

///nos Aires, 29 de junio de 2012.

Autos y vistos; y considerando:

I. Motiva la intervención del tribunal el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Gustavo Oreste Gallo contra la resolución de fs. 61/vta. del expediente tutelar.

II. Celebrada la audiencia prevista en los términos del art. 454 del Código Procesal Penal de la Nación, se oyeron los agravios expuestos por el recurrente. Finalizada la exposición el tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

III. A fs. 15/16 obra una copia de la resolución dispuesta el 9 de abril de 2012 en el marco de la causa n°, donde se declaró no punible a M. S. S. (art. 1 de la ley 22.278) y consecuentemente se la sobreseyó (art. 336 inc. 5° del C.P.P.N.).

El 8 de mayo del corriente, el defensor ad-hoc solicitó el cese de la disposición decretada sobre S. (fs. 53).

A fs. 57 la jueza de la instancia anterior lejos de resolver dicha solicitud libró oficio al Defensor de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo en turno, adjuntando copias de todo, a efectos de que éste promoviera la acción civil que estimare corresponder.

Posteriormente, y pese a no haber notificado tal disposición al defensor ad-hoc a cargo de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, dictó el auto que finalmente fue impugnado por el Dr. Gallo.

En él, la *a quo* resolvió respecto de la situación de la menor que, ante la ausencia de un proceso penal en curso, resultaba necesario dar intervención a un juez de familia, remitiendo fotocopias de las actuaciones a la Defensoría de Menores en turno del Fuero Civil -lo que, en rigor de verdad, ya se había dispuesto y materializado con anterioridad (fs. 57 y 60)- dando finiquito a la disposición tutelar. Además, simultáneamente, estableció que la menor debía quedar bajo la intervención del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Evaluadas las constancias de autos entendemos que resultan atendibles las críticas esbozadas por el defensor ad-hoc en punto a que las decisiones procedimentales adoptadas en el expediente responden al paradigma tutelar contemplado por la ley 10.903, derogada por la sanción de las leyes 26.061 y 114, que vinieron a incorporar a la normativa local el modelo de protección integral que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22 de la CN.

En tal sentido, una solución acorde al modelo que instaura la ley 26.061, hubiera sido en primer término decretar el cese de la disposición tutelar, posteriormente dar intervención al órgano administrativo a fin de que adopte las medidas de protección que estime pertinentes (conf. art. 33 de la ley citada) y, de manera supletoria, únicamente para el supuesto que las primeras no resultasen efectivas, aplicar -el órgano administrativo- las medidas excepcionales previstas en el art. 40 de la mencionada ley, notificando, recién en esa oportunidad, al juez competente en familia con el objeto de garantizar por su intermedio el control de la legalidad de dicha diligencia.

Para ello fue creado el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que es el organismo especializado que tiene a su cargo las funciones que le incumben a la Ciudad en materia de promoción y protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes (art. 45 de la ley 114).

Dicha entidad es la que debe implementar en forma directa o a través de sus unidades descentralizadas, las acciones sociales de protección especial tendientes a proporcionar escucha, atención, contención y ayuda necesarias (art. 40 de la ley 114), con el fin de garantizar a la joven todos sus derechos (arts. 10 a 33 de la ley 114 y arts. 8 a 22 de la ley 26.061), intentando reforzar los vínculos con el grupo familiar en miras a desjudicializar la situación de pobreza (art. 43 de la ley 114) y/o buscar formas alternativas de convivencia teniendo en cuenta la opinión de la joven (art. 42 de la ley 114).

Es decir, únicamente para el supuesto de que la administración disponga la adopción del tipo de medidas que establece el art. 40 de la ley 26.061, deberá aquella -y no el juez penal- materializar la intervención del juez en materia de familia al sólo efecto de ser notificada y llevar a cabo el

control de legalidad de la medida o cuando sea requerida expresamente la intervención judicial en cualquiera de los supuestos del art. 41 de la ley 114.

Es que a partir de la vigencia del paradigma de la protección integral y lo dispuesto en el art. 74 de la ley 26.061, la figura de protección de personas ha sido derogada (art. 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y sólo han de resultar posibles medidas de protección de derechos.

Cabe precisar, a todo evento, que en el caso concreto tampoco se daban las circunstancias previstas por la nueva ley de salud mental (ley 26.657), como para que se justificara la intervención del juez en lo civil, notificación que corre por cuenta del equipo interdisciplinario, servicio asistencial o equipo de salud a cargo que realice una internación involuntaria (art. 20 y 21 de dicha ley) o cuando se prolongue por más de 60 días una internación voluntaria (art. 18 de esa norma).

En definitiva, no se verificó en autos ningún motivo -al menos no regulado legalmente en el ordenamiento jurídico- que habilitase la derivación que propició la jueza de grado.

No obstante y pese a haber desatendido las disposiciones de las normas citadas, consideramos que la ausencia de notificación al defensor público de la niña del auto de fs. 57 impide al tribunal convalidar el trámite -desacertado, como se dijo- asignado a estos autos. Es que, tal omisión importó la exclusión de una parte elemental en el expediente de disposición: el defensor, que justamente es la persona encargada de velar por sus intereses.

Su intervención en el caso concreto resultaba imprescindible por tratarse de una decisión que la afectaba directamente, en tanto dicha medida pretendía judicializar a la joven por cuestiones asistenciales (conforme se desprende de los argumentos esgrimidos a la postre en la resolución de fs. 61/vta.). Al proceder de dicha manera privó a la parte de la posibilidad de opinar sobre el asunto y/o impugnar la decisión, prerrogativas derivadas del derecho a ser oído, reconocido en los artículos 24 y 27 de la ley 26.061 y el art. 17 de la ley 114, a fin de salvaguardar los derechos y garantías que asisten a la menor.

Nótese, en este sentido, que tal como se certificó a fs. 23 del presente incidente, a raíz de los testimonios que la *a quo* remitió a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del

Trabajo n°, se inició ante el Juzgado Nacional en lo Civil n° un incidente por protección de persona.

Así entonces las cosas, habida cuenta que aún no se había decretado el cese de la disposición y que ese Ministerio de la Defensa encabezaba la representación de la joven, la omisión de darle la debida intervención constituye una inobservancia de las disposiciones concernientes a la asistencia y representación de la causante, sancionada de nulidad en el art. 167, inciso 3°, del C.P.P.N.

Por consiguiente, atento a lo prescripto por el art. 168 segundo párrafo del mismo cuerpo legal, que establece que la nulidad debe ser declarada de oficio cuando, como en la especie, no pueda ser subsanada y afecte garantías constitucionales como es el debido proceso y el derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional), corresponde anular el decreto de fs. 57 y lo actuado en consecuencia.

IV. Por lo expuesto, el tribunal RESUELVE:

Declarar la nulidad del auto de fs. 57 y lo actuado en consecuencia (arts. 167 inciso 3° y 168 del C.P.P.N.).

Devuélvase la causa al juzgado de origen y sirva lo proveído de atenta nota.

Rodolfo Pociello Argerich

María Laura Garrigós de Rébora

Mirta L. López González

Ante mí:

María Florencia Daray

Prosecretaria de Cámara Ad-Hoc