

C. 53.566 “

s/Recurso de Queja”. Sala II mmv .

///la ciudad de Mar del Plata a los días del mes de marzo del año dos mil ocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, en **acuerdo plenario**, (art. 37 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Pcia. de Bs.As. n° 5827), con el objeto de dictar sentencia en la causa **53.566 en los autos caratulados:” Recurso de Queja”** y habiéndose practicado el sorteo de ley, el mismo resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: Señores Jueces Doctores

El Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S:

1ra. ¿ Resulta apelable el decisorio mediante el cual la Sra. Jueza de Menores declara que el imputado sea asistido por el Defensor Oficial, haciendo cesar al mismo tiempo la intervención del Ministerio Público Pupilar?

2da. ¿ En caso afirmativo, corresponde que siga interviniendo el defensor Oficial o el Ministerio Público Pupilar en la asistencia del menor?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

MARCELO A. MADINA DIJO:

Toca expedirme respecto de la primer cuestión sometida a plenario relativa a la posibilidad de impugnar mediante recurso de apelación la resolución de la Sra. Juez de Menores que dispuso el cese de la intervención de la Sra. Asesora de Menores y la asunción por parte de la defensa pública en la representación penal de los menores en conflicto con la ley penal.

Aún para esta cuestión es determinante establecer la normativa aplicable puesto que el procedimiento penal de menores viene sufriendo una serie de vaivenes legislativos que torna difusa la ley aplicable al caso concreto.

De este modo la ley 13.634, modificada por la 13.645, estableció la derogación del decreto ley 10.067 y la aplicación en todos los casos de menores del código procesal superado, según ley 3589, cuyo art. 299 establece que el recurso de apelación sólo se otorgará de las sentencias definitivas. Las demás resoluciones sólo son apelables

cuando expresamente se declara procedente el recurso por el Código o se acuerde el de nulidad. Fuera de estos supuestos taxativos, la posibilidad de apelar se enmarca dentro del parámetro “gravamen irreparable”, receptado en el art. 439 del C.p.p., Ley 11.922 , (según arts. 3, 3 bis y 5 de la ley 12.059), concepto que ya la doctrina y jurisprudencia habían desarrollado en relación a la norma citada del Código procesal penal de vigencia anterior (ver causa de esta Sala II, n° 53.164, “s/ recurso de queja”)

Dicho ello, surge evidente que no existe en el cartabón procesal una norma específica que determine la recurribilidad del cese de la intervención del Asesor de Menores o en su caso de la designación del Defensor, como es dable esperar de un ordenamiento procesal que no puede prever todas las incidencias que se suscitan en el proceso .Ello habilita la integración con otras normas y principios procesales para tratar de dar una solución a una cuestión no prevista.

En primer lugar debemos entonces determinar si al Ministerio Público de la defensa le causa gravamen la decisión de la Sra. Jueza de Menores y luego si el mismo es irreparable. El concepto de gravamen se identifica con la diferencia existente entre lo pedido por la parte y lo resuelto por el Magistrado. Es obvio que la resolución en crisis va en contra de los intereses del impugnante y el mismo deviene irreparable en la medida que no es susceptible de reparación posterior, ya que la designación es definitiva y no existe otro remedio procesal para lograr el fin perseguido por la defensa, a saber, la continuidad de la intervención de la Asesora de Menores. Así se ha entendido que “El gravamen irreparable aparece como una cuestión de hecho que debe ser considerada en cada caso. Se configura cuando aparece un perjuicio jurídico que no puede ser reparado durante el trámite del juicio ni en la sentencia definitiva. (Navarro-Daray, “CPP. Nación, t II, Pensamiento jurídico Editora, p. 186)

Por su parte el art. 22 del C.p.p. (según ley 3589) establece que

las resoluciones que se dicten en cuestiones de competencia, aún cuando se resolvieran de oficio, serán apelables en relación, pudiendo aplicarse dicha norma por analogía ante la similitud existente entre el supuesto que encierra dicha norma y el caso de autos, máxime cuando dicho ordenamiento procesal no prevé la posibilidad de recusar a los defensores, por lo que no parece desacertado aplicar las normas generales en la materia, que deben permitir la revisión de lo decidido en orden a la intervención o remoción de las partes. (Ver Bertolino, Pedro ,CPP comentado, 1987,p. 52, comentario al art. 26 del C.p.p.)

