

## **Guía orientativa para la implementación de la Ac. n° 40/97 CFASM**

### **ÍNDICE:**

I.- Los conceptos básicos. Pág. 1

II.- Las instrucciones al personal preventor para su actuación durante el procedimiento. Pág. 2

    II.1. Sobre las consultas a los detenidos y la entrega de los menores e incapaces al cuidado de terceros. Pág. 3

    II.2.- Sobre las constancias. Pág 5

    II.3.-Prácticas judiciales que facilitan una mejor actuación de la fuerza prevencional. Pág. 5

III. La actuación judicial: dudas más frecuentes.

    III.1.- Acerca de las situaciones abarcadas. Pág. 6

    III.2.- Acerca de la entrega al cuidado de terceros de los menores o incapaces durante el procedimiento. Pág. 7

    III.3.- Acerca de la actuación en sede judicial. Pág. 8

    III.4.- Acerca de la actividad judicial posterior. Pág. 10

IV.- Acerca del control de lo actuado. Pág. 13.

## **Guía orientativa para la implementación de la Ac. n° 40/97 CFASM**

### **I.- Los conceptos básicos:**

#### **¿De qué trata la norma?:**

De la obligación de los jueces federales con competencia penal de la jurisdicción de conocer si hay menores o incapaces que, en razón de sus decisiones jurisdiccionales, queden sin responsable de su cuidado, y de los procedimientos a poner en marcha para asegurarles en tal situación un responsable.

#### **¿Qué fin persigue?**

La Ac. 40/97 CFASM busca cubrir el desamparo jurídico en que al momento de la detención quedan los menores o incapaces a exclusivo cargo de personas detenidas, aún cuando algún tercero espontáneamente les provea protección.

*Hablamos de desamparo jurídico ya que, por una parte, los detenidos responsables –legales o de hecho- de los menores o incapaces no se hallan limitados legalmente en el ejercicio de la patria potestad u otros deberes derivados de su condición, pero se ven imposibilitados de hecho para ejercer su deber de cuidado. Y, por otra parte, si hubiera terceros que de hecho se hagan cargo de brindar a los menores o incapaces dicho cuidado, tales terceros no se hallan obligados a ello ni sujetos a la responsabilidad que ello implica.*

*El derecho al debido cuidado de los menores o incapaces queda así librado a la circunstancial buena voluntad de terceros.*

#### **¿Qué fundamento legal tiene la obligación impuesta?**

La Convención sobre los Derechos del Niño (incorporada a nuestra Constitución Nacional en su art. 75. inc 22) establece en su art. 20.1 que “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar...tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

Tanto respecto de los niños como de las personas imposibilitadas de valerse por sí mismas nuestra normativa interna prevé una protección especial y exige la adopción de las medidas conducentes a la protección de sus derechos (leyes n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y n° 26.378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo).

A lo dicho se suma que, en los casos abarcados por la Ac. 40/97 CFASM, la pérdida por parte de los menores o incapaces del exclusivo responsable de su cuidado se origina en un acto –legítimo- del Estado: la decisión adoptada por el magistrado respecto de la persona detenida, en el legítimo ejercicio de sus funciones.

Dicha decisión conlleva la vulneración de uno de los derechos fundamentales de los menores e incapaces: el de contar con un adulto responsable de su suerte. Debe entonces, cuanto menos, garantizarse en lo inmediato que otro adulto asumirá esa responsabilidad, de modo de reparar en lo que resulte posible el daño colateral ocasionado por la decisión judicial a terceros ajenos a la causa penal, y de morigerar el riesgo de producción de mayores daños.

*En síntesis, de las normas existentes supralegales y legales relativas a los derechos de los niños y de los incapaces y a los deberes de funcionario público sería posible extraer, por vía de interpretación, la obligación de todo juez de adoptar las medidas necesarias para la protección de los menores e incapaces que hubiesen quedado carentes de un adulto responsable a raíz de una medida por ellos ordenada.*

*Lo que la norma aporta es la obligación para el juez de **conocer** si hay menores o incapaces en esa situación toda vez que, en la medida en que desconoce la existencia de éstos, no se halla tampoco obligado por las normas antedichas.*

### **¿Puede el juez federal adoptar decisiones respecto de personas que no se hallan imputadas en causas bajo su investigación?**

Sí. La Ac. n° 40/97 CFASM –aprobada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin observaciones el 23-12-97-, habilita al magistrado una competencia de excepción al sólo fin de que, en la emergencia de la detención, adopte las medidas tendientes a asegurar a los menores e incapaces a exclusivo cargo de la persona detenida la salvaguarda de su derecho a contar con una persona responsable de su cuidado.

