

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

Suprema Corte:

I

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional rechazó los recursos de casación interpuestos por la señora Defensora Oficial y el Fiscal General contra la decisión de la Sala de FERIA "A", que confirmó la que no hizo lugar a los planteos dirigidos a impedir la aplicación del régimen de flagrancia instaurado por la ley 27.272, y a lograr la declaración de inconstitucionalidad de la citada ley en aquellos procesos seguidos contra menores según las previsiones de la ley 22.278.

Contra esa resolución interpuso recurso extraordinario el Fiscal General (fs. 1/12), que fue concedido por el tribunal (fs. 16).

II

1. El vocal que votó en primer término sostuvo que la pretensión de las partes parece dirigirse más a un tribunal de control de constitucionalidad en abstracto que para el caso concreto toda vez que los cuestionamientos que, a ese momento, tuvieron efectos reales, encontraron respuesta en la aplicación armónica de las leyes 22.278 y 27.272. Señaló –a modo de cotejo– que ni la suspensión del juicio a prueba ni el juicio abreviado fueron previstos para los casos donde hubiere menores implicados y que sin embargo, en la práctica se les aplican tales institutos, compatibilizándolos con lo dispuesto por las normas o lo reconocido por la jurisprudencia en la materia. Por la misma razón consideró aplicable la ley de flagrancia, si bien recono-



ció la falta de una ley que dé respuesta más amplia al tema de la minoridad. Rechazó la incompatibilidad de los plazos previstos en la ley 27.272 con el del artículo 4 de la ley 22.278, y consideró que la declaración de responsabilidad penal con la celeridad prevista en la ley de flagrancia asegurará que el tratamiento tutelar se aplique a un menor respecto del cual existe la certeza de que cometió un delito. Además, ello se ajusta a la Observación General n° 10 del Comité de los Derechos del Niño en cuanto recomienda a los Estados Partes que resuelvan los casos de los niños en conflicto con la ley penal en el tiempo más breve posible. Si bien el plazo del nuevo procedimiento es breve para la declaración de la responsabilidad penal, para imponer la pena se supedita al cumplimiento de los otros requisitos fijados en la ley 22.278, que no fue alterada por la ley de flagrancia –haber cumplido dieciocho años de edad y al menos un año de tratamiento tutelar–.

Con relación al agravio por la necesaria detención del imputado prevista en la ley 27.272 en contraposición con la excepcionalidad establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 22.278 y el artículo 411 del Código de Procesal Penal, explicó el magistrado que, en el caso, la detención del menor y su posterior comparecencia ante la juez se produjo con arreglo al régimen penal de la minoridad en la medida que se dispuso su ingreso al Instituto Inchausti y la juez ordenó la aplicación de lo normado en el segundo y tercer párrafo del artículo 1° de la ley 22.278. Se remitió a las consideraciones efectuadas con anterioridad por otro integrante del tribunal (que en su voto se reproducen) sobre cómo deben interpretarse las disposiciones de dicha convención relativas a la privación de la libertad en conjunción con lo previsto en los artículos 284, inciso 4°, y 411 del Código Procesal Penal de la Nación.

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

Asimismo descartó que la ley de flagrancia no sea aplicable por la imposibilidad de practicar en un breve plazo los informes pormenorizados sobre el menor y su núcleo familiar. Entendió que la “complejidad de la investigación” a la que hace referencia el artículo 353 quáter del código procesal, como supuesto que exceptúa la aplicación del procedimiento, se vincula a la obtención de pruebas para la atribución del hecho y no a la recolección de información en el legajo tutelar, que tramita por separado y para la cual el plazo de un año resulta adecuado.

En cuanto a la afectación del principio de progresividad y no regresividad, sostuvo que la pérdida de la opción por el trámite común que preveía el artículo 353 bis derogado no representa un retroceso y que carecen de actualidad los agravios vinculados a la intervención de un tribunal unipersonal y al acotado plazo para solicitar la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado.

2. El segundo voto, respecto de la detención del menor, se remitió a las consideraciones expuestas en la causa n° 5658/2017 “Calderón, Paola G. y P., V. I. s/recurso de casación” (reg. 294/2017). Allí el vocal del *a quo* sostuvo que el artículo 37, inciso b), de la Convención sobre los Derechos del Niño no rechaza la posibilidad de que un menor sea privado de su libertad si la restricción está fundada en la ley, no resulta arbitraria y es adoptada como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda. Consideró que si se confronta el texto de los artículos 284, 286, 353 ter y 411 del Código Procesal Penal de la Nación con el artículo 37, inciso b), de aquel instrumento, se obtiene una sustancial adecuación. Expresó que si se interpretara que los artículos 284 y 353 ter imponen el deber de detener al sorprendido en flagrancia, podrían suscitarse posibles conflictos con la norma con-



vencional y entendió que el artículo 353 ter no impone la aprehensión sino que da por hecho que ésta ya se produjo y reglamenta cómo debe procederse. Tampoco establece la autoridad para aprehender en flagrancia, ya definida antes de la reforma de la ley 27.272 por los artículos 284, inciso 4°, y 286 del código procesal, pero –afirma el magistrado– la práctica jurisprudencial desarrollada a partir de una razonable interpretación del artículo 411 de ese cuerpo legal, guiada por criterios de necesidad y proporcionalidad, descarta el carácter ineludible e imperativo de la aprehensión y detención de un menor, y para asegurar su presencia u otros fines adopta medidas no restrictivas de la libertad. Recordó que el artículo 411 establece que la detención sólo procederá cuando hubiere motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, intentará destruir los rastros del hecho, se pondrá de acuerdo con sus cómplices o inducirá a falsas declaraciones. En consecuencia –sostuvo– no resulta razonable que tratándose de un menor sorprendido en flagrancia, el artículo 284, inciso 4°, sea entendido de modo distinto al que se interpreta a la luz del artículo 411.

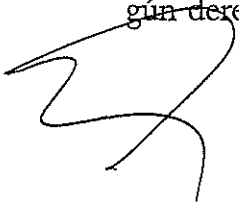
Por otra parte, en relación con la imposibilidad de aplicar la ley 27.272 de un modo conciliable con los plazos fijados en el artículo 4° de la ley 22.278, consideró que no implica una cuestión constitucional sino un problema de interpretación y reconocimiento de las reglas de reenvío entre normas de igual jerarquía. Se remitió a su voto en el precedente “Calderón” donde expuso que, en el orden nacional, en el enjuiciamiento de menores se aplican las reglas generales del Código Procesal Penal de la Nación con las excepciones del artículo 411 y concordantes, y de la ley 22.278. Si bien la ley 27.272 no contempla especificidades de los estándares que debe observar el procedimiento de menores, ello no conlleva su inaplicabilidad. Tampoco la ley 24.826 –que introdujo el artículo 353 bis, que regulaba la “instrucción sumaria” para

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

supuestos de flagrancia— preveía su aplicación a procesos de menores y no obstante fue admitida por la práctica y la jurisprudencia. Agregó que aunque los artículos 410 y siguientes del código procesal no establecen ninguna modificación sustancial a las reglas generales de deliberación y sentencia, ello no ha impedido la práctica de proceder a la cesura entre la sentencia de declaración de la responsabilidad penal y la determinación de pena o absolución, y que la ley 27.272 no contiene reglas sobre el debate, deliberación y sentencia, por lo que nada obsta que al aplicarla para el enjuiciamiento de menores se proceda de igual modo. Rechazó que la ley de flagrancia frustre las finalidades de protección del menor porque las “medidas tutelares” tramitan en paralelo y con independencia de la acción penal. Destacó que en la Observación General n° 10, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva debe ser lo más breve posible porque cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado y recomendó que ese término sea más corto que el establecido para los adultos. Concluyó que la brevedad de los plazos procesales y la celeridad del procedimiento introducido por la ley 27.272 va en línea con esa recomendación, con independencia de la decisión sobre la punibilidad del menor.

Asimismo consideró que no fue sustanciada la alegada “complejidad de la investigación”, que obstaría a la aplicación del procedimiento de flagrancia, ni la vulneración del principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, pues no se demostró que la aplicación de la ley 27.272 privara al menor de algún derecho fundamental o de una garantía de ese derecho más amplia que la que



tendría si se aplicase el procedimiento común, en tanto ninguna disposición de la Convención le impone a los Estados Partes una determinada integración de los tribunales competentes.

También rechazó la impugnación de la ley vinculada a la caducidad del plazo que establece el artículo 353 sexies para solicitar la suspensión del juicio a prueba o proponer un acuerdo de juicio abreviado. Al respecto, afirmó que la alegada inmadurez del menor para tomar la decisión en ese plazo es genérica y no atiende a la situación particular del aquí imputado; además, en atención al grado del proceso, resultaba un agravio conjetural.

Sobre el “interés superior del niño” que habría sido lesionado por la aplicación de la ley de flagrancia, señaló que no constituye un derecho sustantivo sino un principio de interpretación en todas las decisiones concernientes a los menores, sea para fijar el alcance de un derecho o garantía reconocido por la Convención, o para resolver un conflicto de derechos e intereses que los involucran. Ello conduce a dos consecuencias, por un lado impone identificar los derechos e intereses implicados y por el otro una consideración tópica, con especial atención a las circunstancias del caso y a la situación concreta de cada menor cuando se trata de su interés y no del colectivo. En el caso, no se demostró que la aplicación de la ley 27.272 afectara su interés, lo privare de algún derecho o garantía enunciada en el artículo 40 de la Convención o resultare inconciliable con esa disposición según ha sido interpretada por la Observación n° 10 citada.

3. El último voto también descartó la colisión de la ley de flagrancia con la Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño. Consideró irrelevantes los conflictos normativos planteados a partir de una aplicación conglobada del nuevo régimen de flagrancia, tal como el uso práctico de la ley 22.278 se ha

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

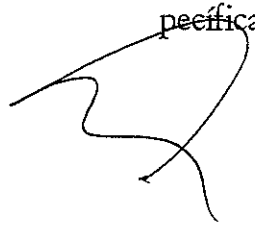
adecuado a los presupuestos de la Convención. Reconoció que la nueva ley no satisface la manda convencional de una legislación específica, que en ese aspecto —no obstante— no se diferencia del resto de los institutos que cotidianamente se aplican en la especialidad y señaló que tampoco corresponde a los jueces cumplir con aquella obligación. Por lo demás, adhirió a los votos precedentes.

Se deja constancia que en esta reseña se han efectuado referencias al precedente “Calderón” del tribunal *a quo*, el cual ha sido consultado a través del Centro de Información Judicial (C.I.J.), donde se encuentra publicado.

III

En el recurso extraordinario contra la sentencia reseñada, el señor Fiscal General planteó que frente al marco jurídico de la justicia penal juvenil configurado por la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la aplicación de la ley 27.272 resulta inconstitucional en tanto vulnera las garantías del debido proceso y defensa en juicio, y los principios de mínima intervención, progresividad e “interés superior del niño”.

El Estado —expuso— está obligado por la Convención sobre los Derechos del Niño a compensar su situación de vulnerabilidad a través de un trato diferenciado respecto de los adultos y el establecimiento de normas y procedimientos específicos. En el punto, cuestionó que si bien en el tercer voto de la decisión impugnada se reconoce que la ley 27.272 no cumple la manda convencional de una legislación específica, no se postula, en forma consecuente, su inconstitucionalidad. Agregó que



del debate parlamentario surge que, excepto las referencias efectuadas por dos legisladoras relativas a que el sistema de flagrancia sólo servirá para captar jóvenes vulnerables o detener a menores, ninguna mención permite sostener que cuando se discutió la ley se contempló el régimen penal juvenil. Entendió que el Estado no ha cumplido su obligación de proveer un sistema legal específico, y que adecuar la ley 27.272 a esos fines es hacer lo que el legislador no hizo e implica la creación de una nueva ley por parte de los jueces.

También consideró que el artículo 353 ter según ley 27.272, al imponer la detención de menor y su traslado ante el juez de la causa, vulnera lo prescripto por los artículos 37, inciso b), de la Convención sobre los Derechos del Niño y 19, inciso c), de la ley 26.061 en cuanto disponen que la libertad ambulatoria sólo podrá restringirse en los casos de extrema necesidad. Señaló que la ley 27.272 hace referencia a la prisión preventiva y la excarcelación, institutos ajenos al sistema penal juvenil (art. 315 del Código Procesal Penal de la Nación).

Destacó la palmaria falta de correspondencia entre el año de tratamiento tutelar posterior a la declaración de responsabilidad penal previsto en el artículo 4° de la ley 22.278 y los plazos acotados de la ley de flagrancia. A partir de la exigüidad de los plazos para la producción de prueba y para solicitar la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado, derivó otra objeción a su aplicación en tanto resulta incompatible con el “procedimiento más pausado, con plazos mayores y orientados a la tutela del menor” de la ley 22.278.

Afirmó que la norma cuestionada, además, desatiende el principio de progresividad y no regresión porque, a diferencia del derogado artículo 353 bis del Código Procesal Penal de la Nación, no le permite al imputado optar por el procedimiento común y dispone la intervención de un tribunal unipersonal cuando la pena del deli-

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

to no supera los quince años de prisión, lo cual importa otro retroceso en relación a la situación anterior.

Por otra parte estimó que la necesidad de estudios específicos sobre la madurez del menor y demás cuestiones relativas a su imputabilidad, deben considerarse a los fines de la “complejidad de la investigación” referida en el artículo 353 quáter de la ley de flagrancia, como supuesto que exceptúa su aplicación y que la ley tampoco contempla la presencia del asesor tutelar –que vele por las garantías del menor– en la audiencia prevista en el artículo 353 ter.

Sobre la base de esos argumentos, consideró demostrado que la aplicación de la ley de flagrancia a los procesos seguidos contra menores en conflicto con la ley penal es inconstitucional y descalificó a la sentencia con base en la doctrina de la arbitrariedad por no ser una derivación razonada del derecho vigente en relación a los extremos comprobados en la causa.

IV

Al ingresar al fondo del asunto, corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones del Poder Judicial y debe ser considerada, por ello, como *ultima ratio* del orden jurídico y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remitió en Fallos: 340:1185). Sólo procede cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo



que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 312:2315; 330:855 y 5345; 339:1583); debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Constitución Nacional, pues siempre hay que estar a favor de la validez de las normas (Fallos: 335:2333). También V.E. ha sostenido que la tarea de interpretación de la ley comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico, evitando darles a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje todas con valor y efecto (Fallos: 338:962; 329:2876, entre otros).

Bajo esas restrictivas pautas estimo que, en el caso de autos, y tal como viene resuelto, no es necesario acudir a la solución extrema del orden jurídico que se propone, porque dentro del margen de interpretación que consiente la ley 27.272, es posible conciliarla con las normas de rango constitucional que configuran el sistema jurídico de la justicia penal juvenil enunciadas en el precedente “Maldonado” (Fallos: 328:4343), citadas por el recurrente, específicamente con los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establecen los principios fundamentales del sistema, y con el resto del ordenamiento penal juvenil, la ley 22.278 y las normas procesales relativas al juicio de menores (arts. 410 a 414 del Código Procesal Penal de la Nación).

V

En primer lugar, la ley 27.272 es una norma de reforma parcial del Código Procesal Penal de la Nación, que —en lo que aquí interesa— sustituye la denominación del Título IX del Libro II “Instrucción sumaria” por la de “Procedimiento para

Procuración General de la Nación

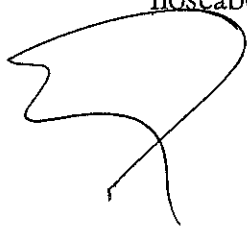
CCC 2416/2017/1/CS1

casos de flagrancia” y sus artículos 285, 353 bis y ter, e incorpora los artículos 353 quáter, quinquies, sexies y septies.

El artículo 353 bis vigente dispone que el procedimiento para casos de flagrancia se aplica a todos los hechos dolosos –excepto los vinculados al ejercicio de derechos humanos, sociales o cualquier derecho constitucional– en los que se verifiquen las circunstancias del artículo 285 y cuya pena máxima no supere los límites allí fijados.

V.E. ha señalado que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley y no cabe a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 324:1740), ya que está vedado a los tribunales el juicio del mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en el ejercicio de sus propias facultades (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte en Fallos: 329:5567). También ha sostenido que el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces no llega hasta la facultad de instituir la ley misma y que deben guardar acatamiento tanto a su letra como a su espíritu (Fallos: 319:2617).

En ese sentido, la ley 27.272 no excluye de su ámbito de aplicación a los menores, por lo que no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue (Fallos: 294:74), máxime cuando –como se verá– no se advierte que de ello se derive menoscabo alguno a las garantías fundamentales que los amparan.



Además, la voluntad del legislador que surge del debate parlamentario (Fallos: 323:163; 326:4530), a la que también cabe acudir para determinar el alcance de la norma, es consistente con esa interpretación.

Previo al examen del debate de la ley cuestionada, es pertinente recordar que en el mensaje de elevación del proyecto se consigna que uno de sus objetivos es dotar al Poder Judicial de una herramienta ágil, sencilla y eficaz para el juzgamiento de hechos en los que el autor resulta sorprendido en flagrancia, los cuales podrían ser resueltos rápidamente y de modo eficiente, salvaguardando las garantías de los imputados. Allí se menciona a las provincias que ya han implementado, con resultado favorable, un procedimiento especial para los casos de flagrancia, y se expresa que permitirá resolver de manera rápida los de autor conocido y prueba sencilla.

En el debate parlamentario —en lo que aquí interesa— la diputada Donda, crítica del proyecto porque no se dirige a atacar al delito complejo, expresó que “un pibe de 14, 15, o 17 años que sale a robar un auto con un arma en la mano es un problema para la sociedad. Por supuesto que ese chico tiene un conflicto con la ley penal...”. Por su lado, la senadora Negre de Alonso, en la misma línea crítica, consideró que “este sistema de flagrancias está destinado a los jóvenes con pocos recursos, a los jóvenes vulnerables...”. Las expresas menciones, si bien tangenciales, demuestran que el legislador contempló que la ley también fuera aplicable a los menores, razón por la cual la exclusión que se pretende —aun cuando continúe pendiente la sanción de una ley que regule la situación del menor *in totum*— carece de sustento y sólo exhibe una discrepancia que no habilita el temperamento excepcional que se postula.

Por otra parte, si se aplica el criterio interpretativo de V.E. conforme al cual no cabe presumir que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al

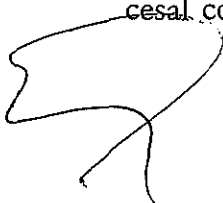
Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

dictar las leyes (Fallos: 341:631, 330:2800), se concluye que ha ratificado en forma expresa la aplicación del procedimiento de flagrancia a los menores en los procesos que deban regirse por el “Código Procesal Penal Federal” (ley 27.063) ya vigente en la sección de Salta y Jujuy.

En efecto, la ley 27.272, introdujo en forma simultánea el procedimiento de flagrancia en el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) y en el Código Procesal Penal Federal (ley 27.063) a través de idénticas disposiciones normativas (arts. 353 bis a 353 septies y 292 bis a 292 septies, respectivamente). El artículo 296 de este último dispone que “en los procesos seguidos contra personas menores de edad las normas de este Código serán de aplicación supletoria siempre que sean compatibles con los principios que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes 26.061, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –Reglas de Beijing–, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil –Directrices de Riad–. El proceso respetará los principios de culpabilidad y de especialidad. La privación de libertad se utilizará como último recurso y por el menor tiempo posible, y de conformidad con los límites fijados en las normas enunciadas en el párrafo anterior. Se privilegiarán las medidas alternativas al proceso”.

Lo hasta aquí expuesto y en particular este último precepto, permiten apreciar la clara voluntad que el legislador ha expresado –tanto en el actual régimen procesal como el que se encuentra en vías de implementación gradual– para que, sin



distingos, el régimen de flagrancia sea aplicado incluso a los menores. Por ello, estimo que al momento de interpretar si resulta constitucionalmente adecuado a su respecto, ese temperamento del Congreso presenta singular relevancia, máxime ante el criterio restrictivo enunciado en el apartado IV.

En tales condiciones y por las razones que a continuación se desarrollarán, considero que la armónica apreciación de las normas que rigen la materia permite una inteligencia de dicho instituto que no contradice la Ley Fundamental.

VI

Las decisiones jurisdiccionales relativas al régimen de flagrancia se adoptan en forma oral, en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración (art. 353 bis). Ello importa que si se aplica la ley 27.272 a los menores, a las garantías establecidas para su enjuiciamiento, deben sumárseles las que derivan del procedimiento en cuestión; además de la celeridad del proceso, una mayor realización del principio acusatorio porque el órgano jurisdiccional cumple durante la investigación el rol de juez de garantías, lo que otorga un mayor resguardo de sus derechos.

La anterior regulación para los casos de flagrancia, “instrucción sumaria” (arts. 353 bis y ter según ley 24.826), cuya aplicación a los menores fue admitida por la práctica y la jurisprudencia, fue derogado por la ley 27.272 de modo que si la ley vigente no se les aplicase, cuando es posible conciliarla con las normas legales y constitucionales vigentes en la materia penal juvenil, se los privaría de las ventajas que ese régimen conlleva y que sí se les otorgan a los mayores. Lo contrario conduciría a un resultado paradójico, pese a que se reconoce que los menores tienen un plus de derechos especiales derivados de su condición, se los privaría de los que se garan-

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

tizan a cualquier persona mayor de edad. En tal sentido, cabe recordar que V.E. señaló en Fallos: 328:4343 que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)” (considerando 32).

En el recurso se plantea que la aplicación del nuevo régimen afecta al principio de progresividad y no regresividad, porque implica la pérdida de la opción por el procedimiento común que preveía la “instrucción sumaria” derogada y de la posibilidad de ser juzgado por un tribunal colegiado, en tanto el artículo 353 septies establece un tribunal unipersonal.

La nueva ley de flagrancia, aunque no contemple la opción por el procedimiento común, no acarrea la pérdida de ningún derecho o garantía constitucional; por el contrario, frente a aquél resulta más beneficiosa por la mayor realización del principio acusatorio y celeridad que le imprime al proceso. Por lo demás, V.E. ha sostenido que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía y no existe derecho adquirido a ser juzgado por determinado procedimiento, pues tales leyes son de orden público (Fallos: 320:1878, 321:1865), lo que resulta compatible con la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 330:3565).

En relación con la estructura del tribunal, la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza que la causa contra todo menor del que se alegue o quien se acu-



se de haber infringido las leyes penales, será dirimida por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial (art. 40. 2. b. iii) e insta a los Estados Partes a que establezcan autoridades e instituciones específicas, pero no impone ninguna integración de los tribunales en particular, sea colegiada o unipersonal. Por ello –sin perjuicio de destacar que para los supuestos de pena máxima superior a quince años a los que este procedimiento es aplicable prevé que el tribunal sea colegiado (art. 353 septies, tercer párrafo)– tampoco en este aspecto la ley 27.272 se contrapone con la Convención y constituye una admisible norma de derecho interno que no compromete los derechos fundamentales de los menores en conflicto con la ley penal.

En tales condiciones, no ha sido afectado el principio de progresividad o no regresión que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas (Fallos: 338:1347).

VII

También ha cuestionado el magistrado recurrente la aplicación de la ley 27.272 porque los plazos que prevé para la producción de la prueba y para solicitar la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado resultarían incompatibles con “el procedimiento pausado, con plazos mayores y orientados a la tutela del menor de la ley 22.278”.

La ley prevé un plazo para la producción de pruebas de diez días si el imputado está privado de su libertad o veinte si estuviere libre o, aun detenido, fuera indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa (art. 353 quáter, párrafos quinto y sexto). El plazo, que se computa desde la audiencia inicial de flagrancia

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

y al cual debe sumarse el tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones (art. 353 ter, segundo párrafo), no parece insuficiente a la luz de la ausencia de complejidad que supone la investigación de los casos abarcados por la ley 27.272. Sin perjuicio de ello, el artículo 353 quáter otorga al imputado o a su defensor la facultad de objetar el procedimiento cuando la complejidad de la investigación no hiciere posible su aplicación (párrafo tercero).

Tampoco se verifica la imposibilidad, que derivaría de su inmadurez, de que el menor tome la decisión de solicitar la suspensión del juicio a prueba o la realización de un juicio abreviado en el plazo previsto por el artículo 353 sexies. La inmadurez emocional o afectiva del menor, propia de la etapa vital que atraviesa y reconocida por V.E. en el precedente “Maldonado” (considerando 40), no le impide –al menos como regla– tomar la decisión en término para acceder a alguna de las formas alternativas de solución del conflicto penal y sin que ello importe dejar de observar la ley 22.278. Al respecto, cabe señalar que la decisión debe estar precedida del asesoramiento legal cierto y eficaz, lo cual asegura que el menor ha comprendido los alcances y términos del instituto de que se trate, a la vez que preserva la garantía defensa en juicio.

La ley prevé que si media conformidad entre el fiscal y la defensa –sobre la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado– el juez debe dictar un pronunciamiento al respecto en forma inmediata y dar a conocer los fundamentos dentro de los tres días posteriores, situación que, sin agravio constitucional, armoniza con el artículo 40. 2. b. iii de la Convención en cuanto establece –como se dijo– que la causa contra el menor respecto del que se alegue o a quien se acuse de haber infringido



leyes penales debe ser dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial y, asimismo, en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado.

VIII

Por otra parte, el artículo 353 ter del código procesal dispone que al momento de tomar conocimiento de la aprehensión, el fiscal –de corresponder– deberá declarar el caso como flagrancia y el detenido será trasladado ante el juez a fin de participar de la audiencia oral inicial. Se plantea en el recurso que la disposición es inconstitucional porque impone la necesaria detención del menor y su comparecencia en tal carácter ante el juez de la causa, en violación a lo dispuesto por los artículos 37, inciso b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, 19, inciso c), de la ley 26.061 y 411 del Código Procesal Penal de la Nación.

El primero de ellos establece que los menores no pueden ser privados de su libertad en forma ilegal o arbitraria sino sólo “como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. La ley 26.061, de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, que sistematiza las obligaciones asumidas por la Convención, en forma concordante dispone que los menores tienen derecho a la libertad sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico y no pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente (art. 19, segundo párrafo). El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención –en lo que aquí interesa– ha recomendado a los Estados Partes asegurar la implementación en la justicia penal juvenil de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) (Fallos: 328:4343, considerando

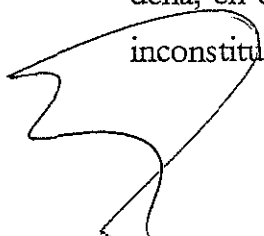
Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

33). En ellas se prevé que se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible (regla 13.1) y que el juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor (10.2).

Por su parte, el Código Procesal Penal de la Nación prescribe que las disposiciones sobre la prisión preventiva no rigen con respecto a los menores, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica (art. 315) y que la detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones (art. 411).

Ante ese plexo normativo, con anterioridad a la reforma introducida por la ley 27.272, se había cuestionado la aplicación de los artículos 284, inciso 4º, y 286 de aquel código a los menores, porque le imponen a la policía el deber de detener sin orden judicial al sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad y presentarlo inmediatamente ante el juez competente. La práctica y la jurisprudencia superaron el conflicto a través de una interpretación conciliatoria de las normas involucradas, se estableció que la detención del menor y su comparecencia ante el juez en esa calidad sólo procede si se verifica alguno de los supuestos del citado artículo 411. No se advierte ninguna razón por la cual no deba procederse del mismo modo frente al artículo 353 ter según ley 27.272 cuando –verificado el supuesto de hecho del artículo 284, inciso 4º– ordena, en esencia, lo mismo que el artículo 286. En tales condiciones el planteo de inconstitucionalidad de la nueva ley de flagrancia deviene insustancial.



Por lo demás, como el menor no puede ser sujeto de medidas cautelares, cuando se encuentre privado de su libertad –entendida la privación en sentido amplio, como ubicación en un lugar donde no pueda salir por su propia voluntad (art. 19, último párrafo, de la ley 26.061)– su detención y alojamiento en un establecimiento especial queda enmarcada en la disposición provisoria que prevé el artículo 412 del código procesal, que de acuerdo al artículo 2° de la ley 22.278, tiene por fin posibilitar la aplicación de las facultades conferidas al juez por el artículo 4°.

En el punto cabe señalar que en la decisión recurrida se consigna que en el *sub judice* la detención del menor y su posterior comparecencia ante la juez se produjo con arreglo al régimen penal de la minoridad; se dispuso su ingreso al Instituto Inchausti y la magistrada ordenó la aplicación de lo normado en el segundo y tercer párrafo del artículo 1° de la ley 22.278, lo cual impide afirmar que haya existido afectación a la garantía que se analiza.

En verdad, la objeción surge por una cuestión terminológica: si el menor es “dispuesto” no se plantea que exista conflicto alguno con las normas que regulan su situación, mientras que si se lo “detiene” –en los límites establecidos por la ley– a esa privación de la libertad así denominada, se la considera ya contraria a tal normativa. Al respecto V.E. advertía en el considerando 26 del citado fallo “Maldonado”, que “otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son ‘dispuestos’, ‘internados’ o ‘reeducados’ o ‘sujetos de medidas tutelares’”. En ese marco, cobra relevancia el aludido artículo 19 de la ley 26.061 que adopta una definición amplia de la privación de la libertad del menor, como ubicación en un lugar donde no pueda salir por su propia voluntad. La

Procuración General de la Nación

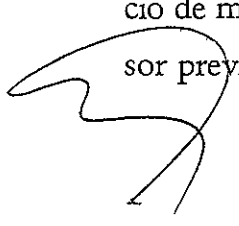
CCC 2416/2017/1/CS1

norma procura eliminar las diferencias terminológicas, para que superado ese aspecto, sea posible examinar si en un caso, la privación de la libertad “sin eufemismos”, conlleva o no un agravio constitucional.

En síntesis, cuando el menor es sorprendido en flagrancia, si no concurre además algún supuesto del artículo 411 del código procesal, no debe ser detenido y trasladado en esa calidad ante el juez. Por el contrario, se lo debe entregar a sus padres o adoptar –como en el caso de autos– cualquier otra medida alternativa no restrictiva de la libertad, para que dispuesta la citación, pueda concurrir en libertad a la inminente audiencia inicial multipropósito (art. 353 ter). La norma cuestionada, interpretada del modo propuesto, se ajusta a lo dispuesto en los artículos 37, inciso b), de Convención y en los artículos 19 de la ley 26.061, 411 del código procesal y a las Reglas de Beijing. En rigor, lo que se plantea como un agravio derivado de la nueva ley de flagrancia, es una crítica que ya había sido dirigida al procedimiento común y superable –al igual que la anterior– por vía interpretativa.

IX

Otro de los cuestionamientos del Fiscal General recurrente radica en que la ley no contempla la presencia del asesor de menores en la audiencia inicial de flagrancia (art. 353 ter) en tanto dispone que “deberán asistir el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensor”. Si bien no prevé aquella presencia tampoco la prohíbe, por lo que no se contrapone con las normas procesales específicas del juicio de menores, las cuales establecen que el tribunal debe requerir dictamen del asesor previo a adoptar cualquier medida relativa a la detención o disposición del me-



nor (arts. 411 y 412). Tales cuestiones tramitan por vía paralela a la acción penal, en el expediente de disposición regulado —en el *sub judice*— en el Capítulo VI, “De la aplicación del régimen penal de la minoridad”, del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de Capital Federal (art. 125 y siguientes). No obstante, dado el carácter multipropósito de las audiencias inicial y de clausura previstas en la ley de flagrancia (art. 353 quáter), en caso de suscitarse alguna cuestión relativa al expediente de disposición, y sin perjuicio del defensor técnico, la presencia del asesor podría devenir necesaria para que dictamine en representación de los intereses del menor a fin de resguardar en forma amplia sus derechos y evitar la invalidez de lo decidido en ese aspecto (conf. Fallos: 341:424). Por lo demás, la ley 27.272 no contiene normas relativas a la audiencia de debate por lo cual no confronta con el artículo 413, inciso 3º, del código procesal, que dispone que dicho funcionario deberá asistir al debate bajo pena de nulidad y tendrá las facultades atribuidas al defensor.

Lo descripto impide sostener que esa objeción de la norma cuestionada pueda provocar menoscabo constitucional alguno hacia el menor.

X

Tampoco existe incompatibilidad entre el año de tratamiento tutelar establecido por el artículo 4º de la ley 22.278 y los acotados plazos previstos por la ley 27.272.

En efecto, esta última constituye una reforma parcial del Código Procesal Penal de la Nación, no deroga ni altera las normas de fondo del “Régimen Penal de la Minoridad” —ley 22.278— que es “la pieza jurídica fundamental nacional en la materia” (conf. Fallos: 328:4343, considerando 24) que fija las condiciones para habilitar la sanción de los menores por los delitos que hubieran cometido. Ello es así por-

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

que la facultad de legislar del Congreso sobre procedimientos judiciales no autoriza a alterar preceptos de las leyes de fondo (art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional).

Por otra parte, la ley 27.272 no contiene disposiciones sobre el debate y la sentencia por lo cual no colisiona, sino que se complementa, con el procedimiento establecido por el Capítulo II “Juicio de menores”, del Título II del Código Procesal Penal de la Nación, que regula la etapa de debate en el artículo 413.

Así, el procedimiento de flagrancia contempla plazos breves para la instrucción y para la fijación de la audiencia de debate pero no altera –ni podría hacerlo– el cumplimiento del término de un año de tratamiento tutelar que la ley exige (junto con los otros requisitos del artículo 4º de la ley 22.278) para analizar la necesidad de pena del menor declarado responsable penalmente, facultando al juez a reducirla de acuerdo a la escala de la tentativa o a absolverlo cuando resulte innecesario imponerle pena.

El procedimiento en cuestión no solo no es inconstitucional, sino que garantiza que la injerencia estatal que implica el tratamiento tutelar –que podría prolongarse hasta la mayoría de edad– esté respaldada en forma expedita por una decisión de fondo: la declaración de responsabilidad penal del menor en el hecho atribuido. En otros términos, como se sostiene en la decisión recurrida, la declaración de responsabilidad penal con la celeridad prevista en la ley de flagrancia asegurará que el tratamiento tutelar, se aplique –en su caso– a un menor respecto del cual existe la certeza de que cometió un delito.

En ese sentido, el procedimiento de flagrancia se ajusta al ya mencionado artículo 40. 2. b. iii de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Observación General n° 10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño que señala que para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible, porque cuanto más tiempo pase —como lo evocó el *a quo*— tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado. Considero que también sigue la recomendación para que el plazo desde que se comete un delito y el tribunal dicta sentencia definitiva sea más corto que el establecido para adultos, pero al mismo tiempo, que las decisiones que se adoptan sin demora deben ser el resultado de un proceso en el que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las garantías legales; al igual que su exhortación a los Estados Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o el juez de menores tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación, término que indiscutiblemente cumple el nuevo procedimiento de flagrancia implementado por la ley 27.272.

En esas condiciones el régimen cuestionado respeta los derechos y garantías fundamentales establecidos en los artículos 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 7.1 de las “Reglas de Beijing”.

XI

En definitiva, si bien la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” ha sistematizado las obligaciones asumidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, aún no se ha satisfecho la manda convencional respecto del establecimiento de leyes de fondo y forma integrales y especí-

Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

ficas para los menores de quienes se alegue, o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales (art. 40. 3. de la Convención). Esta situación, cabe recordar, ha sido expresamente valorada por V.E. al dictar sentencia el 31 de octubre de 2017 *in re* “A.C.J.” (Fallos. 340:1450) cuando afirmó que “... el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación legislativa vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la Convención sobre los Derechos del Niño” y requirió al Poder Legislativo que “en un plazo razonable adecue, en lo pertinente, la legislación penal juvenil a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (artículo 75, inc. 22 segundo párrafo) y a los términos ordenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso ‘Mendoza’” (considerando 9º y su cita de Fallos: 331:2691).

Sin perjuicio de las iniciativas que se han tomado en tal sentido, tal como el proyecto de ley que el Poder Ejecutivo Nacional ha enviado recientemente al Congreso Nacional (expediente Diputados: 0001-PE-2019, de fecha 6 de marzo de 2019), la falta –a la fecha– de una ley integral no puede fundamentar la pretendida declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.272 aplicada a los procesos seguidos contra menores, pues la legislación específica que estipula la Convención no se satisface con la inaplicabilidad de la ley de flagrancia. Si bien esa ley no contempla de modo expreso los estándares que debe observar el proceso penal juvenil, admite una interpretación y aplicación adecuada a las normas constitucionales que rigen en la materia, tal como ha sucedido con la ley 22.278, los artículos 410 a 414 del código

procesal, la “instrucción sumaria” derogada, la suspensión del juicio a prueba o el “juicio abreviado”. Cabe destacar que estos últimos institutos, medios alternativos de solución de conflictos, no fueron previstos expresamente para los menores y, sin embargo, para no privarlos de los beneficios que conllevan, previa conciliación con las normas que rigen la materia, han sido admitidos por la práctica y la jurisprudencia.

Del mismo modo entiendo que la ley 27.272 puede ser aplicada a los menores, pues por las razones expuestas en esta presentación, la celeridad que le imprime al proceso contribuye al mejor cumplimiento de lo prescripto en los aludidos instrumentos internacionales específicos, sin afectación de sus garantías fundamentales ni del interés superior del niño que los inspira.

Por último, considero que los eventuales conflictos que en la práctica podría suscitar la aplicación del procedimiento de flagrancia a los menores resultan superables a través de una interpretación armónica de las normas involucradas, como lo ha juzgado el tribunal *a quo* en el *sub judice* y, con distinta integración, en diversos precedentes (v. gr. Sala 3, CCC 5478/2017/CNC1, “G., A. N. y P., K. A. s/robo con armas”, reg. 246/2017, del 4 de abril de 2017, y CCC 72867/2016/CNC1, “C. M., L. s/robo en tentativa”, reg. 220/2017, del 28 de marzo de 2017, entre otros, los cuales han sido consultados a través del Centro de Información Judicial -C.I.J.- donde se encuentran publicados).

XII

En tales condiciones, sin dejar de reconocer el celo que exhibe su presentación, el criterio restrictivo enunciado en el apartado IV *supra* determina la improce-

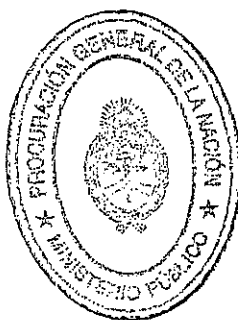
Procuración General de la Nación

CCC 2416/2017/1/CS1

dencia de la declaración de inconstitucionalidad pretendida por el magistrado recurrente.

Por ello, solicito a V.E. que tenga por desistido el recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General ante Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

Buenos Aires, - 28 de junio de 2019.



EDUARDO EZEQUIEL CASAL
Procurador General de la Nación
Interino

ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación