



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

-mcs-

c. 53.494 , incidente apelación de cese
intervención Ministerio Pupilar.

AP. MAR DEL PLATA BAJO EL N. 523 (61)

///la ciudad de Mar del Plata, a los 17 días del mes de Octubre del
año dos mil siete se reúne la Sala II de la Excm. Cámara de
Apelación y Garantías en lo Penal, en acuerdo ordinario con el objeto
de dictar pronunciamiento en los autos: "_____"

INCIDENTE DE APELACION DE CESE DE
INTERVENCION DEL MINISTERIO PUPILAR

y habiéndose
practicado oportunamente el sorteo de ley del mismo resultò que la
votación debía efectuarse en el orden siguiente: **Señores Jueces
Doctores Reinaldo Fortunato. Marcelo A. Madina. Walter J. F.
Dominella.-**

El tribunal resuelve plantear y votar la siguiente

CUESTION:

Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR

REINALDO FORTUNATO DIJO:

I) Viene el incidente a conocimiento de ésta Sala debido al
recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora General
Departamental Dra. Cecilia Margarita Boeri, contra la resolución de la
Sra. Jueza de Menores, Dra. Silvina Darmandrail (cuya copia
encabeza estas actuaciones) que declara que el imputado

será asistido por el Defensor Oficial, hasta tanto no
nombre defensor particular y hace cesar al mismo tiempo la
intervención del Ministerio Público Pupilar en la causa de referencia.

II) Se agravia la Sra. Representante de Ministerio Público de la
Defensa, en lo que aquí interesa, porque la resolución hoy

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

impugnada deja de lado la resolución nro.179/07 de la Sra. Procuradora General, de quien entiende que actuando con el debido respaldo legal ha adoptado las medidas conducentes para administrar los recursos humanos y materiales del Ministerio Público, salvaguardando en la transición, la garantía de todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales de contar con asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la presentación y preparación de su defensa, según lo previsto por el art. 40 2.b.) II in fine de la CDN.

Añade la Dra. Cecilia Boeri que lo decidido por la Procuradora General, lo ha sido en ejercicio de su Ministerio y de sus facultades de superintendencia, cumpliendo su rol constitucionalmente compatible con la jurisdicción.

Enfatiza que son cuestiones de política general de la administración del Poder Judicial y específicamente del Ministerio Público, por lo que estima que no corresponde velar a la Excm. Cámara (en referencia al fallo citado por la a quo, dictado por la Sala III, " s/ recurso de apelación interpuesto por la Sra. Asesora de Menores") sino a los órganos que tienen competencia para administrar los recursos humanos no desde el caso concreto, sino desde la perspectiva necesariamente general, que posibilite lograr la mayor efectividad de las garantías constitucionales. Al respecto aduna que el precedente invocado, no puede perder de vista que ha dispuesto, al contradecir una resolución de política general del M.P., una distinta administración de los recursos humanos existentes, pues ha vedado y hará cesar, si se mantiene el precedente recurrido, la intervención de los Asesores de Menores como defensores en los procesos pendientes del fuero penal minoril, todo ello con alcance general, que ha respetado la a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

quo, lo que en opinión de la recurrente exceden la situación de indefensión en el caso concreto de A.

III) La cuestión planteada, en principio consiste en determinar la competencia de la Defensoría General para asistir técnicamente a menores de edad que se encuentren en conflicto con la ley penal, en el actual período de transición hasta que adquiera vigencia la ley 13.634 y asuman entonces los defensores especializados contemplados para el Fuero de la responsabilidad penal juvenil (art. 18 y concs. ley 13.634).

Pero en realidad entiendo que no puede soslayarse que, en el mencionado marco de discusión respecto a quien corresponde ejercer la defensa del niño, se encuentra en juego la inalienable garantía que asegura al menor su derecho a ser oído directamente o por intermedio de un representante o de un organo apropiado, y que comprende obviamente el ejercicio de su defensa (arts. 12 inc. 2 y 40 b) II CIDN).

Elo así porque la Sra. Juez, basándose entre otros argumentos, en un respetable fallo de la Sala III, (...) s/ recurso de apelación interpuesto por la Sra. Asesora de Menores), que señala que "no estando vigente el decreto ley 10.067, las competencias de los Asesores de Incapaces se hallan reglamentadas por el art. 23 y concs. de la Ley 12.061 no constando allí la defensa en los procesos seguidos a niños en conflicto con la ley penal", en consecuencia hace cesar la intervención del Ministerio Publico Pupilar en la presente causa.

Tales conclusiones que no comparto, merecen las siguientes consideraciones:

a) El Asesor de Menores, de acuerdo al art. 59 del Código Civil tiene la representación promiscua de los incapaces, defendiendo sus

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

derechos, cuando sus representantes necesarios que ejercen la patria potestad, sus tutores o guardadores (art. 57 del C.Civil) no lo ejercen o no los protegen.

Ante un probable estado de indefensión es el Estado que interviene para garantizar y defender dichos derechos y lo hace por intermedio de la figura del Asesor de Menores (conf. Art. 59 cit.).

Ahora bien, siguiendo la normativa de la Convención de los Derechos del Niño incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por el art. 75 inc. 22 de la C. N. se colige que al reconocérsele al niño su derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante.."en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (art. 12 2 C.DN) "la figura del Asesor de menores se vé reflejada en las palabras "representante" y "organo apropiado" conjugadas con la parte final del artículo, porque nuestra legislación interna ya preve su existencia en el art. 59 del C.Civil" (Conf. "El asesor de menores como defensor de los niños, niñas y adolescentes" escribe Claudio Alberto Araoz-La ley-actualidad, año LXVI nro.230, pág. 3, 28/11/02).

b) En contraposición al criterio sustentando por la a quo, y con sustento en el trabajo del autor citado, puede sostenerse, aún admitiéndose que es una cuestión opinable, que en igual sentido el art. 23 de la Ley 12.061 al establecer que corresponde al Asesor de Menores, "intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o a los bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, ...tomar contacto inmediato y directo con los incapaces que representen judicialmente y aún sin causa judicial en trámite.."y aún en su inc.3º de peticionar por aquellos cuando resulte necesario " de ser oídos por el juez de la causa", le está confiriendo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

en razón de su capacitación, experiencia, tradición y compromiso, el carácter de verdadero defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Agrego que si se pudiera pensar que tal rol lo es, solamente, en relación al aspecto asistencial y en defensa de los derechos en materia civil, parecería que esto último está especialmente previsto por la reforma introducida por la ley 13.298, en cuanto deja constancia en el inc. 4 del citado art. 23 que corresponde al Asesor de incapaces:.."Intervenir ante los órganos competentes en materia civil del niño". Interpreto entonces que la ley del Ministerio Público de ninguna forma hace cesar la intervención del Asesor de Incapaces en aquellos asuntos en que el menor sea sujeto en un proceso penal. Ello surge de la conjunción de la propia Convención de los Derechos del Niño (arts. 40 2.b) ii) y iii) C.I.D.N. y de las normas legales de la Nación y Pcia. ya analizadas.

c) Sin perjuicio de lo anterior, no puede desconocerse que la C.I.D.N. constituye una clave al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen...los tribunales...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1.) porque se encamina a la plena satisfacción de sus derechos. La defensa en un juicio y su asistencia técnica especializada está obviamente incluida, por lo que a partir de la entrada en vigencia de las leyes 13.298, 13.634 y concs. el Ministerio Público del Joven se integra con defensores especializados en el fuero de la responsabilidad penal juvenil (art. 23 13.634).

Pero tal ordenamiento no excluye la asistencia del Asesor de Incapaces que preexiste como organo legal competente (v.por ej. Art. 67).

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Queda entonces puesta de resalto la necesidad de complementar la representación del menor de edad, ejercida por el Asesor de Menores e Incapaces, con la específica asistencia técnica jurídica de un defensor oficial o particular, no quedando excluído, en éste último caso, el Asesor de Incapaces.

En armonía con todo lo analizado, se proyecta al futuro inmediato, mediante la legislación mencionada, la equiparación del proceso penal de adultos al de menores de edad, con la consideración primordial de los intereses de éstos últimos, teniendo en cuenta la diferencia en su desarrollo biopsicosocial.

En tal sentido, puede concluirse, que el Asesor de Incapaces básicamente protege, asiste y representa al incapaz en todo asunto judicial o extrajudicial, pero no excluye la necesidad consitutcional de intervención de un Defensor-oficial o particular-para una adecuada asistencia técnica en el ejercicio de su derecho de defensa (arts.12 inc. 2 CIDN. Ley 23.849 y 23 inc. 1 Ley Ministerio Público. Art. 18 C.N. y 37 inc. C.I.D.N.) (Conf. "Integración del Derecho de la Defensa en juicio del Niño y/o adolescente" Comentarios elaborados por los Drs. Fabiola Schechtel y José Luis Villafañe, Auxiliares Letrados de la Defensoría del Tribunal de Casación, en "Garantías" Revista Jurídica de la Defensoría del Tribunal de Casación de la Pcia. de Bs.As. año 2, nro. 2 junio de 2000, pags. 44/47).

d) Sentado todo lo anterior, lo que se pone en discusión y constituye el objeto de decisión, según lo referenciado por la Sra. Juez de Menores Dra. Darmandrail, es que la resolución de la Procuración, tuvo "la saludable y lógica intención...de procurar la organización del Ministerio Público..la misma no se pudo consumir. Por el contrario se han suscitado cuestiones de competencia entre los integrantes de la Defensa Publica y la Asesoría Especializada en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

el Fuero de Menores que agrega un problema mas a esta etapa de transición""(v.fs.2 vta. ap. IV).

Pareceme que en el actual período transicional entre la aplicación de la ley 3589 hasta la vigencia de la ley 13634 y la nro. 13.645, no existe conflicto alguno entre la defensa pública y la asesoría de incapaces, ya que la hipótesis de unificar la representación técnica en la Asesoría respecto de aquellas causas iniciadas durante la vigencia del decreto ley 10.067, dejando a cargo de la Defensoría Oficial, las iniciadas a partir de la derogación de la última norma, concretada por la Procuración General, resolvió el único punto divergente de competencia porque se superponían las actuaciones de defensores y asesores respecto de la asistencia técnica de menores en conflicto con la ley penal, y en tal sentido comparto tanto los argumentos de la apelante como los volcados en el escrito agregado a fs.12/14 por la Asesora de Incapaces Dra. Silvia Fernández.

En ése orden de ideas, y en procura de observar la directiva de la ley procesal, que en mi concepto constituye una pauta general inherente al "debido proceso" y al servicio de justicia, me refiero a lo dispuesto por el art. 22" in fine" del C.P.P./Ley 3589 y que ha sido receptado por el actual Código de Procedimiento Penal en su art. 33, mandando que el órgano judicial que deba resolver las cuestiones de competencia tendrá en cuenta la mejor y más pronta administración de justicia, propongo al acuerdo **se revoque la resolución impugnada, manteniéndose la intervención de la Asesoría de Menores nro. 3 en el rol de la defensa del menor imputado.**

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR MARCELO A. MADINA DIJO:

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Llegan estos autos al acuerdo para resolver el incidente de apelación conformado por la presentación de la Sra. Defensora oficial, Dra. Cecilia Margarita Boeri, contra la resolución de fs. 2 (3575 del principal) por la cual la Sra. Jueza de Menores, Dra. Silvina Darmandrail, hace cesar la intervención de la Sra. Asesora de Menores para que siga interviniendo en la causa un representante de la defensa oficial.

En el voto que me precede, elaborado por el Sr. Juez Dr. Reinaldo Fortunato, se ha efectuado un pormenorizado análisis de las normas de aplicación, así como de los principios que gobiernan esta particular etapa de transición legislativa que, es necesario reconocer, ha traído mas problemas que soluciones en torno a los menores en conflicto con la ley penal, concluyendo que debe revocarse la resolución materia de apelación, disponiendo en consecuencia que continúe interviniendo en la presente causa la Sra. Asesora de Menores como representante del menor.

Si bien coincido con la fundamentación y la resolución propuesta por el distinguido colega preopinante, debo expresar con carácter prioritario un argumento que no puedo soslayar, que no es contrario a lo expuesto en el voto que me precede, sellando la suerte del acuerdo con el debido respeto a las incumbencias específicas en el sistema de enjuiciamiento .

En este orden de ideas entiendo que la resolución obrante en copia a fs. 2/4 por la cual la Sra. Jueza de Menores ha dispuesto el cese de la intervención de la Asesoría de Menores, y la remisión a la Defensoría General departamental para que se asigne un Defensor al imputado menor - - - - - fundado en las normas de aplicación transitoria al procedimiento de menores, excede las facultades que le son propias a la jurisdicción .



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Un esquema procesal respetuoso de la independencia del Ministerio Público, y dentro de él de las distintas áreas de la defensa y fiscalía, impone que sean sus propios miembros, de acuerdo a las competencias específicas, los que regulen la distribución de funciones., de conformidad con lo establecido en la propia ley 12.061 y demás normas de aplicación.

No es posible pensar en un modelo de enjuiciamiento respetuoso del sistema acusatorio a jueces o fiscales atribuyendo competencia o haciendo cesar la intervención de la defensa o de la asesora de menores, por cuanto ello lesiona seriamente su independencia funcional , sin que se haya verificado en esta causa afectación a la defensa en juicio en la medida que , de conformidad con lo dispuesto por la SCJBA, in re "A.R.M. s/ Privación ileg. de lib. viol. etc" (P. 80.933 del 21/3/2007), el actual proceso minoril cuenta con un Juez, un Fiscal y un contradictor (Asesor de Menores), asegurándose por lo tanto, la imparcialidad, contradicción y el efectivo derecho de defensa en juicio.

El Estado bonaerense a través de la propia Ley de Ministerio Público (12061), es tributario de dicha ideología en la medida que ha organizado el funcionamiento de éste, estableciendo asignación de funciones específicas, con clara independencia del órgano jurisdiccional. En el mismo sentido el código procesal penal , según ley 11.922, es respetuoso de dicho reparto funcional al no prever la intervención de la jurisdicción para la atribución de competencias o régimen de subrogancias. En este orden de ideas se orienta la Resolución de fecha 24 de abril del 2007 de la procuración general por la cual la Procuradora General ante la Suprema Corte de Justicia hace saber a los Sres. Fiscales Generales la imposibilidad de

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

esforzadas y actualmente diezgadas huestes de los miembros de la Defensa Pública en este Departamento Judicial.

Es indudable que si ya se hubiera designado la planta necesaria de defensores públicos establecidos para intervenir específicamente en el fuero juvenil, no se hubiera generado la incidencia que nos toca resolver. También es evidente que, sin capitalizar los errores del pasado, nuevamente se ha implementado una reforma procesal que, sin dotar de los recursos necesarios para llevarlas a cabo sus premisas, provoca la necesidad de adoptar medidas de emergencia para impedir la disfuncionalidad del nuevo sistema procesal.

Las breves reflexiones que anteceden solo aspiran a dejar traslucir que mi posición sobre la cuestión -ya adelantada en decisión que he adoptado integrando la Sala III de esta Cámara en causa 53.486. s/ tent. rob. calif. del 13/9/07 r. 418/07- no se halla enarbolada en una irreflexiva interpretación sistemática que desconoce la realidad y dificultades diarias que padecen los operadores del procedimiento de enjuiciamiento de menores en este período de transición, sino en una cuestión de principios.-

Tampoco se pone en tela de juicio la aptitud jurídica y el destacable esmero y tesón demostrado por la Sra. Asesora de Menores y los funcionarios que la asisten en la custodia de los derechos e intereses de los menores reconocidos por los pactos internacionales y en la legislación nacional.

Pero es evidente que el Asesor de Menores no se haya investido en el nuevo modelo de enjuiciamiento penal de menores, como tampoco lo estuvo en el que prevea la derogada ley 10.067, de la obligación de parcialidad que es inherente a la misión

encomendada al defensor tècnico ante la imputaciòn penal dirigida contra el o los menores enjuiciados.

Al respecto, en forma concluyente, calificada y especializada doctrina sostiene que "En este punto, es importante señalar que en nuestro orden jurídico no hay otra asistencia adecuada para defenderse de una acusaciòn penal que la asistencia legal. Esto hace a la garantía de la defensa en su dimensiòn tècnica. Tambièn es importante tener en cuenta que la figura del Asesor de Menores -que vela al mismo tiempo por los intereses del menor y por la defensa de la sociedad- no satisface de modo adecuado la garantía de los arts. 40.2.b. y 37.d de la CDN" (Mary Beloff. Los derechos del niño en el sistema interamericano. Editores del Puerto, 2004 p g. 54 nota 8).-

Es notorio que el legislador provincial ha considerado que el procedimiento concebido conforme a las pautas de la denominada doctrina de la "situaciòn irregular"-debia acabar, y por lo tanto, dràsticamente, derogò la normativa que imperaba en nuestra jurisdicciòn que era la ley de patronato de menores nro. 10.067.

Ello evidentemente se vio urgido por la necesidad de adecuar la legislaciòn relativa a los menores al nuevo paradigma de la protecciòn integral de derechos que emana de la Convenciòn Internacional de los Derechos del Niño, que integra nuestro bloque constitucional desde el año 1994.

Esa injustificable demora en mantener un procedimiento inconstitucional (13 años), ha influido notoriamente en el modo en que se llevò adelante el cambio de modelo ya que en forma asimètrica con el modo en que se procediò en el año 1998 con relaciòn a la implementaciòn del nuevo còdigo de procedimientos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

penal para mayores de edad (ley 11.922), no se estableció en este caso la ultraactividad de la ley derogada (ley 10.067, de la que el Asesor de Menores resultaba uno de sus pilares) para el juzgamiento de los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley que regirá el nuevo fuero de responsabilidad juvenil (13.634), sino que incluso se estableció una normativa distinta para regir en el período de transición la cual es aplicable a los procesos en trámite y los que se inicien hasta la fecha en que entre en vigencia aquella normativa.

Es así que establece el art. 95 de la ley 13634 modif. por ley 13.645 concerniente al Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil "Las causas en trámite y las que se inicien hasta dicha fecha, continuarán sustanciándose hasta su finalización por ante los mismos órganos en que tramitan y según lo dispuesto en la ley 3589 y sus modificatorias. Los órganos intervinientes adecuarán los procesos a la normativa y principios que se estatuyen en la presente con la salvaguarda de las garantías y atendiendo al interés superior del niño, asegurando el pleno ejercicio del derecho a ser oído en cualquier etapa del proceso, a petionar, a expresar sus opiniones, y a que éstas se tengan en cuenta, considerando su desarrollo psicofísico en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos"

Es innegable entonces que el legislador consideró menos afflictivo para los derechos del menor aplicar un procedimiento concebido originariamente para mayores como era el previsto por la ley 3589, armonizado con los principios receptados por la nueva regulación legal, pero que asegurar el cumplimiento de las etapas que hacen al debido proceso penal, que mantener la validez de una legislación especializada en la tutela de menores pero gestada

bajo la influencia de criterios criminológicos de tinte tutelar insostenibles en la actualidad, por contravenir palmariamente pactos internacionales de raigambre constitucional.

Por todo lo expuesto, y a modo de conclusión a este respecto, considero que conforme a la normativa vigente si bien el Asesor de Menores tiene la trascendente función de resguardar los intereses superiores del niño, su actuación en el proceso penal aplicable a las causas que se hallaban en trámite no es equiparable a la que debe ser llevada a cabo por el defensor del imputado.-

Que alineadas mis conclusiones con las sostenidas por la Dra. Silvina Darmandrail en el decisorio impugnado, debo adunar que a mi entender no ha existido un exceso funcional de su parte al disponer la intervención de la defensoría oficial, ya que pudiendo hallarse comprometida la garantía de defensa en juicio y el debido proceso penal, ante la comprobación de lo que sería un motivo de nulidad debe procurar su inmediato saneamiento, prerrogativa que surge de lo previsto por el art. 71 inc. 3 B de la ley 3589 en cuanto "Son deberes de los jueces... Señalar, antes de dar trámite a cualquier actuación, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades..."

Por ello, entiendo que debe confirmarse la resolución apelada.

Así lo voto.

Con lo que finalizó el acuerdo dictándose el siguiente

PRONUNCIAMIENTO

Tal como ha quedado establecido precedentemente, conforme normativa citada y arts. 33, 439, 440 y ccdtes, del C.P.P.,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

el Tribunal POR MAYORIA resuelve: revocar la resolución impugnada de fs. 3575/3577 y vta. del principal, **manteniéndose la intervención de la Asesora de Menores nro. 3 en el rol de la defensa del menor** ello en cuanto ha sido materia de apelación. **Regístrese, notifíquese, devuélvase.-**

Marcelo A. Madina

Walter J. F. Dominella

Reinaldo Fortunato

Ante mi

Nancy M. Altamura

Secretaria

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA