



NEUQUEN, 26 de julio del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**I. C. O. C/ O. E. H. B. S/ RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN**", (JNQFA3 EXP N° 110795/2019), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **José I. NOACCO** dijo:

I.- La Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente interpone recurso de apelación en contra de la resolución dictada el día 21 de mayo de 2021 (fs. 58) que dispuso tenerla por presentada en los términos previstos por el artículo 103 inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación, y admitida que fuera su queja por la denegación del recurso, lo funda en memorial que obra agregado a fs. 69/73, (presentación web 147393 del 09/06/2021).

Se agravia porque la jueza de grado la tuvo por presentada en tal carácter cuando correspondía lo hiciera en los términos del inciso a) del citado artículo tal como fue su intervención originaria, disponiendo dar intervención a otra defensoría para que asuma éste último rol.

Argumenta que fue designada para intervenir de conformidad con lo dispuesto por el artículo citado desde el inicio del proceso, dictaminando conforme a derecho.

Luego, al tomar conocimiento de un posible hecho delictivo en la guardia de la Defensoría de los Derechos del Niño le es asignado el caso.

En función de ello solicitó las medidas pertinentes, entre las cuales está la suspensión del régimen de comunicación.



Por la intervención que originariamente tomó en estos actuados le fue asignada también la actuación extrajudicial, todo ello por aplicación del art. 49 de la ley 2302 y las funciones que le imponen el artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.

También se fundamenta en la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa (2892), que establece que goza de autonomía funcional sin sujeciones a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura, unidad de actuación en tanto sean compatibles las funciones, legalidad e independencia funcional, entre otras normas que cita, en virtud de las que entiende, no puede ser coartado por ninguna otra autoridad.

Al intervenir solicitando medidas de protección para la niña, la jueza de grado le cambia el rol asignado en forma arbitraria, lo que entiende causa gravedad institucional.

Afirma que el artículo 103 establece la actuación del Ministerio Público en forma complementaria o principal, sin excluir el ejercicio de ambas en conjunto, por cuanto su única misión es la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En autos se encuentra comprometido ese interés en la niña.

Añade que la decisión atacada es ajena a la potestad jurisdiccional, por cuanto ese Ministerio Público goza de autonomía funcional, desconociendo que el Ministerio Público funciona como un órgano extrapoder, conforme lo dispone el artículo 120 de la Constitución Nacional cuya función es garantizar el acceso a la justicia y la protección y defensa de los derechos esenciales de las personas, en particular de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.



Por ello, entiende que no existe fundamento alguno para apartarse del principio de unidad funcional, debiendo mantenerse el rol por el que originariamente intervino, solicitando, consecuentemente se revoque la resolución recurrida.

Introduce la cuestión federal.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación, como cuestión preliminar corresponde delimitar si la jueza de grado posee facultades suficientes para dictar el auto atacado, o si, por el contrario y como sostiene la apelante, carece de tales facultades ante la autonomía funcional de la que goza el Ministerio Público de la Defensa.

En el ámbito de la Provincia del Neuquén, el Ministerio Público de la Defensa no constituye un órgano extrapoder, como sí lo es en el Federal, marco en el cual el artículo 120 de la Constitución Nacional así lo establece.

La Constitución de la Provincia del Neuquén lo incluye dentro del Poder Judicial, tal como lo disponen artículos 225 y 239.

Por otra parte, y si bien el artículo 2 de la ley 2892 establece que sus integrantes gozan de autonomía funcional, no puede soslayarse que en el quehacer procesal jurisdiccional es el juez quien reviste calidad de director del proceso por imperio del inciso 5° del artículo 34 del C.P.C. y C., con todas las potestades que ello importa y que detalla -entre otras normas- el Capítulo IV del Título I del Libro I del C.P.C. y C.

De tal modo que, siendo el juez el director del proceso, no puede el Ministerio Público pretender una total libertad de acción que la sustraiga de la potestad que debe ejercer la magistratura a la hora de ordenar las medidas pertinentes tendientes al cumplimiento de las funciones que la



legislación le impone. Corrobora lo expuesto lo dispuesto en el artículo 33 del ritual, que establece que expuestos los motivos legítimos de excusación por parte del Ministerio Público, será el juez o tribunal el que podrá separarlos de la causa, dando intervención a quien deba subrogarlos.

Comparto lo resuelto en voto en disidencia por el Dr. Chirinos al señalar que: "El tribunal ante quien formulan la excusación los funcionarios del Ministerio Público tiene la facultad de separarlos de la causa, circunstancia que determina, a su vez, la facultad de aceptar o no la excusación, según cuales sean los argumentos esgrimidos por quien se excusa (cfr. C.S.J.N., sent. del 16.05.95, "Di Filippo, María Isabel y otro"). Esa facultad así otorgada, es privativa del magistrado y no ha sido derogada implícitamente por el art. 120 de la C.N., ni afectada por la ley 24.946 en tanto reconocen al Ministerio Público la condición de órgano independiente con autonomía funcional, pues no se trata de determinar el carácter ni la naturaleza de las funciones y atribuciones de dicho órgano, ni de impartirle instrucciones ni directivas, ni tampoco de obligarlo a dictaminar en asuntos que no sean de su incumbencia o que considere ajenos a los intereses que le corresponde resguardar, sino de respetar las prerrogativas que asigna la ley procesal al juez de la causa como director formal de proceso, pues la independencia de aquel órgano está destinada a provocar la actividad jurisdiccional para la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad pero no a ejercerla. (Del voto en disidencia del Dr. Chirinos)." (0.000131579, Obra Social de Agentes de Propaganda Médica de la República Argentina y otros vs. Poder Ejecutivo Nacional, CFSS Sala de FERIA; 16/01/2001; Secretaría de Jurisprudencia de la CFSS; RC J 11484/07).



En consecuencia la legislación le confiere suficientes potestades a la jueza de grado para resolver del modo en que lo hizo, sin perjuicio de los recursos que la parte pudiere ejercer en caso de no acordar o consentir esa resolución.

Ahora bien, sentado ello, corresponde determinar si lo resuelto es ajustado a derecho.

La ley 2302, en su artículo 49 regula las funciones y atribuciones del Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, funciones que se agregan a las establecidas en el entonces vigente artículo 59 del Código Civil, hoy artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque con una redacción y atribuciones diferentes.

Como se puede apreciar con la simple lectura del contenido de los incisos de aquel artículo que muchas de aquellas atribuciones y funciones resultan excluyentes en cuanto son susceptibles de entrar en colisión. A modo de ejemplo, difícilmente pueda reunir un mismo defensor la calidad de abogado del niño, asesorándolo jurídicamente y representando sus intereses y a la vez, defender sus derechos privilegiando su interés superior cuando éste difiera de su interés personal.

Karina A. Bigliardi señala en esa línea que: "Solari expresa que el asesor de incapaces actúa según su parecer, en nombre del Ministerio que integra, y no en nombre del niño. Por ello puede apartarse de lo deseado y querido por el niño, en virtud de que el asesor expresa "su" criterio.- Por su parte, Gustavo Moreno entiende que las diferencias entre el asesor de incapaces y el abogado del niño son sustanciales: el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos individuales definidos por el niño, sin sustituir su voluntad; mientras que el asesor de incapaces es



el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales la ley argentina le asigna al niño para la defensa de sus derechos indisponibles.” (Procesos de Familia, Gonzalo Javier Gallo Quintian y Gabriel Hernán Quadri, Directores, María Soledad PenniseIantorno, Coordinadora, Tomo II, Thomson Reuters La Ley, pág. 264).

