defensor Público de Menores e Incapaces de primera instancia interpuso un recurso de apelación, el cual fue sostenido por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara. Con fundamento en la

¹ Se trata del caso “[B,MI y otro c/ O,JA](#)”, resuelto por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, expediente N° 74.917/2013, resolución del 28 de junio de 2016.

² Comúnmente conocido como Defensor de Pobres y Ausentes, en este caso por tratarse de una persona ausente. Se puede recurrir a esta figura a fin de solicitar asesoramiento o patrocinio jurídico gratuito siempre que se invoque y se justifique la falta de recursos para afrontar los gastos del proceso, la situación de vulnerabilidad, o en el caso de que una persona estuviera ausente y ya haya sido citada por edictos.

³ Art. 343 CPCCN: “La citación a personas inciertas o cuyo domicilio o residencia se ignore se hará por edictos publicados por dos días en la forma prescrita por los artículos 145, 146, 147 y 148. Si vencido el plazo de los edictos o del anuncio por radiodifusión o televisión no compareciere el citado, se nombrará al Defensor Oficial para que lo represente en el juicio. El Defensor deberá tratar de hacer llegar a conocimiento del interesado la existencia del juicio y, en su caso, recurrir de la sentencia”.

última parte del artículo 146 CPCCN⁴, solicitó que se revocara la medida en los términos en los que fue ordenada, en razón de que la acción carecía de contenido económico.

El caso llegó a conocimiento de la Cámara Civil y, mediante fallo de fecha 28 de junio de 2016, la sala “D” resolvió revocar la decisión apelada y ordenó que se procediera conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 146 *in fine*; es decir, que se prescindiera de los edictos debido a que los gastos de la publicación resultaban desproporcionados en relación con la cuantía del proceso.

2. CAPACIDAD JURÍDICA Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN o Código) se regula la capacidad jurídica mediante la distinción tradicional entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio. En relación con la primera, el Código estipula que se trata de la capacidad de ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22 CCyCN); y en cuanto a la segunda, el Código alude a la capacidad de ejercer por sí las prerrogativas jurídicas de las cuales cada persona es titular (art. 23 CCyCN). El Código también menciona a los incapaces de ejercicio, entre los cuales se encuentran las personas que no tienen edad y grado de madurez suficiente (art. 24 inc. b, CCyCN).

Ahora bien, en principio los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) ejercen sus derechos por medio de sus representantes legales (art. 26 párr. 1° CCyCN), lo cual se condice con la regla de que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí (art. 100 CCyCN). Son representantes de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres o el tutor que se les designe (art. 101 inc. b, CCyCN)⁵.

Sin embargo, dentro del propio artículo 26 CCyCN los párrafos 2° y 3° estipulan reglas para el ejercicio progresivo de los derechos de un modo escalonado, según el siguiente resumen:

- Ejercicio de los derechos a través de los representantes legales (art. 26 párr. 1°).

⁴ Art. 146 CPCCN: “En los supuestos previstos por el artículo anterior la publicación de los edictos se hará en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuera conocido o, en su defecto, del lugar del juicio, y se acreditará mediante la agregación al expediente de un ejemplar de aquéllos. A falta de diario en los lugares precedentemente mencionados, la publicación se hará en la localidad más próxima que los tuviera, y el edicto se fijará, además, en la tablilla del juzgado y en los sitios que aseguraren su mayor difusión. Salvo en el proceso sucesorio, cuando los gastos que demandare la publicación fueren desproporcionados con la cuantía del juicio, se prescindirá de los edictos; la notificación se practicará en la tablilla del juzgado”.

⁵La norma genérica del artículo 358 CCyCN dispone que “Los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico; es legal cuando resulta de una regla de derecho; y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica...”.

- Participación en la toma de decisión a partir del derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta (art. 26 párr. 3°).
- Ejercicio por sí de los derechos que el ordenamiento le reconoce (art. 26 párr. 2°), ya sea por sí solo o con la asistencia de un tercero.

En el proceso judicial, los niños, niñas y adolescentes pueden actuar por medio de sus representantes legales (padres o tutores, o incluso tutores *ad litem* para representarlos únicamente en el proceso), o bien por sí mismos con asistencia letrada, sea que revistan el carácter de parte en el expediente en el sentido procesal del término o, simplemente, porque el proceso versa sobre cuestiones que afectan sus intereses. Tal como veremos a continuación, en los procesos que involucran a esta población debe intervenir el Ministerio Público bajo pena de nulidad.

3. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

a. El Código Civil derogado

El Código Civil derogado preveía un sistema de representación dual (o conjunta) de los incapaces: representación necesaria (art. 57 CC) y promiscua (art. 59 CC). Así, el actual artículo 103 CCyCN tiene su antecedente inmediato en el derogado artículo 59 CC, según el cual:

A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será 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, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

Álvarez enseña⁶ que el adverbio *promiscuamente* (de modo indiferenciado o indistinto) tenía un doble sentido de aplicación en el derecho argentino:

- Promiscuidad entre representantes: el Ministerio Público de Menores interviene en representación de un incapaz en particular de manera complementaria con los padres o el tutor, o el curador, o de manera autónoma por omisión o defecto en la representación ejercida por aquellos.

⁶ Conforme lo ha argumentado en diversos dictámenes de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 2 de la Capital Federal, a su cargo.

- Promiscuidad entre representados: el Ministerio Público de Menores tiene la representación de todos los incapaces, con legitimación suficiente para iniciar acciones en resguardo de derechos de incidencia colectiva.

b. El nuevo CCyCN: cuestiones terminológicas

Por fuera de los tres poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), el Ministerio Público funciona como un órgano extrapoder. El artículo 120 de la Constitución Nacional dispone que su función es “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República”. Es un órgano bicéfalo compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa.

La función principal del Ministerio Público de la Defensa, cuyo órgano de gobierno y administración es la Defensoría General de la Nación, es garantizar el acceso a la justicia de todos los individuos, en igualdad de condiciones y promover las medidas que hacen a la protección y defensa de los derechos esenciales de las personas, en particular de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Uno de los principios que rige la actividad de sus integrantes es la gratuidad de los servicios brindados a quienes cumplen con las condiciones requeridas. El artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Ley 27.149) dispone: “El Ministerio Público de la Defensa establece los criterios objetivos y subjetivos de limitación de recursos económicos o vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de Defensa Pública más allá de los casos en los que correspondiere su intervención obligada”. Con relación a este último supuesto de intervención obligatoria, es dable señalar que dentro del Ministerio Público de la Defensa funciona el conocido como *Ministerio Público de Menores*, cuya actuación la llevan a cabo los *Defensores Públicos de Menores e Incapaces*.

Ahora bien, a través de la voz genérica *Ministerio Público* utilizada en 31 artículos a lo largo del Código⁷, en realidad se está haciendo referencia al Ministerio Público Fiscal o al Ministerio Público de Menores, según el artículo de que se trate. Puntualmente, el artículo 103 CCyCN (“Actuación del Ministerio Público”), que es el que aquí interesa, refiere al Ministerio Público de Menores.

c. El artículo 103 CCyCN

El artículo 103 CCyCN establece que el Ministerio Público debe intervenir respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de

⁷ Arts. 33 inc. d), 35, 40, 63 inc. a), 70, 80, 82, 103, 105, 118, 130, 131, 136, 219, 220, 245, 387, 411 inc. c), 412, 414, 583, 603 inc. b), 608 inc. d), 617 inc. c), 642, 661 inc. c), 678, 714, 2441, 2638 inc. b) y 2641 CCyCN.

capacidad requiera de un sistema de apoyos. Su actuación puede darse en el ámbito judicial (ya sea en forma complementaria o principal) y extrajudicial.

- **Ámbito judicial:**

La actuación es *complementaria* en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida (ej.: donde se discute el cuidado personal de los hijos). La falta de intervención causa la nulidad relativa del acto, es decir, que puede ser subsanable si así conviene a los intereses de la persona y no le genera un perjuicio, ya que no está comprometido el orden público (arts. 386 y 388 CCyCN).

La actuación es *principal* cuando: 1. los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes (ej.: para impulsar el proceso). 2. el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes (ej.: para solicitar al representante legal que rinda cuentas de su gestión). 3. carecen de representante legal y es necesario proveer la representación (ej.: para solicitar la designación de tutor).

- **Ámbito extrajudicial:**

El Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales (ej.: iniciar una acción de amparo de salud).

d. Tabla de concordancias con el Código anterior

	Art. 103 CCyCN	Código Civil derogado
Personas involucradas	Primer párrafo	Art. 59
JUDICIAL (complementaria) Nulidad relativa	Inc. a)	Arts. 59 y 494
JUDICIAL (principal) Inacción y exigir cumplimiento	Inc. b) .i .ii	Art. 493
JUDICIAL (principal) Proveer representación	Inc. b) .iii	Arts. 491 y 492
EXTRAJUDICIAL	Último párrafo	Art. 59

4. EL FALLO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 103 CCyCN

En el caso bajo análisis la progenitora, en representación de su hija menor de edad, había iniciado acción de privación de la responsabilidad parental (actual art. 700 CCyCN)⁸ contra el

⁸ Art. 700 CCyCN: “Privación. Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata...”

progenitor. En este trámite corresponde la actuación del Ministerio Público bajo pena de nulidad de todo lo actuado sin su oportuna intervención, por encontrarse involucrados intereses de una persona menor de edad. Es decir, nos encontramos ante la actuación judicial y, dentro de esta, la *complementaria* (art. 103 inc. a, CCyCN). En este marco, el Ministerio Público cumple un rol de control sobre el trámite de las actuaciones y la actuación de la representante legal de la niña, velando por el efectivo cumplimiento de las garantías en juego.

Este aspecto de la función que ejerce el Ministerio Público se encuentra íntimamente relacionado con la actuación *principal* pues en el ejercicio de la función complementaria se detecta la inacción de la progenitora (en este caso por el desistimiento de la acción), lo que motiva que el Ministerio Público realice actos en ejercicio de la representación directa de la niña en los términos de una actuación principal: “cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes” (art. 103 inc. b punto i, CCyCN).

De este modo, la niña, representada por el Ministerio Público, pudo acceder a las instancias recursivas y así conseguir que la Cámara Civil dejara sin efecto el fallo de la instancia anterior, el cual le era perjudicial.

5. REFLEXIONES FINALES

El encuadre protector del individuo en situación de vulnerabilidad, en pos del respeto de su autonomía personal y de su dignidad, solo es realizable de la mano del cumplimiento por parte del Estado de la obligación de proveer todos los medios que resulten necesarios a fin de asegurar las efectivas garantías procesales para el goce de los derechos en condiciones de igualdad. Es indispensable garantizar los derechos reconocidos a NNyA y establecer los mecanismos que resulten necesarios para tornarlos efectivos.

En este caso se encontraban notablemente comprometidos los derechos de una niña y es evidente la inacción de parte de su progenitora, en tanto no recurrió oportunamente la decisión de primera instancia. En el fallo en análisis no se puede pensar la actuación del Ministerio Público si no es con carácter de principal, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 103 inc. b) CCyCN. Su actuación es complementaria durante el proceso, pero cuando se encuentran comprometidos los derechos de una niña y su representante (progenitora) evidencia inactividad, el Defensor interviene en forma principal para salvaguardar sus derechos: su derecho de acceso a la justicia y, con ello, los demás derechos.

JURISPRUDENCIA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D. "[B,MI y otro c/ O,JA](#)". Expediente Nº 74.917/2013. 28/6/2016.