A su vez, no se puede desconocer que el tema central a resolver en este plenario involucra **la intervención, asistencia y representación del imputado** y que como tal su afectación implica una nulidad de orden general, evidenciando de este modo la posible lesión de derechos fundamentales susceptibles de control por parte de la Cámara de apelaciones y garantías. (arts. 202 inc. 3 del C.p.p., ley 11.922; arts.3,3bis y 5 de la ley 12.059)

De todo lo expuesto se desprende que la resolución por la cual se dispone el cambio de representación del menor en el proceso penal minoril constituye **“un auto importante”**, en el lenguaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que debe estar amparado por la garantía de la doble instancia o doble conforme según surge del Caso 11.086, donde señaló “ el derecho previsto por el art. 8 2.h requiere la disponibilidad de un recurso de revisión que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo **y de todos los autos procesales importantes**,...que permita con relativa sencillez al tribunal de revisión examinar la validez de la sentencia recurrida en general, **así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso”** (SJP, LL,27/2/2004, p.31).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada los Señores Jueces Doctores

Walter J. Dominella y Reinaldo Fortunato votaron en igual sentido por aducir los mismos fundamentos.

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

1. Por resolución del 23 de noviembre pasado (reg. 597R), la primera cuestión ha quedado planteada del siguiente modo: *¿resulta apelable el decisorio mediante el cual la Sra. Jueza de Menores declara que el imputado sea asistido por el Defensor Oficial, haciendo cesar al mismo tiempo la intervención del Ministerio Público Pupilar?*

2. Entre otras, en causas N° 53518 de la Sala 1 y N° 53413 de la Sala 3, se ha entendido que resultaba inadmisibile el recurso de apelación y el de reposición, respectivamente. Interesa ahora el primero, aclarando que la variación que anuncia la recurrente a fs. 1vta. (cuando remite a la causa N° 53551), no se ha verificado: la resolución registrada bajo el N° 603, de fecha 25 de octubre pasado, declaró inadmisibile el recurso de apelación intentado por la Dra.

3. Coincido con el voto preopinante en orden a la vigencia para la solución del caso de las reglas de la ley 3589 (Código Jofré), particularmente su art. 299, en el que “a contrario” se ha fundado por la Sala que integro aquella decisión.

Vale decir, la diferencia se ciñe según proponen los distinguidos colegas al parámetro de “gravamen irreparable” como habilitante del conocimiento del recurso, ciertamente indeterminado en los modernos digestos procesales, tratándose de supuestos en que la apelabilidad no está fijada estáticamente en la ley (cf. Irisarri, “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”, Astrea, Bs.As., T. 2, p. 322), sino que debe apreciarse en el caso concreto.

Con relación al texto legal específico, su literal no mencionaba al gravamen irreparable (como sí lo hace el art. 439 del actual), y el

mismo codificador lo criticaba por falta de claridad *“como lo demuestra el hecho de que jamás nadie ha acertado a resolver en abstracto o en concreto cuándo un auto es apelable... Para convencerse... basta abrir las colecciones de fallos, en donde un mismo punto ha sido resuelto de diversas maneras según el tribunal que ha conocido de él”*. Es por eso que el propio Jofré, aclarando el sentido del entonces art. 295, dice: *“El Código sólo otorga el recurso de las sentencias definitivas, cuya calificación no puede ofrecer duda. Las demás resoluciones sólo son apelables cuando expresamente se declara procedente el recurso”* (Tomás Jofré, *“Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires”*, Depalma, Bs.As., 2º edición inalterada, 1966, p. 229). Naturalmente, el interlocutorio que aquí se pretende atacar no se encuentra dentro de los supuestos taxativos que recoge el propio código, lo que dentro de su sistemática sellaría la discusión por la negativa. Afirmaba Jofré que *“En cada caso concreto que se presente, las partes y los magistrados pueden fácilmente resolver la duda sobre la apelabilidad o inapelabilidad de la resolución de que se recurra, con sólo investigar si se trata de sentencia definitiva, o si el auto es de los enumerados en las diversas disposiciones del Código que hemos puesto como concordantes”* (ob.cit., pág. 230).

Sin perjuicio de ello, atendiendo a una posible lectura en clave actualizada de la norma, la *“interpretación dinámica de las leyes”* al decir de Creus (en *“El miedo a la analogía y la creación de vacíos de punibilidad en la ley penal...”*, pub. en J.A., 1999-IV-869), no eludiré el análisis propuesto bajo la difuminada silueta del concepto receptado en forma expresa en el rito moderno.

4. Sí es claro, a mi modo de ver, que la mera discrepancia con lo resuelto no abastece tal estándar del “gravamen irreparable”. Menos, cuando aquella es respecto de la simple letra de la ley, a menos, naturalmente, que se demuestre el agravio concreto que produzca su

aplicación en clave de afectación constitucional (en otras palabras, no basta que me resulte “molesto” el cumplir la ley en tanto esta no demande algo que el sistema constitucional no permita, es decir, que el legislador hubiere excedido el marco de sus posibilidades “reglamentarias”).

Este es, en mi modesta opinión, el caso de autos. La titular de la Defensoría General Departamental reclama la intervención de la instancia por razones que, en última instancia, aluden a que cumplir con la regla del art. 1º de la Ley 3589 (*“Todo imputado será defendido por el Defensor Oficial...”*) genera dificultades operativas que traduce como “gravamen irreparable”. No es éste el sentido que corresponde asignar a esta pauta indeterminada de apertura de la vía de impugnación. El gravamen irreparable debe serlo, básicamente, para la parte (que es el imputado, no su representante). Se debe ser particularmente cuidadoso en este aspecto porque como, en su momento, destacó Hortel, *“el imperativo de la redacción del art. 1 del CPP “será defendido”, nos está diciendo que la ley vela por la protección del imputado, aún en contra de la voluntad de éste”* (cf. su “Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires”, Ed. Universidad, Bs.As., 7º edición, 1994, pág. 406).

Ninguna razón vinculada al interés o a la mejor calidad de representación para el imputado menor nos ha brindado la incidentista que justifique la existencia del “gravamen irreparable”. Si la pauta legal (art. 1, Ley 3589) es clara y los criterios de interpretación normativo (art. 95 de la ley 13634, mod. por ley 13645) y jurisprudencial (SCJBA in re “A.,R.N. s/privación de la libertad, P. 80933, fallo del 21/3/07), aluden a una adecuación procurando la salvaguarda de las garantías y atendiendo al interés superior del niño o la armonización del viejo código ritual con el sistema internacional de protección del menor, respectivamente, no ha sido expuesto por la recurrente con claridad en los términos explicitados –al menos, hasta ahora–, cuál es el agravio

irreparable para el interesado que provoca el decisorio que se ataca (que, por contraposición, sí aporta por la Dra. Darmandrail buenas razones para considerar que es el interés superior del menor lo que se ha tenido en cuenta al momento de declarar que será asistido por quien indica el ritual), sino sólo reconocibles –y, seguramente, no insalvables– dificultades operativas del “prestador” del servicio de defensa pública que manda la ley.

5. En función de lo expuesto, voto a la primera cuestión por la negativa.

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RICARDO S. FAVAROTTO DIJO:

Si bien los argumentos expuestos por el colega que abre el debate pueden parecer categóricos y decisivos (de hecho lo son, al menos, desde una perspectiva cuantitativa, para resolver este primer aspecto sometido al acuerdo plenario), tengo en el tema una posición contraria a la del Dr. Madina.

Ya sea integrando la Sala I, junto al Dr. Riquert (a partir de la causa n° 53.508, “”, resol. del 21/IX/2007, reg. n° 547-R), o bien la Sala III, con el Dr. Laborde (desde la causa n° 53.538, “.”, resol. del 30/X/2007, reg. n° 501-R), participé del criterio de considerar inapelable el auto interlocutorio de la jueza del fuero minoril que disponía que la asistencia jurídicopenal del imputado quedara a cargo de los funcionarios del Ministerio Público de la Defensa (M.P.D.), en vez de la representante del Ministerio Público Pupilar (M.P.P.).

No advierto motivos para cambiar de opinión; máxime cuando los fundamentos que informan el primer voto no alcanzan a doblegar, a mi parecer, la fuerza conviccional de la argumentación jurídica del Dr. Riquert en el sufragio precedente al que, “*brevitatis causae*”, me adhiero.

En consecuencia, expido mi voto por la negativa.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR MARCELO A. MADINA DIJO:

Atento como fuera resuelta la cuestión primera de este acuerdo plenario corresponde expedirme en relación al funcionario que debe asistir como defensor público de oficio de los menores en conflicto con la ley penal. Al respecto tuve oportunidad de expedirme en la causa 53.494 de esta Sala II, “,” en el siguiente sentido: “... 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 los 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 . 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 formular instrucciones dirigidas a reglar u orientar la actividad jurisdiccional de las Asesorías de Menores e Incapaces. Así las cosas, las formas esenciales del debido proceso exigen que los tres sujetos procesales, juez, fiscal y defensor actúen con independencia funcional, y dicho esquema debe respetarse no sólo en su actuación procesal sino también en la organización de sus funciones, atribuciones, subrogancias, etc. ...”

A lo expuesto sólo puedo agregar una sola aclaración. Entiendo que la crítica que ha recibido la actuación de la Asesoría de incapaces

en los procesos de menores hasta la fecha radicaba en su carácter promiscuo, es decir una suerte de Fiscal y Defensor al mismo tiempo, que no sólo resultaba conceptualmente contradictorio, sino que puesto a intervenir en el proceso penal, lo obligaba a representar intereses antagónicos con clara lesión al efectivo derecho de defensa del imputado. Ahora bien, habiéndose resuelto que en el proceso de menores debe intervenir el Fiscal a los fines de concretar la acción desde el punto de vista material, desaparece aquel conflicto y ahora sí, el Asesor puede asumir un sólo rol, el de representar y asistir al menor respecto de la imputación, es decir, se le ha quitado su desempeño como “Fiscal” del proceso de menores. De aquí que no encuentro inconvenientes funcionales para que desempeñe el rol de defensor.

Por todo lo expuesto entiendo que, no habiendo denuncia de lesión concreta al derecho de defensa en la intervención del Asesor de incapaces, como defensor de los menores en los procesos de trámite por ante el fuero minoril, corresponde que siga interviniendo como hasta la fecha, pero con función exclusiva de defensor.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR WALTER J. F. DOMINELLA DIJO:

Que analizada la cuestión que convoca a este decisorio pleno, voy a apartarme de la conclusión a la que arriba mi estimado colega preopinante, en cuanto a que no existen inconvenientes funcionales para que la Asesora de Menores desempeñe el rol de defensor en los procesos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia del régimen procesal que transitoriamente rige el procedimiento minoril.

Previo a desarrollar los fundamentos que me llevan a discrepar con la solución propuesta en el voto precedente, debo insistir a esta altura en que entiendo la preocupación explicitada por la Sra. Defensora General sobre el efecto nocivo para la eficacia y

eficiencia de la labor defensiva que acarrea la circunstancia de recibir un inusitado cúmulo de expedientes que fueron tramitados a la luz de la legislación derogada que no prevea la actuación de este ministerio y que corre el riesgo de saturar y desbordar las ya esforzadas y actualmente diezmadas huestes de los miembros de la Defensa Pública en este Departamento Judicial, tanto más cuando se ha prorrogado la implementación definitiva de la ley de rito en relación a la responsabilidad penal de los menores

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 dispositivo 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 periodo de transición, sino en una cuestión de principios y en la convicción que se debe acabar con las soluciones de emergencia, que tienden a anquilosarse en nuestro sistema judicial y que terminan desnaturalizando los fines contemplados al preverse una reforma como la que se intenta en el fuero de menores.-

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 técnico ante la imputación penal dirigida contra él 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 acusación penal que la asistencia legal. Esto hace a la garantía de la defensa en su dimensión técnica. También 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 "situación irregular" debía acabar, y por lo tanto, drásticamente, derogó la normativa que imperaba en nuestra jurisdicción que era la ley de patronato de menores nro. 10.067.

Ello evidentemente se vio compelido por la impostergable necesidad de amoldar la legislación relativa a los menores, al nuevo paradigma de la protección integral de derechos que emana de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que por su parte integra nuestro bloque constitucional desde el año 1994.

La injustificable demora en mantener un procedimiento inconstitucional (aproximadamente 13 años), ha influido notoriamente en el modo en que se llevó adelante el cambio de modelo ya que en forma asimétrica con el modo en que se procedió en el año 1998 con relación a la implementación del nuevo código de procedimientos penal para mayores de edad (ley 11.922), no se estableció en este caso la ultra actividad 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 peticionar, 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 aflictivo 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.

Con respecto a esto último es incontestable que la única ley que autorizaba la intervención de la Asesora en un rol asimilable al de un defensor, esto es, asistiendo, asesorando y representando a menores imputados en un proceso penal para contrarrestar la imputación de apariencia delictiva que se dirige en su contra, se encuentra derogada, y nada justifica, legal o constitucionalmente, su ultra-activa aplicación a este respecto.

Si su función fuera equivalente, no se entendería cual es el motivo por el que la nueva legislación relativa al fuero de responsabilidad juvenil (tributaria del paradigma de la protección integral de derechos), no mantuvo la asistencia jurídico-penal del imputado en el procedimiento en cabeza del asesor de menores – órgano que se supone especializado y con experiencia en el tema-, sino que estableció la intervención del defensor oficial para la asistir técnicamente al imputado cuando este careciera de un letrado de confianza (art. 31 ley 13634 en relación al art. 22 ley 12.061)

Tampoco estimo que una solución como la que propongo implique el avasallamiento a la independencia del Ministerio Público, sino simplemente un control de la legalidad procesal, que imponen el

art. 71 inc. 3 B de la ley 3589 y 206 en relación al 201 y 202 de la ley 11.922.

Quien debe instituir y organizar los órganos encargados de la función judicial penal del Estado es el legislador a través de leyes que fijan las incumbencias de los sujetos procesales.

En el especial caso de la ley 12.061, si bien se otorga ciertas prerrogativas a la Procuración General para administrar sus recursos funcionales (ej. Arts. 22 bis y 22 ter de la ley 12.061), no existe ninguna autorización para que se asignen a los cuerpos que integran el Ministerio Público (Fiscales, Defensores y Asesores), atribuciones distintas a las legalmente dispuestas.

Es más, establece la mencionada ley en su art. 3 que *“El servicio de la Defensa Oficial se prestará por los defensores oficiales. Como colaboradores de estos podrán incorporarse a las defensoría abogados de la matrícula con las condiciones y responsabilidades que establezca la reglamentación”*

Es por ello que la actuación del ministerio pupilar que se pretende carece de sustento normativo, y por ende no debe ser admitida.

Por último, no puedo desconocer que existe entre los operadores del sistema cierta inquietud sobre la eventual validez de los actos procesales en que intervino la Asesora de Menores, en caso de prevalecer la postura que propicio.

Al respecto, para evitar conflictos sobre el tema, debe recurrirse a la pauta que establece la teoría general en materia de vigencia temporal de la ley: Las leyes siempre rigen para el futuro (CC,art. 3) *“pues esa es la única manera de concebir la ley como regla de calculo del comportamiento humano y como forma de equipara el trato que la autoridad brinda a los seres humanos”* (Maier Julio. Derecho Penal. T. I Fundamentos 1996 pag. 245).

El mencionado autor, sostiene además sobre el punto que *“El proceso es una secuencia de actos singulares, determinados por la ley.... Es perfectamente posible que la ley nueva rija los actos que, en el procedimiento, sean llevados a cabo con posterioridad a su vigencia y que la ley antigua continúe rigiendo los actos realizados según ella, con anterioridad a su derogación, y que, consecuentemente, cada uno de esos actos sea valorado conforme a la ley vigente a la época de su realización: incluso, ésta sería la situación ideal “ (ob. cit. pág 246)*

También se ha sostenido que *“el principio de irretroactividad de la ley Procesal significa que una vez vigente la nueva ley, se aplica en todos los proceso que se inicien y en la continuación de los que ya estuvieren iniciados; por ello todos los procedimientos y actos procesales cumplido por la ley derogada, mantiene su eficacia frente a la nueva ley, Sobre este principio la doctrina es unánime...”* (Washington Abalos. Derecho Procesal Penal Tomo I Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993 pág 106)

Respecto a ello deben recordar que precisamente que el art. 95 de la ley 13634 modif. por ley 13.645, dispone la aplicación de las reglas procesales transitorias a las causas en trámite y a las que se inicien con posterioridad a su vigencia.

No obstante, es evidente que ello debe ceder cuando en el caso particular se verifique, la aplicación de la disposiciones procesales derogadas implicaron una afectación al debido proceso o de la garantía de la inviolabilidad de defensa en juicio, ocasionando en este caso un puntual perjuicio concretamente verificable.

Por lo expuesto, **considero que en las causas en trámite ante los Tribunales de Menores, a partir vigencia del art. 95 de la ley 13634 modif. por ley 13.645, debe continuar interviniendo el Defensor Oficial.**

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR REINALDO FORTUNATO DIJO:

Sobre el particular ya tuve ocasión de expedirme, creo yo con la necesaria amplitud que el tema exigía (v. fs. 22/25 del presente incidente) por lo que para evitar repeticiones y por economía me remito a lo ya expresado en el voto indicado.

Ahora bien, la cuestión que nos convoca es resolver si quien representa a la Asesoría de Menores e Incapaces puede actuar en el proceso de menores en conflicto con la ley penal revistiendo el rol de defensor público.

Adelantando mi adhesión a las conclusiones del distinguido colega preopinante doctor Marcelo A. Madina, entiendo que todo se limita al actual período de transición entre la derogación del decreto ley 10.067 y la entrada en vigencia de la ley 13.634 y su modif. Ley 13.645, que organiza el Fuero Penal del Niño, por lo que, puesto en funcionamiento el nuevo sistema la actual discusión quedará en el olvido.

Mientras tanto, aquella discusión y crítica respecto del rol que cumplía la Asesora de incapaces, en cuanto contradecía su actuación entre la defensa del menor y por otro lado ejercía una suerte de representante de la sociedad, comprometiendo el inalienable derecho de defensa, también ha caído en abstracto. Ello así, a partir de la inclusión del Fiscal para que formule su acusación, por lo que, queda en claro que sólo la Asesoría de Incapaces podrá actuar en defensa de los intereses del menor.

Con estas aclaraciones y reiterando los fundamentos dados en mi voto anterior ya citado, adhiero al criterio que considera que corresponde que la Asesoría de Incapaces siga asumiendo la defensa de los menores, en los actuales procesos penales.

Así lo voto.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ
DR. MARCELO A. RIQUERT DIJO:**

1. Que, anticipo, por compartir sus fundamentos y ser mi sincera y razonada convicción, adhiero al voto emitido en esta cuestión por el Dr. Dominella.

2. Que habida cuenta la exhaustividad de su desarrollo, nada sustancial queda, a mi juicio, por agregar.

Sólo, insistir en que, desde un primer momento, en causa N° 53413 del registro de la Sala III, “”, resolución del 20/7/07 (ver fs. 21), entiendo que claramente se señaló que, lejos de mediar la intención de inmiscuirse en ámbitos de discrecionalidad organizativa del Ministerio Público (que, si así fuera, coincido sería un grave quebrantamiento del sistema acusatorio), se trató, simplemente, de ordenar el trámite del proceso atendiendo al baremo que dimana de la letra de la ley, como bien ahora expone el Dr. Dominella con mayor extensión. No nos hallamos frente a un “ajeno” (en el caso, el órgano jurisdiccional) a la “oficina de la parte” (ese gigantesco estudio jurídico que constituye el Ministerio Público Fiscal), cuya intromisión en la distribución de tareas internas atenta contra su independencia. Es que la independencia encuentra su límite en el texto de la ley, no en la voluntad del juez, que sólo se atiene a aplicarla y exigir su cumplimiento.

Con relación a un posible “vacío” de contenido en la función del Asesor de Menores, entiendo no es tal. Ya se ha ocupado el Dr. Fortunato de recordar las normas que lo detallan y no es otro que el mismo que tenía naturalmente en el sistema anterior, cuando su intervención estaba limitada por la actuación en el aspecto penal de un defensor de confianza.

Finalmente, comparto la reflexión de los colegas que me precedieran en orden a que la desprolijidad legislativa y la imprevisión que dilata este desordenado período de transición, multiplica este orden de discusiones que poco favorece el mejoramiento de la prestación del servicio de justicia en un segmento de grave preocupación, como es el del sistema penal juvenil.

Así lo voto.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ
DOCTOR RICARDO S. FAVAROTTO DIJO:**

1. ¿Ministerio Público Pupilar para la representación (no sólo promiscua, según el art. 59 del C.C., sino también) jurídica y la asistencia técnica del menor en conflicto con la ley penal, durante la transición al sistema instituido por la ley 13.634, o sólo defensa profesional ejercida desde el Ministerio Público de la Defensa?

Así expuesto el interrogante que motiva esta segunda y crucial cuestión de la convocatoria al acuerdo plenario, la paridad hasta ahora existente entre los jueces de este tribunal hace que quien deba desempatar sea, extrañamente, uno de los magistrados que -en minoría, cabe recordarlo- se pronunciara por la negativa en el capítulo inicial, es decir, en el relativo a la admisibilidad formal de la apelación deducida.

Sin embargo, que así haya sufragado en la primera cuestión del acuerdo no sólo no me inhabilita para tener que hacerlo, ahora, sobre la procedencia material del recurso de mentas (habida cuenta que acatando la voluntad mayoritaria de este órgano colegiado, debo presumir como jurídicamente correcta la solución adoptada, marginando mi convencimiento personal en contrario), sino que además este voto tiene la particularidad de dirimir, en esta coyuntura, la divergencia de opiniones sobre el tema.

2. Ello sentado, considero que no debe perderse de vista que los asuntos relativos al adecuado funcionamiento y ejercicio del M.P.P. y del M.P.D. -al igual que el del M.P.F., aunque el de éste no atañe al caso que nos ocupa- es un tema institucional concerniente a la Procuración General de la Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (C.P.B.A., art. 189 "in fine"; L.O.M.P., art. 12), lo cual impide que la judicatura pueda interferir en lo que son atribuciones organizacionales de carácter general que le competen a la otra rama

que integra del Poder Judicial bonaerense (regladas en el art. 13, ley 12.061); a menos, que se esté ante una situación de indefensión jurídica, incompatible con el mandato constitucional histórico del art. 18 (1853), luego, reforzado por la recepción del derecho internacional de los derechos humanos (1994), a través del denominado “bloque de constitucionalidad federal” (CSJN., “” de 1941 -Fallos, 189:34-; “” de 1987 -Fallos, 308:1386-; “” de 1992 -Fallos, 315:2.984-; “” de 1992 -Fallos, 320:854-; y “” de 1999 -Fallos, 322:1.329-; reactualizados, con su nueva integración en el caso””, sent. del 11/XII/2007).

En ese orden de ideas, la salvedad opera con alcance particularizado tanto si se verifica que no existió defensa alguna (indefensión jurídica, en su significado estricto), cuanto si la garantía de la defensa en juicio ha sido observada de manera -solo- formal (defensa aparente), con lo cual no es bastante que el imputado tuviera, en la especie, la oportunidad de recibir asesoramiento legal (defensa ficticia, potencial), pues se requiere que en concreto lo haya recibido (defensa real) y, más aún, que el mismo haya sido técnicamente idóneo (defensa real y efectiva).

3. Establecidas esas premisas estructurales es necesario apuntocar, todavía, que el tema no puede ser resuelto desde una perspectiva meramente operativa, que sólo tome en consideración una equitativa distribución de la carga laboral entre dos áreas del Ministerio Público -ambas bajo la superintendencia de la Procuración General, como quedara expuesto-, sino que preeminentemente tenga en cuenta al constitucionalizado “interés superior del niño” (C.N., art. 75 inc. 22º: C.D.N. del 20/XI/1989 -art. 3 nº 1-, aun antes aprobada por ley 23.849 del 27/IX/1990, con reservas y declaración interpretativa), esto es, acorde a una de las cardinales directrices de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se erige, tal como expresa el Comité de los Derechos del Niño, en principio rector y guía de la Convención.

Obsérvese que, a menudo, se ha incurrido en la errónea

creencia de que el interés superior del niño consiste en una regla *“vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico... La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas...”* (cfr. Cillero Bruñol, Miguel en *“El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”*, publ. en el nº 1 de la revista *“Justicia y Derechos del Niño”*, de Unicef, Santiago de Chile, 1999, págs. 46/7).

4. A todo evento, creo de gran utilidad reseñar el zigzagueante derrotero de la legislación minoril bonaerense, conforme la exhaustiva y axiologizada descripción que Gabriel M. A. Vitale, Cecilia Ábalos y Flavia Centurión hicieron en su trabajo titulado *“Entre suspensiones y prórrogas. El sinuoso camino hacia el Estado de Derecho en materia de infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires”*, que se publicó en el portal jurídico “elDial.com” del 13 de febrero último.

Por mi parte, advierto que es posible demarcar tres períodos evolutivos. Así, en la **etapa primitiva** y conforme la fidedigna exposición de esos autores, *“...la Provincia de Buenos Aires fue la primera en adaptar su legislación procesal a la nacional. Es por ello que en el año 1938 sanciona la ley 4.664, de creación de los Tribunales de Menores, incorporando toda la ideología especializada nacional del patronato de menores, importada de los salvadores del niño y la escuela de Chicago de los Estados Unidos... Esta ley se mantiene vigente hasta la llegada del último acto de la dictadura militar (1976/1983) que sanciona el decreto/ley 10.067/83. Este modifica la*

competencia de los Tribunales de Menores y realiza un mayor desarrollo de la normativa procedimental... (donde) el Asesor de menores seguirá representando al menor de edad y a la sociedad, y la designación de un abogado defensor no hace cesar la intervención del ministerio público tutelar...”

Refiriéndose a lo que he dado en clasificar como la **segunda fase**, los citados añaden que “...los entuertos y marañas legales en los que se ha envuelto el traspaso de un sistema acorde a la protección integral en la provincia de Buenos Aires, recuerdan a la sanción de la ley 12.607, como la primera en ver la luz de la vigencia, pero asimismo, se visualiza como el icono del conflicto entre el status quo minoril y los movimientos desertores en busca de cambios legislativos y de prácticas diferenciadas con la infancia. En aquella ocasión el Procurador General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, logró la suspensión parcial de la ley, por considerar algunos de sus artículos como inconstitucionales. Argumentos que fueron desterrados por sentencia de la Suprema Corte y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para luego de una serie ininterrumpida de suspensiones legislativas contraponerse con la recién nacida ley 13.298, “De la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños”... La ley 13.298 dispone la expresa derogación del Patronato de Menores y de todos sus cómplices primarios y secundarios, y otorga un papel preponderante a la cuestión social y al poder ejecutivo para llevar adelante, lo históricamente denominado competencia asistencial por los Tribunales de Menores... (Sin embargo,) el 7 de febrero de 2005, al día siguiente de su entrada en vigencia, la Sra. Procuradora ante la Suprema Corte de Justicia, reproduce la estrategia de su predecesor e interpone una acción de amparo para que el Máximo Tribunal Jurisdiccional Provincial, dicte una medida cautelar y suspenda la aplicación de esta nueva ley. La Suprema Corte decide en marzo de 2005 suspender la puesta en vigencia y convocar a una audiencia

pública, con el objetivo de que expongan sus respectivos argumentos los distintos actores involucrados, si bien la misma, lamentablemente nunca pudo realizarse. El Poder Ejecutivo, fortaleciendo el direccionamiento de la política pública de infancia en la Provincia, profundiza la reforma y dicta la reglamentación de la ley 13.298, aún suspendida, a través del Decreto nº 300/05. Dicha reglamentación representa un avance en la voluntad de dotar a la ley de factibilidad, ya que materializa todos aquellos artículos que no fueron observados por el decreto de promulgación...”

Por fin, en lo concerniente al **último peldaño** del extenso proceso aludido, Vitale, Ábalos y Centurión sostienen que “...el 18 de enero se promulga la ley 13.634, ”sobre los fueros de familia y de responsabilidad penal del joven” realizando importantes cambios, en los organismos judiciales y administrativos de la Provincia de Buenos Aires. La ley es complementaria de la -en ese momento- suspendida ley 13.298, pero su principal característica es dar aire de renovación y vigencia a la suspendida ley. En este mismo sentido, en marzo de 2007, la Suprema Corte de Justicia levanta la medida cautelar de suspensión sobre la ley 13.298, cuando se rechaza el recurso de revocatoria in extremis presentado por la Sra. Procuradora, la cual mediante la resolución 179/07 se allana a lo resuelto por la Suprema Corte, y reconoce la plena vigencia de las leyes 13.298 y 13.634, y de esta forma colabora en el sepelio del “...definitivamente derogado decreto-ley 10.067/83...”

En síntesis y siempre acorde a la obra consultada, “...el nuevo sistema implementado cambia las bases de las intervenciones del modelo del riesgo social, del peligro moral y material y del tristemente célebre artículo 10 del decreto ley 10067/83, hacia un camino sin retorno, en el cual el niño, niña y adolescente es reconocido como sujeto de derecho, y los principios rectores de la intervención para la satisfacción de derechos son el respeto por la palabra del niño, el

interés superior y la autonomía progresiva...”

5. Ahora bien; el trascendente axioma convencional del “*interés superior del niño*”, así interpretado por la legislación bonaerense vigente, deberá ser aplicado, en las singulares circunstancias del caso, procurando orientar este decisorio hacia la mayor satisfacción posible de los derechos reconocidos en la Convención, en lo posible, sin desmedro de las incumbencias funcionales de unos y otros -me refiero a las del M.P.P. y M.P.D.- prefijadas por la normativa estadual (ley 12.061) y, en definitiva, instrumentadas según las políticas generales para el Ministerio Público que se adopten en el ámbito de la Procuración General, quien tiene a su cargo el gobierno y la titularidad de ese sector del Poder Judicial.

Todo ello, claro está, supeditado a la intergiversable condición de que se asegure en cada caso una defensa técnica real y efectiva, conforme la inveterada doctrina de la Corte Federal.

Y es aquí donde no encuentro argumentos relevantes para sostener “*in genere*” que la asistencia jurídica a los adolescentes en conflicto con la ley penal que, inveteradamente, se ha venido ejerciendo desde la Asesoría de Incapaces (con especialización en el fuero minoril) no satisfaga con la suficiencia debida aquellas notas esenciales que caracterizan al mandato constitucional del art. 18, es decir, la defensa técnica real y efectiva.

Esa misma intelección informa, en mi concepto, lo prescripto por la Procuración General de la S.C.B.A. (Resol. N° 179/07, del 23/IV/2007), en tanto dispone, en lo que aquí interesa destacar, que: “*Los Asesores de Incapaces deben asumir o continuar ejerciendo la defensa de los imputados en los procesos iniciados durante la vigencia u operatividad del decreto ley 10.067, hasta su respectiva finalización*” (art. 2°).

6. Compendiando: me pliego en este segmento del fallo al voto concurrente de los jueces Madina y Fortunato pues -sin dejar de

reconocer la excelsa argumentación jurídica respaldatoria de la moción del juez Dominella, que ya fuera resaltada por el juez Riquert-considero que lo establecido por la Procuradora General de la Suprema Coste de Justicia, Dra. María del Carmen Falbo, en el estricto marco competencial de sus atribuciones constitucionales (C.P.B.A., art. 189 “in fine”) y legales (L.O.M.P., arts. 12/3), nos impone el republicano deber de acatar sus decisiones de superintendencia -en concreto, la Resolución nº 179/07 del 23/IV/2007-, lo que decide la situación planteada en favor de la pretensión esgrimida por la peticionante de este acuerdo plenario (fs. 4/6 vta.), es decir, por la Defensora General deptal., Dra. Cecilia Margarita Boeri.

Así lo voto.

Con lo que finalizó el presente acuerdo plenario, en mérito de cuyos fundamentos y de conformidad con lo previsto en el art. 37 de la ley orgánica 5827 t.o. dto 3702/92), **el Tribunal resuelve, por mayoría:** 1º) **Resulta apelable** el decisorio mediante el cual la Sra. Jueza de Menores declara que el imputado sea asistido por el Defensor Oficial, haciendo cesar al mismo tiempo la intervención del Ministerio Público Pupilar; 2º) **Corresponde que la Asesora de Incapaces siga asumiendo la defensa de los menores en los actuales procesos penales hasta su finalización.**

Regístrese en lo libros de esta Sala, notifíquese y vuelvan los autos al Acuerdo para el tratamiento definitivo de la presente.

MARCELO A . MADINA

MARCELO A. RIQUERT

REINALDO FORTUNATO

RICARDO S. FAVAROTTO

WALTER J.F. DOMINELLA

ANTE MI:

NANCY M. ALTAMURA
Secretaria