En sentido análogo se ha resuelto que: “Resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y, por otro lado, por intermedio de otro Funcionario en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo a lo que el percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el art. 12.2, Convención sobre los Derecho del Niño.” (0.000912779, R., J. M. y otros s. Protección de persona, CCC Sala III, Mar del Plata, Buenos Aires; 19/04/2012; Rubinzal Online; RC J 2607/12).

La propia ley 2892 prevé la posibilidad de que exista incompatibilidad de funciones al establecer en su artículo 3 último párrafo que: “El Ministerio Público de la Defensa ejerce sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, en tanto sean compatibles con la misión atribuida.”

Del mismo modo, en éste caso se advierte la posible colisión de intereses entre el rol que primigeniamente asumiera, en los términos previstos por el inciso a) del artículo 103, complementaria de las partes y circunscripta mayormente a un mero control de legalidad y a la salvaguarda de un interés superior, con el rol asumido con posterioridad de denunciante por el presunto delito sexual cometido en



perjuicio de la niña, siendo sindicado como posible autor a una de las partes en éste proceso, encuadrando su proceder en lo dispuesto por el inciso b) de esa norma, desplazando a sus representantes legales.

Obsérvese que luego de prestar su conformidad con el acuerdo de partes, comparece en autos poniendo en conocimiento la situación de posible comisión de un hecho contra la integridad sexual de la niña, sindicando como posible autor a su progenitor, tomando como base exclusivamente el relato que la niña "habría brindado" a su progenitora, y solicita la suspensión del régimen de comunicación oportunamente acordado y respecto del cual diera su conformidad. Ello habilita también la posibilidad cierta de que se constituya eventualmente en parte querellante en la causa penal, rol que indudablemente podría comprometer su imparcialidad a la hora de dictaminar en estos actuados.

Sin dejar de destacar en primer lugar que nada de lo que aquí se expone importa un cuestionamiento a la labor desempeñada por esa Defensoría en autos, labor que en todo momento ha sido impecable, ajustada a derecho y acorde con una correcta ponderación de los hechos que han motivado sus presentaciones. Por el contrario, y en reconocimiento y defensa de ese rol entiendo que corresponde confirmar el auto recurrido.

Por imperio de las circunstancias fácticas del caso, la Defensora debió migrar su rol, adoptando la actuación principal e instando tanto una denuncia penal como una medida cautelar de protección, y esa migración de roles aparece susceptible de comprometer la objetividad de sus dictámenes y a la vez de modificar el equilibrio de igualdad que deben mantener las partes en el proceso.



Fácil es advertir que la medida cautelar ha sido solicitada luego de que la madre sindicara al padre como autor del hecho a partir del relato que la niña le habría formulado. Aún cuando -reitero- su solicitud es incuestionable en el contexto fáctico señalado precedentemente, no deja de introducir una posible desigualdad entre las partes a partir de tal requerimiento, desigualdad susceptible de afectar el derecho de defensa de alguna de las partes.

Dado que el juez, como se señaló más arriba, es el director del proceso, y como tal tiene el deber de mantener la igualdad de las partes en el proceso, aparece razonable y fundado en lo dispuesto por el inc. 5° c del artículo 34 del C.P.C. y C. que disponga que a partir del cambio de rol de la Defensoría intervinientes, la función que el inc. a) del artículo 103 atribuye al Ministerio Público sea asumido por otra defensoría.

Ello no solo pone a resguardo la igualdad de las partes, sino que también resguarda la libertad de acción de ambas defensorías quienes podrán cumplir con amplia autonomía la función que a cada una le compete. Por otra parte, no se advierte que la decisión recurrida afecte de algún modo el interés superior de la niña, en tanto tiene garantizadas ambas actuaciones legales, la complementaria y la principal con el pleno ejercicio que cada inciso otorga a las defensoras intervinientes.

III.- Por lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, confirmando el auto recurrido, sin costas atento la función de la recurrente y la falta de oposición.

Patricia CLERICI dijo:



Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto, confirmando el auto recurrido en todas sus partes.

II.- Sin imposición de costas de Alzada por los motivos explicitados.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria