



*Ministerio Público de la Defensa*  
*Defensoría General de la Nación*

RESOLUCIÓN D.G.N. N° 1234/06.-

<b>PROTOCOLIZACIÓN</b>
FECHA: <u>11, 09, 06</u>
<b>PATRICIO J. GIARDELLI</b> SECRETARIO LETRADO DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

Buenos Aires, 11 SET 2006

Expediente D.G.N. N° 967/2006

USO OFICIAL

**VISTO Y CONSIDERANDO:**

La cuestión planteada en el expediente interno 967/2006 de la DGN, relativa al alcance de los términos del documento suscripto el día 29 de mayo de 2006 por los Sres. Defensores Públicos de Menores e Incapaces de la Capital Federal y respecto a la procedencia de lo allí acordado.

Que en esa oportunidad se manifestó la unanimidad de criterio con respecto, entre otras cuestiones, al mantenimiento de las medidas cautelares en protección de personas menores de 18 años, pese a la reforma del artículo 234 del C.P.P.N. (Punto SEGUNDO) y al condicionamiento del derecho a la asistencia técnica a la circunstancia de que el justiciable haya cumplido los 14 años de edad, debido a que "...su actuación requiere el discernimiento del patrocinado...tanto para elegir el letrado como para darle instrucciones o removerlo del patrocinio..."(Punto TERCERO).

Los dictámenes emitidos por la Secretaria General (int.) de Política Institucional de esta Defensoría General de la Nación, Dra. María Fernanda López Puleio, por el experto consultado a esos efectos, Profesor Mauricio Luis Mizrahi y por los Dres. Ricardo Enrique Antón y María C. Martínez Córdoba - Defensoría Oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-

I -Procedencia del acuerdo

Que en el primero de los dictámenes mencionados se enfatizó que el principio de independencia técnica del que debe gozar todo defensor

STELLA MARIS MARTINEZ  
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

PATRICIO J. GIARDELLI  
SECRETARIO LETRADO  
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

público señala que el "acuerdo" suscripto está constituido por una manifestación de coincidencia de criterio entre los magistrados firmantes, respecto a diversas problemáticas suscitadas a partir de modificaciones normativas e institucionales sobre protección de niños y adolescentes; y su elevación debe considerarse, por un lado, a los fines de la comunicación de sus términos a esta Defensoría General, y por el otro, como expresión de un *modus* de actuación funcional a futuro de los firmantes -la que se prevé homogénea para la totalidad del fuero- (fs. 9).

## II- Alcance de los términos del acuerdo

Que conforme lo dispone la Ley Nacional 24.946 "*Ley Orgánica del Ministerio Público de la Nación*" en su art. 51 inc. b, esta Defensora General de la Nación tiene el deber de disponer de instrucciones generales a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa para la adopción de medidas necesarias y conducentes para el ejercicio de la defensa pública (conf art. 51 inc. c) a fin de asegurar la vigencia de los imperativos constitucionales y, en el caso, la implementación efectiva de los mecanismos establecidos para la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.

Que, en ese sentido y desde esta Defensoría General, deben instarse acciones que promuevan el mayor reaseguro de los derechos y garantías de las personas menores de edad y que aseguren la cristalización de los principios *pro homine* y *pro libertate*, desplazando aquellas interpretaciones que impliquen la restricción del ámbito de su aplicación.

Que ante ello y los fundamentos consignados en los distintos dictámenes realizados se tornan especialmente cuestionables los puntos SEGUNDO y TERCERO del documento comunicado.

Que aquellas opiniones jurídicas resultan contestes en rechazar la exégesis acordada en esos puntos y en señalar la interpretación más respetuosa de los principios constitucionales citados.

Que en honor a la brevedad, se consignarán sólo los principales argumentos relativos a esas dos cuestiones (puntos SEGUNDO Y TERCERO), remitiéndose en lo demás a los respectivos dictámenes.

### II. a- Punto SEGUNDO del acuerdo



*Ministerio Público de la Defensa*  
*Defensoría General de la Nación*

Con respecto a este punto se ha considerado: "...se advierte la prudencia que deberá procurarse con respecto al criterio de subsistencia de las medidas de cautela en los procedimientos dentro del paradigma de protección integral. En este sentido, deberán atenderse, por lo menos, tres imperativos: el interés superior del niño (art. 3 y art. 5 de la Ley 26.061), el principio de no discriminación y la conciencia de que la "protección de persona", utilizada de manera desproporcionada, significó el principal instrumento mediante el cual el Estado ha ejercido la potestad tutelar en sede civil judicializando cuestiones sociales...la nueva normativa se orienta a legitimar la intervención coactiva exclusivamente en casos urgentes...no impide tomar inmediatamente algunos recaudos, como ser el derecho del niño a ser oído, a fin de acreditar la necesidad de la medida...También...resulta adecuado destacar que la ambigüedad del principio del interés superior del niño fue acotada desde las previsiones de la nueva normativa, proyectándose su contenido en forma directa sobre la posibilidad de aplicación de medidas cautelares...Atendiendo a los imperativos constitucionales, también aquí habrá que armonizar rapidez y eficiencia de respuesta con el ejercicio del derecho al debido proceso, especialmente con el derecho de defensa, en sus dos aspectos, tanto de los niños y adolescentes como de sus padres. Todo ello conglobado con la obligación de privilegiar el derecho del niño a permanecer con su familia ampliada (art. 5 CDN) y la necesidad de límites temporales de las medidas. Es decir, la especialidad de la materia, con todos sus principios y disposiciones, también debe proyectarse en las cuestiones relativas a las medidas cautelares. En este sentido, debería atenderse también al orden de actuación establecido por la Ley n° 26.061 ante una situación de amenaza o violación de derechos de los niños y adolescentes (medidas de protección integral de derechos asumidas por el órgano administrativo competente local -con todos los límites legales impuestos- y medias excepcionales -de *última ratio* y con control judicial-) (fs. 11 vta.); "...los Tribunales deben acudir a este tipo de resoluciones en situaciones de real urgencia, respetando el orden de prelación que establece la ley 26.061 y las garantías procesales...las llamadas medidas excepcionales del art. 40 de la ley sólo serían en principio pertinentes cuando hayan fracasado las medidas de protección del art. 37. O sea que salvo supuestos harto graves, urgentes y que no admiten absolutamente ninguna dilación -considero que se operaría un exceso

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ  
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

PATRICIO J. GIARDELLI  
SECRETARIO LETRADO  
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

funcional en la judicatura cuando se dictan de entrada las llamadas medidas excepcionales prescindiendo de las antes citadas medidas de protección. Por otro lado, considero que aplicando los arts. 230 y 232 del Código Procesal a la persona de los niños, aunque pretendiéramos seguir hablando de "medidas cautelares", éstas serán en todo caso de naturaleza *sui generis*. Ello es así porque considero inconcebible que un juez acuda a su dictado *inaudita parte*; vale decir, prescindiendo de la audición de los progenitores del niño o sus representantes legales, o de la escucha al propio niño. En otros términos, estimo viable el dictado por los jueces de las medidas cautelares en tanto se respeten rigurosamente las garantías del debido proceso, en cuanto a los principio de bilateralidad, imparcialidad, legalidad y derecho de defensa, incluyendo urgentes dictámenes de los organismos interdisciplinarios si las circunstancias así lo aconsejares. Es que, de otro modo, caeremos de nuevo en los excesos judiciales acontecidos cuando regía la institución de la protección de personas y, muy particularmente, la ley del patronato. No es posible retornar a estas situaciones ni, consecuentemente a tratos discriminatorios hacia el niño y sus progenitores..." (fs. 62 y 62 vta.); "...Además, devendría prudente que se intime al órgano administrativo competente local...para que en el plazo perentorio que se fije instrumente las medidas de protección que fueren menester (cf. Arts. 33, 37 y 39 de la ley 26.061), bajo el apercibimiento a que hubiera lugar. En este orden de ideas, calificada doctrina ha señalado que: '...las medidas de protección previstas en los artículos 33 y 39 de la ley no impiden la adopción de medidas propiamente cautelares de oficio o a pedido de parte, pues más allá de la 'desjudicialización' que se prohija, lo cierto es que la ley no las prohíbe y que tampoco podrá hacerlo sin menoscabar las atribuciones y cometido de la función jurisdiccional judicial, más allá que si el señalamiento de una medida cautelar pudiese consultar el interés superior del niño en el contexto antes señalado, una solución contraria importaría convalidar la inobservancia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y con ello la violación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 27, ley 19.825)' (cf. Kielmanovich, Jorge Leonardo, "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061", Emilio García Méndez (compilador), Editores del Puerto, Bs. As., Abril/2006, p. 101/102)..." (fs. 68).



*Ministerio Público de la Defensa*  
*Defensoría General de la Nación*

II. b- Punto TERCERO del acuerdo

Por otra parte, y en relación con el punto TERCERO se ha afirmado: "...Resultaría de esta manera contrario al principio de "capacidad progresiva" o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño y/o adolescente, supeditar su aplicación a edades cronológicas determinadas, sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo. En otras palabras se soslayarían, sin más, los derechos de los niños, niñas y adolescentes en desmedro de su condición de sujetos de derechos, y con ello su dignidad (principio de autonomía de la voluntad). Todo ello contrariando, además, la exigencia constitucional anteriormente mencionada de no perjudicar a los niños y adolescentes por la sola condición de serlo... Todo ello sin soslayar las dificultades de armonización de normas existentes, lo que deberá dar lugar a una postura amplia sobre el concepto de capacidad en orden a una actitud conciliadora que en ningún caso debe suponer la posibilidad de renunciar a adiciones de derechos concretadas por la nueva normativa..." (fs. 11 y 11vta.); "...la figura del abogado del niño no será rigurosamente indispensable en todo proceso que lo involucre, pues la naturaleza del diferendo planteado podría no ameritar esa designación, en la medida que se haya cumplido -en toda su amplitud- con el requisito de oír al niño. No obstante, ni bien advierta el juez la complejidad del asunto que tiene en sus manos, y sospeche que juegan en la especie intereses contrapuestos, tendrá inmediatamente que designarle un letrado "preferentemente especializado en niñez y adolescencia... La omisión de este recaudo -en esos casos- será susceptible de provocar la nulidad de las actuaciones cumplidas; pues, nada menos, hallaríamos afectada la garantía de defensa en juicio de un sujeto de derecho, el niño. La facultad de la judicatura de nombrar un abogado, existirá en la medida que el niño -con la madurez suficiente- no aspire a designar él su propio letrado; en cuyo supuesto la designación que se realice estará sometida al juicio de mérito de aquélla... las costas que genere dicha actuación profesional serán a cargo de sus progenitores, pues se trata de un gasto que les compete en los términos del art. 265 del Código Civil. Únicamente en los supuestos en que no sólo el niño sino también sus padres carezcan de recursos económicos, el Estado solventará la intervención

USO OFICIAL

  
STELLA MARIS MARTINEZ  
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

  
PATRICIO J. GIARDELLI  
SECRETARIO LETRADO  
DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

tras la designación de un defensor oficial especializado. En otras palabras, a pesar de lo literal de la ley...el nombramiento de un letrado de oficio por el tribunal operará cuente o no el niño y sus padres con medios económicos; mas en el primer caso la designación recaerá en un abogado de la matrícula, y en el segundo en la Defensoría Oficial...La actuación del abogado del niño se aplica cualquiera sea la edad de éste; esto es, no requiere como condición el discernimiento del patrocinado...Las normas pertinentes del Código Civil tendrán que ser reinterpretadas y ya no podrán aplicarse en su sentido literal tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. De aquí se sigue que el principio a aplicar será el de la capacidad y no el de la incapacidad, pues el criterio a seguir es el de la capacidad progresiva...Con lo expuesto quiero señalar que los conceptos de capacidad o discernimientos cronológicos (de los arts. 54 y 921 del Código Civil) se reemplazarán por criterios de capacidad y discernimiento reales)...Y, por supuesto, esta concepción es la que corresponderá aplicar al restante articulado del Código Civil...dado que la ley 26.061 tiene la misma jerarquía que el Código Civil, corresponderá a los jueces dar prioridad a la aplicación de aquella y no de éste, dado su condición de ley posterior. A ello se le suma la propia Convención sobre los Derechos del Niño que, dada su jerarquía constitucional, ha de tener supremacía por sobre los preceptos del Código Civil..." (62vta. a 64); "...teniendo en cuenta el concepto de "autonomía progresiva"...estimamos que, respecto de los menores de catorce años, deberá valorarse en cada caso particular la edad y grado de madurez del niño...Por otra parte...no resulta indispensable la designación de un "abogado del niño" en todo proceso en que se encuentre involucrado un menor de edad, si no existe un conflicto de intereses con sus progenitores y cuenta con una adecuada representación legal; concebir lo contrario...implicaría generar costas innecesarias y un dispendio de actividad jurisdiccional..." (69 y 69vta.).

Por ende, y de conformidad con lo establecido en los arts. 51 inc. c) y d) de la Ley 24.946



*Ministerio Público de la Defensa*  
*Defensoría General de la Nación*

**LA DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN**

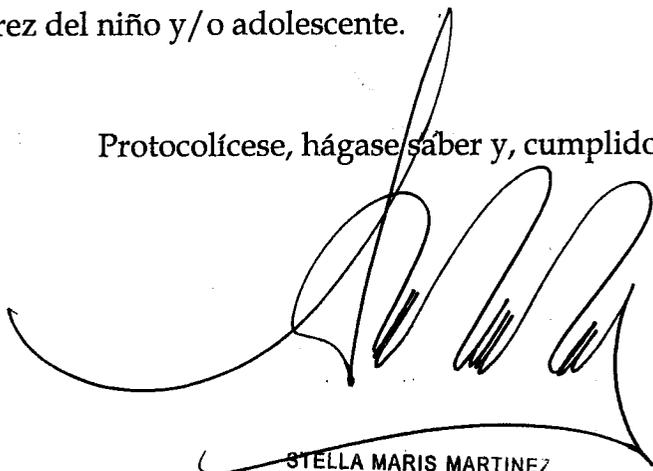
**RESUELVE**

I.- **RECOMENDAR** a los Sres. Defensores Públicos de Menores e Incapaces que, arbitren los medios a fin de que sólo se adopten medidas cautelares en situaciones de real urgencia, respetando el orden de prelación que establece la ley 26.061 y las garantías procesales en cuanto a los principios de bilateralidad, imparcialidad, legalidad y derecho de defensa, incluyendo urgentes dictámenes de los organismos interdisciplinarios si las circunstancias así lo aconsejaren; salvo supuestos hartos graves, urgentes y que no admitieran absolutamente ninguna dilación, cuya configuración debe determinarse con el criterio más restrictivo posible en orden a su condición de supuestos de excepción. En todos los casos deberán considerarse, por lo menos, tres imperativos: el interés superior del niño (art. 3 y art. 5 de la Ley 26.061), el principio de no discriminación y la conciencia de los excesos judiciales acontecidos cuando regía la institución de la protección de personas. Atendiendo a los imperativos constitucionales, también habrá que procurar la armonización de la rapidez y eficiencia de respuesta con el ejercicio del derecho al debido proceso, especialmente con el derecho de defensa, en sus dos aspectos, tanto de los niños y adolescentes como de sus padres. Todo ello conglobado con la obligación de privilegiar el derecho del niño a permanecer con su familia ampliada (art. 5 CDN) y la necesidad de límites temporales de las medidas.

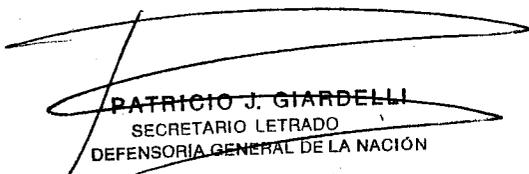
II- **RECOMENDAR** a los Sres. Defensores Públicos de Menores e Incapaces que, en aquellos supuestos que denoten complejidad o se vislumbre la posibilidad de existencia de intereses contrapuestos o sea solicitado por el niño/niña/adolescente, se arbitren los medios para la provisión de su letrado y se inste, en los casos que corresponda, por vía directa o indirecta al organismo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al que se le ha asignado normativamente el rol de garante de su cumplimiento en ese ámbito - Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes- (art. 27 inc. "c" de la Ley 26.061, 27 del Decreto 415/2006 y

45 de la Ley 114 de la Ciudad). Todo ello en orden a que el criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas -sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo- no responde al principio de "capacidad progresiva" o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño y/o adolescente.

Protocolícese, hágase saber y, cumplido que sea, archívese.



STELLA MARIS MARTINEZ  
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION



PATRICIO J. GIARDELLI  
SECRETARIO LETRADO  
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