### **¿En qué casos se activa la norma y cómo?**

La norma se activa **siempre** que hay una persona detenida, mediante la pregunta que formula a ésta la fuerza de prevención acerca de si tiene a su exclusivo cargo menores o incapaces y la debida constancia en actas de ello.

*Si existen tales menores o incapaces, continúan activándose los mecanismos subsiguientes: consulta a la persona detenida → entrega de los menores a quien ésta indique → presentación al día siguiente en el juzgado de aquel a quien se hizo la entrega → si es posible, escucha de la opinión de los menores → ratificación de la voluntad expresada por parte de la persona detenida y del nuevo responsable → derivación al órgano competente en protección de derechos de los menores.*

## **II.- Las instrucciones al personal preventor para su actuación durante el procedimiento:**

### **II.1. Sobre las consultas a los detenidos y la entrega de los menores e incapaces al cuidado de terceros:**

Si la detención se produce en el hogar:

a.- Se consultará a la persona detenida si tiene menores o incapaces a exclusivo cargo, estén éstos o no presentes en la finca allanada.

b.- Si tienen menores o incapaces a exclusivo cargo y éstos están presentes en la finca:

Se consultará a la persona detenida al cuidado de quién quieren que queden provisoriamente.

c.- Si los menores o incapaces no están presentes en la finca, pero están circunstancialmente al cuidado de otras personas (*por caso, fueron a visitar a la abuela*):

Se consultará a la persona detenida si los menores o incapaces pueden permanecer provisoriamente con éstas.

c.1.- en caso de respuesta afirmativa, se recabará los datos de identificación de las personas con quienes están los menores, dirección, teléfono u otros teléfonos de contacto y se contactará a estas personas.

c.2.- en caso de respuesta negativa se consultará al cuidado de qué persona quiere que queden los menores o incapaces.

d.- Si los menores o incapaces no están presentes en la finca y no están circunstancialmente al cuidado de otras personas (*por caso, fueron al cyber*):

Se consultará a la persona detenida dónde están y al cuidado de quién quiere que queden provisoriamente.

Los menores o incapaces serán buscados por el personal preventor en el lugar en que se hallen y puestos al cuidado de quienes los detenidos indiquen a ese fin (*en general es preferible que sean acompañados en estas circunstancias por personal preventor femenino*).

Antes de proceder a su búsqueda y a su puesta al cuidado de un nuevo responsable, se requerirá instrucciones del Secretario.

e.- Si la persona detenida NO tiene menores a exclusivo cargo, pero en la finca hay menores o incapaces que se hallan circunstancialmente allí al cuidado de la persona detenida (*por caso, menores que estuvieran de visita, etc.*):

Se corroborará quiénes son sus padres, tutores o responsables. Los menores e incapaces serán entregados a éstos previa comunicación del personal preventor con ellos. Antes de establecer tal comunicación, se requerirá instrucciones del Secretario.

f.- Si la persona detenida NO tiene menores o incapaces a exclusivo cargo, y no hay menores que se hallan circunstancialmente en la finca allanada al cuidado de la persona detenida:

Allí cesa la activación de la acordada.

No se activa la Acordada.

g.- Si la detención se produce fuera del hogar:

Se consultará a la persona detenida si tiene menores e incapaces a exclusivo cargo.

En caso afirmativo, se consultará dónde están y al cuidado de quién quiere que queden.

Los menores e incapaces serán buscados por el personal preventor en el lugar en que se hallen y puestos al cuidado de quienes los detenidos indiquen (*en general es preferible que sean acompañados en estas circunstancias por personal preventor femenino*).

Antes de proceder a su búsqueda y a su puesta al cuidado del nuevo responsable, se requerirá instrucciones del Secretario.

### **Instrucciones complementarias:**

A lo largo del procedimiento se adoptarán respecto de los menores o incapaces todos los recaudos de cuidado que su condición de tales amerite.

Respecto de los menores e incapaces a dejar al cuidado de terceros se consultará a la persona detenida si están tomando algún medicamento y en tal caso con qué frecuencia. En caso afirmativo, el medicamento correspondiente le será entregado al nuevo responsable al momento de dejar a los menores o incapaces a su cuidado.

En todos los casos en los que los menores o incapaces queden provisoriamente al cuidado de otra persona, se notificará a ésta de que deberá presentarse en el juzgado actuante junto a los menores o incapaces (si ello resultara posible), a primera hora hábil siguiente, munida de documentación personal.

Se le hará saber asimismo que, hasta ese momento, queda obligada a la custodia y debido cuidado de los menores o incapaces, no pudiendo modificar por sí misma la responsabilidad de la que ha sido investida.

Si la persona designada por el/la justiciable detenido/a para quedar provisoriamente al cuidado de los menores o incapaces se hace presente en el procedimiento para retirarlos, igualmente se constará su domicilio.

Si el domicilio en que quedarán provisoriamente alojados los menores o incapaces resulta lejano al del procedimiento, se dejará ofrecido el traslado en un móvil policial, a fin de ocasionar a los involucrados la menor cantidad de inconvenientes posible.

Si arribado el móvil policial al hogar de la persona designada como nuevo responsable no resultase posible dejar allí a los menores o incapaces, o si alguna circunstancias hiciera presumir fundadamente al personal preventor que podría obrar en perjuicio inmediato de aquellos, se consultará al Secretario actuante.

Las circunstancias del caso serán puestas en conocimiento del Secretario actuante antes de procederse a dejar a los menores o incapaces al

cuidado de la persona designada por el/la detenido/a a ese fin. Una vez dejados los menores o incapaces al cuidado de ésta se hará saber de ello al Secretario actuante.

## **II.2.- Sobre las constancias:**

Todo lo anterior se hará constar en las actas cuyo labrado manda el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación.

En ellas se consignarán los datos de identidad de los menores o incapaces hallados en la finca al momento del allanamiento, la consulta efectuada a la persona detenida respecto de a quién designa provisoriamente como responsable del cuidado de los menores o incapaces y la respuesta al respecto. Se consignará también la consulta en relación a otros menores o incapaces a su exclusivo cargo que no se hallaren en ese momento presentes.

Se dejará constancia asimismo de los datos de las personas a cuyo cuidado provisorio quedaron los menores o incapaces, su domicilio y teléfono (en lo posible de línea y celular), si se ha hecho entrega de medicación y toda otra observación pertinente. Se hará constar también que se ha hecho saber a las personas a cuyo cuidado han quedado provisionalmente los menores o incapaces que deberá presentarse, en todo lo posible, junto a ellos, ante el tribunal interviniente a primera hora hábil siguiente y que, hasta ese momento, no podrá delegar en otras personas el cuidado de los menores o incapaces que le fueran encomendados.

La persona detenida y las personas constituidas como responsables provisorios de los menores o incapaces suscribirán el acta respectiva.

## **II.3.-Prácticas judiciales que facilitan una mejor actuación de la fuerza prevencional:**

- Notificar al personal prevencional de la Acordada y explicarla (ha dado buen resultado que el juez reúna a las autoridades de las fuerzas policiales del ámbito territorial de su jurisdicción a ese fin).

- Requerir en la orden respectiva al personal que hace las tareas de inteligencia previas al allanamiento que detecten si en la vivienda a allanar residen menores.

Si los hay, en la orden de allanamiento incluir las directivas básicas acerca de cómo debe procederse (pregunta a los detenidos acerca de si tienen a su exclusivo cargo menores o incapaces, consulta acerca de al cuidado de quién quiere que queden provisoriamente, información al Secretario actuante, entrega de los menores o incapaces al cuidado de la persona designada, constancia de lo actuado en el acta, nueva comunicación con el Secretario actuante).

- Facilitar al personal prevencional una guía de la actuación básica y un modelo de acta que pueda ser cargado en sus computadoras e incluya las cuestiones vinculadas a la norma que no pueden obviar.

## **III. La actuación judicial: dudas más frecuentes.**

### **III.1.- Acerca de las situaciones abarcadas:**

#### **a.- ¿Qué pasa si sólo uno de ambos responsables de los menores o incapaces es detenido?**

La activación de la norma cesa cuando se conoce que los menores o incapaces **no** estaban a **exclusivo** cargo de la persona detenida. La fuerza prevencional debe hacer constar que se consultó a la persona detenida, la respuesta de ésta y con quién quedan los menores. Con ello cesa la activación de la norma.

#### **b.- ¿Qué pasa si ambos padres son detenidos pero los menores o incapaces quedan con otro familiar que ya convivía con ellos?**

Al tomarse conocimiento de que los menores o incapaces estaban a exclusivo cargo de las personas detenidas, se siguen activando los mecanismos subsiguientes, como si los menores fuesen entregados a terceros fuera del hogar, ya que debe hacerse responsable a esa persona por los menores.

#### **c.- ¿Qué pasa si los menores o incapaces están a exclusivo cargo de la persona detenida pero ésta no es su padre/madre?**

La expresión “a exclusivo cargo” alude a la situación de hecho que aparece al momento de la detención. Aún cuando la persona detenida no estuviese judicialmente investida de su responsabilidad, es de hecho quien ejerce ese rol. Se activa la norma como si la persona detenida fuese padre/madre de los menores.

#### **d.- ¿Si la persona detenida convive con una concubino/a menor de edad, debe activarse la Ac. 40/97 CFASM?**

Sí, toda vez que se trata de un/una menor a exclusivo cargo de la persona detenida.

#### **e.- ¿Qué pasa si la persona detenida tiene hijos que no conviven con ella?**

La norma **NO** abarca a hijos propios que no están a cargo de la persona detenida al momento de su detención, ya que sólo apunta a asegurar un responsable a quienes **sí** estaban a exclusivo cargo.

### **III.2.- Acerca de la entrega al cuidado de terceros de los menores o incapaces durante el procedimiento:**

#### **a.- ¿Cómo se actúa si los menores expresan su clara oposición a la entrega sugerida o dicha entrega resulta claramente desaconsejable (por ej., si las fuerzas de prevención encuentran a la persona totalmente borracha, o en una gresca)?**

Se requerirá a la persona detenida que sugiera a otra persona para que los menores o incapaces queden provisoriamente a su cuidado, explicando el perjuicio que conlleva para aquellos que queden al cuidado de la persona que ha sugerido.

Si no se sugiriera o hubiera otra persona, si se repitiera respecto de la nueva persona sugerida la situación anterior o si se generara cualquier

situación anómala que pusiera en duda fundamentalmente la entrega a realizar, los menores permanecerán con su madre detenida, no en una celda sino en un ámbito adecuado a su condición (por ej. una oficina custodiada en la sede de la fuerza prevencional, de una comisaría de la mujer, de una brigada femenina, o de un ámbito similar).

Si se tratara de incapaces cuya condición física hiciese desaconsejable aplicar el procedimiento anterior, se internará al incapaz en el hospital local y se dará aviso al área inmediata de emergencias sociales del municipio local.

Si se trata de menores, no bien resulte posible se establecerá comunicación con el órgano local de protección de derechos de los niños para que éste evalúe la situación, ubique y sugiera otros responsables y, entretanto, proceda al albergue.

**b.- ¿Cómo se actúa si la entrega resulta inviable (por ej. la persona indicada se halla hospitalizada o de viaje) o los responsables dicen no contar con persona alguna de su relación a cuyo cuidado puedan quedar los menores o incapaces?**

Se actuará según lo consignado en la respuesta anterior.

**c.- ¿Cómo se actúa si se trata de menores extranjeros y los responsables dicen no contar con persona alguna?**

Se sigue el procedimiento señalado y, no bien resulte posible se comunica la situación al respectivo consulado para que ubique a familiares de los menores en su país natal y establezca el puente entre la persona detenida y sus familiares.

**d.- ¿Cómo se actúa si la persona a quienes los responsables detenidos quieren poner al cuidado de los menores o incapaces reside lejos y demorará algunos días en llegar?**

Se requerirá de la persona detenida que determine una persona a cuyo cuidado puedan provisoriamente quedar los menores o incapaces hasta tanto lleguen quienes los reemplazarán en esa responsabilidad, y se cumplen respecto de tal persona los pasos previstos en la norma.

Si dicha persona arribara antes de la debida derivación de las actuaciones al órgano competente, se procede nuevamente a cumplir a su respecto los pasos previstos (recordar que la nueva entrega debe ser consentida por el responsable detenido).

Si la persona arribara con posterioridad a la derivación de las actuaciones, se le brindarán los datos sobre el órgano interviniente.

**e.- ¿Cómo se actúa si la persona detenida es madre de un niño pequeño al que no quiere dejar al cuidado de un tercero?**

Con la expresión de la voluntad de la madre, se cierra la activación de la Ac. 40/97 CFASM y comienza el mecanismo previsto en el art. 195 de la ley 24.660 (posibilidad de que los menores de hasta 4 años permanezcan con sus madres detenidas).

Debe asegurarse la permanencia de la madre y el bebé en un ámbito adecuado hasta su traslado a la UP n° 31 SPF.

**f.- ¿Cómo se actúa si un padre no conviviente se hace presente en el procedimiento para llevarse consigo a los menores?**

Se entrega a los menores a el/la progenitor/a (titular de la patria potestad aún cuando no conviva con ellos).

Si existiesen muestras de oposición o temor por parte de los menores o hubiese oposición por parte del otro progenitor/a **razonablemente fundada** en el interés de aquellos, éstos permanecerán con la persona detenida (no en una celda sino en un ámbito adecuado a su condición).

En tal caso, no bien resulte posible se establecerá comunicación con el servicio zonal de protección de derechos de los niños para que éste evalúe la situación y eventualmente dé intervención a un juzgado de familia para dirimir la cuestión.

**g.- ¿Cómo se actúa si ambos responsables detenidos exhiben desacuerdo respecto de la persona a quien entregar los menores o incapaces?**

El Secretario los instará telefónicamente a ponerse de acuerdo.

Si aún así no se lograra su acuerdo, se adoptará el temperamento que aparezca como más beneficioso para el interés de los menores o incapaces, con consulta a éstos en la medida de lo posible.

**III.3.- Acerca de la actuación en sede judicial:**

**a.- ¿Cómo se actúa si la persona a cuyo cuidado se ha dejado a los menores o incapaces no comparece?**

Se establece comunicación telefónica con tal persona y se le requiere que se acerque en el acto al tribunal. Resulta conveniente poner a su disposición un móvil policial de modo de facilitar, y a la vez asegurar, su presentación.

**b.- ¿De qué modo la persona detenida ratifica su voluntad en sede judicial?**

En ocasión del interrogatorio de identificación que abre la declaración indagatoria (art. 297 CPPN) se pregunta al detenido si ratifica la entrega efectuada y se asienta su respuesta en el acta de dicha declaración.

A los fines de la ratificación resulta indiferente si presta declaración o si se niega a declarar.

**c.- ¿Cómo se actúa si la persona detenida quiere modificar la entrega indicada durante el procedimiento?**

Si es posible, se establece comunicación telefónica con la persona a quien se haría la nueva entrega, a fin de explicar la situación y requerirle que se acerque al tribunal.

Si no es posible tal comunicación, se encomienda la gestión a la policía. Luego se sigue respecto de la persona propuesta como nuevo responsable el procedimiento usual.

**d.- ¿Debe escucharse a los menores antes de la ratificación de la entrega?**

En estos casos debe ponderarse el costo moral que supone para ellos su presentación en sede judicial en momentos cercanos al impacto del procedimiento y la detención de sus padres.

Si la suma de datos con que se cuenta arroja tranquilidad, puede resultar suficiente la verificación posterior por parte de los Delegados Tutelares.

Por el contrario, si la situación generara algún grado de duda -por ejemplo la entrega a terceros con quienes los menores mantienen escasa relación- es imprescindible que se los escuche a fin de contar con mayores elementos de juicio.

**e.- ¿Cómo ratifica su voluntad el nuevo responsable?**

Mediante la firma de un acta de entrega de los menores o incapaces, en la que constan las responsabilidades a las que se compromete.

**f.- ¿Cómo se actúa si la persona a quien se ha entregado a los menores o incapaces se niega a continuar en esa responsabilidad?**

Se reinicia todo el proceso previsto en la norma, con la pregunta a la persona detenida acerca de a quien quiere que sean entregados los menores o incapaces.

**g.- ¿Qué intervención les cabe a los Delegados Tutelares en la ratificación de voluntades?**

Es necesario que realicen una entrevista de orientación con el nuevo responsable y con los menores o incapaces si ello no se considera en perjuicio de ellos.

*La intervención profesional antedicha tiene por fin, por una parte, mejor asegurar que la puesta de los menores o incapaces al cuidado del nuevo responsable resulta viable y adecuada para salvaguardar los derechos de aquellos y, por otra, establecer un vínculo con tales personas que permita un mejor asesoramiento y derivación al órgano competente.*

Es conveniente también que el cuerpo profesional realice una entrevista de orientación a la persona detenida.

*Ello, para moderar y contener sus posibles temores acerca de las consecuencias legales, sociales y familiares que la detención pueda tener respecto de su vínculo con los menores y para alentar el mantenimiento del vínculo, pese a la situación de detención.*

**III.4.- Acerca de la actividad judicial posterior:**

**a.- ¿Hay que disponer tutelarmente de los menores alcanzados por la Ac. 40/97?**

No. El juez penal federal sólo puede disponer tutelarmente de los menores imputados sujetos a su jurisdicción (ley 22.278, arts. 1 y 2). Ello, desde que la ley 26.061 (art. 76) derogó la ley 10.903, la que en su art. 14 establecía la disposición tutelar del menor víctima de delito (al respecto cabe señalar que los menores en trato, además, no resultan “víctimas del delito”).

*La Acordada CFASM n° 40/97 establece que “el magistrado actuante dispondrá lo necesario sobre la guarda y adoptará las medidas urgentes...” (Art. 1° del Anexo “Normas básicas para asegurar la debida protección jurídica de menores e incapaces”) y brindará al guardador la “orientación y asistencia necesarias”... “hasta tanto se efectivice la intervención del juez competente” (Art. 3 de dicho Anexo).*

*Ahora bien, la reforma en el sistema proteccional de menores producida por la ley n° 26.061 –de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes- atribuyó la competencia para la adopción de las medidas proteccionales a su respecto al “órgano administrativo competente local” (art. 33), aún en circunstancias del tenor de los que afectan a niños amparados por la Ac. CFASM n° 40/97 (art. 39).*

**b.- ¿Los niños son entregados en “guarda”?**

No. Los niños son entregados para su cuidado y custodia, pero el juez no inviste al nuevo responsable del carácter de “guardador”. Ello, en virtud de que la ley 26.061 (art. 74) modificó el art. 234 del Código Penal, suprimiendo la facultad jurisdiccional de decretar guardas de menores.

No obstante ello, debe recordarse que los nuevos responsables quedan en posición de garantes respecto de los niños, con las responsabilidades que ello importa, lo que así debe ser informado a aquellos.

Subsiste, asimismo, la obligación de brindar al nuevo responsable la “orientación y asistencia necesarias” (Art. 3 del Anexo de la Ac. 40/97 C.F.A.S.M.) hasta tanto se efectivice la intervención del órgano competente (*a ese fin, el tribunal cuenta con el auxilio de los Delegados Tutelares*).

**c- ¿Cuál es el órgano competente para la derivación?**

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el Servicio de Promoción y Protección de Derechos de los Niños con radicación en el municipio en el que residen los menores.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Defensoría Zonal dependiente del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes correspondiente al domicilio de residencia de éstos.

*En consonancia con la ley 26.061 mentada, la ley n° 13.298 de la Provincia de Buenos Aires –de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños- estipula que la autoridad de aplicación de dicha norma establecerá en cada municipio órganos descentralizados denominados “Servicios Locales de Protección de Derechos” (art. 18), entre cuyas funciones se halla “ejecutar los programas, planes, servicios y toda otra acción que tienda a prevenir, asistir, proteger y/o restablecer los derechos del niño” (art. 19, inc. A). El art. 35 de la ley provincial en trato enumera las medidas proteccionales y de orientación familiar pasibles de ser adoptadas por dichos órganos, entre ellas, la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos (con comunicación al Asesor de Incapaces), y establece que dicha*

*medida será dispuesta por la autoridad judicial competente cuanto no sea consensuada por el niño y por quienes ejercen su representación legal (art. 35, inc. h).*

*En el ámbito provincial han dejado de existir los Tribunales de Menores, los que tenían competencia penal y asistencial según el decreto-ley provincial n° 10.067, (hoy derogado por la ley 13.298, art. 67). En su reemplazo se han creado el Fuero de Familia (sobre la base de los antiguos Tribunales de Familia) y el Fuero Penal del Niño (integrado por Cámaras, Tribunales y Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil y Juzgados de Garantías del Joven, de competencia exclusivamente penal (ley n° 13.634), en vigencia desde el 28-11-08.*

*En la ciudad de Buenos Aires, mediante ley n° 114 –de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires- se creó el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (art. 45) y las Defensorías Zonales, como órganos descentralizados de aquel (art. 60).*

*Entre las funciones de dichas “defensorías” se hallan “la implementación de programas de efectivización y de protección especial de los derechos de niños, niñas y adolescentes...”(art. 70, inc. b), el “asesoramiento, orientación y atención ante situaciones de amenaza o violación de derechos...(art.70, inc. c), “recibir los reclamos e inquietudes que formulen niños, niñas y adolescentes y cualquier otra persona de existencia visible o ideal con relación a los derechos contemplados” en dicha ley (art.70 inc. f) y “brindar apoyo, contención, seguimiento y acompañamiento para que niñas, niños y adolescentes mantengan o recuperen el disfrute y goce de sus derechos...” (art. 70, inc. j).*

**d.- Para la derivación al órgano competente de protección de niños, ¿debe considerarse como domicilio de residencia de éstos aquel en el que moraban con su responsable detenido o el domicilio en el que residen con quien ha quedado como responsable de su cuidado?**

El domicilio en que residen con la persona a cuyo cuidado han quedado.

*Hasta la reforma legal del sistema proteccional eran competentes para intervenir los tribunales de familia. La determinación del departamento judicial al que debía derivar el caso se fundaba en el domicilio en el que se produjo la situación de abandono (esto es, donde los menores o incapaces residían con los responsables detenidos).*

*En el nuevo esquema de competencias proteccionales, cabe intervenir al servicio de protección correspondiente al domicilio en el que los niños residen con su actual cuidador.*

Los Delegados Tutelares cuentan con los datos y teléfonos de los responsables zonales de los servicios en cuestión, los que también pueden ser consultados en la Prosecretaría de Menores de esta alzada.

**e.- Si la persona responsable de los menores o incapaces que fuera detenida recobra la libertad, ¿debe revocarse la entrega efectuada?**

Si la persona detenida es progenitor/a de los menores o incapaces, no es necesario, ya que la reasunción de la función de cuidado por parte suya opera de pleno derecho en virtud de los derechos y deberes de la patria potestad.

Si no lo fuera, resulta conveniente labrar un acta en la que conste que los menores o incapaces quedan nuevamente a su cuidado y derivar el caso al servicio de protección de derechos que corresponda, para la regularización legal de la situación de aquellos.

**f.-¿En qué momento debe efectuarse la derivación al órgano competente?**

Parece prudente, en orden al principio de economía jurídica, esperar a lo que se resuelva respecto de la persona detenida en orden al art. 306 CPPN, y dar intervención al órgano competente sólo en los casos en los que se ordene la prisión preventiva de la persona detenida.

*Si los menores o incapaces se hallaban a cargo de una pareja y uno de ellos recobra la libertad, cesa la activación de la acordada, ya que ésta se dirige a la protección de menores o incapaces a exclusivo cargo de personas detenidas.*

**g.- ¿Qué rol cabe durante esta etapa a los Delegados Tutelares?**

Durante ese lapso que media entre la detención de la persona a cuyo exclusivo cargo estaban los menores e incapaces y el momento en que ésta recobra la libertad o en que se dicta a su respecto la prisión preventiva, los Delegados Tutelares mantendrán con los menores e incapaces y con las personas a cuyo cuidado éstos se hallan el contacto suficiente que permita, por una parte, monitorear la situación para mejor asegurar los derechos de aquellos y, por otra, brindar la asistencia necesaria en esta etapa.

Si se dicta la prisión preventiva a la persona a cuyo exclusivo cargo se hallaban los menores o incapaces, se dará intervención al organismo competente en protección de derechos y los Delegados Tutelares realizarán la articulación entre los nuevos responsables y el organismo de protección a fin de que éstos y los menores e incapaces a su cargo conozcan a qué ámbito (qué personas, en qué lugar, en qué horario) acudir si necesitasen asistencia.

De igual modo se actuará si en el lapso que media entre la declaración indagatoria y la resolución antedicha surgieran datos de que los menores o incapaces se hallasen en riesgo de vulneración de sus derechos.

**IV.- Acerca del control de lo actuado**

**a.- ¿Debe informarse de lo actuado a la superioridad?**

Sí. A partir de la vigencia de la Ac. 78/12 CFASM, que dispone la vinculación de los juzgados federales con competencia penal de la jurisdicción al Programa “BGD”, coordinado por la Oficina General de Datos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la actuación respecto de

menores llevada a cabo en virtud de lo dispuesto por la Ac. n° 40/97 CFASM debe ser registrada en dicho programa, según indicara la mencionada Oficina.

Cabe señalar que la Ac. 78/12 CFASM dejó sin efecto la Ac. 4/02 CFASM (de “Registro de Menores”), durante cuya vigencia no resultaba necesario informar a esta alzada respecto de lo actuado en razón de la Ac. n° 40/97 CFASM; ello, toda vez que el mencionado registro se dirigía sólo a menores dispuestos tutelarmente.

**b.- ¿Toma la Cámara conocimiento de lo actuado por alguna vía?**

Sí. Conforme lo prescripto en la Ac. CFASM n° 150/02, art. 1°, pto. i), si la causa fuera elevada en recurso a la Cámara, en la minuta de elevación se hará constar en qué fojas obran las constancias del cumplimiento de la Ac. CFASM n° 40/97.

En otro orden, en todo informe labrado por los Delegados Tutelares respecto de una persona privada de libertad, deben consignarse los datos relativos a la situación de menores o incapaces a exclusivo cargo de dicha persona (*cabe recordar que copia de dichos informes es remitida a la Prosecretaría de Menores para la supervisión de la actuación del Cuerpo profesional de su dependencia*).

**c.- ¿Qué intervención le cabe al Asesor de Menores?**

La intervención del Asesor de Menores es obligatoria en virtud de lo normado en los art. 59 y 494 del Código Civil.

Ahora bien, no parece que la intervención exigida sólo pueda verse satisfecha mediante la producción de dictamen previo (en los términos en que sí lo exige, respecto de las medidas tutelares a imponer a los menores imputados, el art. 412, 3er. párr in fine C.P.P.N.). Ello, toda vez que el magistrado asegura la entrega de los menores e incapaces a una persona responsable, pero la decisión de fondo, en rigor de verdad, es adoptada por la persona detenida, responsable legalmente o de hecho de dichos menores e incapaces, o por el órgano de protección competente en caso de resultar inviable la decisión adoptada por aquella persona.

Pareciera suficiente, entonces, la toma de conocimiento por parte del Asesor de Menores respecto de lo actuado.

En tal entendimiento es que se ha impartido a los Delegados Tutelares la directiva de poner en inmediato conocimiento del Asesor de Menores todo informe que labren en virtud de la Ac. n° 40/97, extendiendo de este modo a tales intervenciones la obligación que en igual sentido sobre ellos pesaba respecto de menores imputados (Res. 13-6-00 recaída en Exp. PM n° 32-00).