

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72867/2016/CNC1

Reg n° 220/2017

//n la ciudad de Buenos Aires, a los veintiocho días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, se constituye el tribunal, integrado por los jueces Mario Magariños, en ejercicio de la presidencia, Pablo Jantus y Carlos Alberto Mahiques, en presencia de la secretaria, Paola Dropulich, a fin de celebrar la audiencia prevista en el art. 454, en función del art. 465 *bis*, del Código Procesal Penal de la Nación, en la causa n° 72867/2016/CNC1, caratulada “C. M., L. s/ robo en tentativa”. La audiencia está siendo filmada, el registro audiovisual forma parte integrante de la presente actuación y queda a disposición de las partes en Secretaría. Se encuentran presentes la parte recurrente, representada por el defensor público oficial, titular de la Unidad de Actuación N° 1 ante esta Cámara, doctor Claudio Martín Armando, letrado a cargo de la asistencia técnica del señor L. C. M., y el fiscal de la Procuración General de la Nación, doctor Leonardo Filippini. Se da inicio a la audiencia y se concede la palabra al recurrente, quien procede a argumentar su posición. Seguidamente, se otorga la palabra al fiscal, quien expone los fundamentos de su postura. A continuación, el tribunal se retira a deliberar, quedando suspendido el acto y firmando los señores jueces de esta Sala III, previa lectura y ratificación, por ante mí, de lo que DOY FE.

PABLO JANTUS

CARLOSA A. MAHIQUES

MARIO MAGARIÑOS

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CAMARA

//n la ciudad de Buenos Aires, a los veintiocho días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, concluida la deliberación realizada en presencia del actuario, Martín Petrazzini (arts. 396 y 455 CPPN), se constituye nuevamente en la sala de audiencias el tribunal, integrado por los jueces Mario Magariños, en ejercicio de la presidencia, Pablo Jantus y Carlos Alberto Mahiques, y se reanuda la audiencia prevista en el art. 454, en función del art. 465 *bis*, del Código Procesal Penal de la Nación, en la causa n° 72867/2016/CNC1, caratulada “C. M., L. s/ robo en tentativa”. El acto está siendo filmado, el registro audiovisual forma parte integrante de la presente actuación y queda a disposición de las partes en Secretaría. Constatada la presencia de las partes intervinientes en el acto, el señor Presidente hace saber que esta Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría de votos, ha **RESUELTO: DECLARAR INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto, sin costas (artículos 444, segundo párrafo, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Seguidamente, el señor Presidente pasa a exponer los fundamentos de la decisión de la mayoría, integrada por su voto y el del juez Mahiques. Centralmente, señala que la razón para declarar inadmisibile el recurso interpuesto, radica en la falta de demostración, por parte del recurrente, de un perjuicio concreto y actual derivado de la aplicación de la ley cuestionada en el caso (n° 27.272), cuestión que la propia defensa ha reconocido de modo indubitable y expreso, no sólo en el recurso de casación sino, además, en esta audiencia. Corresponde destacar, aquí también, una cuestión ya considerada en el caso tratado en la audiencia celebrada con carácter previo a la presente, esto es, aquella referida a los límites que la Constitución Nacional impone a cada uno de los órganos de gobierno. Un límite propio del Poder Judicial es aquel que determina que, si bien todos los jueces se encuentran facultados para controlar la constitucionalidad de una norma, debe existir un *caso* con base en el cual llevar a cabo ese control; esta exigencia no debe confundirse de ningún modo con la posibilidad de declaración de oficio de inconstitucionalidad de la norma. Lo que se requiere de modo ineludible, prosigue, es la existencia de un caso concreto puesto a

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72867/2016/CNC1

resolución de la jurisdicción, lo cual, a su vez demanda la verificación de un perjuicio, derivado de la aplicación de la regla que se pretenda generadora de una cuestión federal. Ciertamente, en el *sub lite*, no se ha demostrado la existencia de este requisito, con lo cual falta aquí un caso que permita ingresar al análisis de constitucionalidad de la norma. No existe, explica, en nuestro sistema jurídico, la posibilidad de que los tribunales puedan controlar en abstracto la compatibilidad constitucional de las leyes, pues no es ese el sistema adoptado por nuestra Constitución Nacional. Ello no debe ser confundido, insiste una vez más, con la posibilidad de declaración de oficio de inconstitucionalidad pues, cuando frente a la aplicación de una norma al caso, el órgano jurisdiccional constata la producción de un agravio actual, derivado de la incoherencia de la regla aplicable con la Constitución Nacional, entonces, aun sin que medie pedido de parte, se encontrará habilitado el tribunal para declarar la inconstitucionalidad de la norma de que se trate, en tanto allí mediará un caso concreto a resolver. A modo de ejemplo, explica que, en los supuestos de aplicación del procedimiento previsto por el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, donde se elimina la exigencia constitucional de la celebración de un juicio previo como condición para la imposición de una condena y se establece un mecanismo que, en cada caso concreto, en el que sea utilizado, determina -según la propia regla legal- la aplicación de una pena, el juzgador se encuentra ante la efectiva producción de un perjuicio derivado de la sola aplicación de la regla legal. En el caso sometido a estudio, en cambio, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional se ha hecho cargo, en su resolución, de puntualizar que el recurrente no demostró un agravio concreto y actual derivado de la aplicación de la regla legal de que se trata (ley n° 27.272). En este sentido, se señaló en el fallo recurrido que el imputado no se encontraba detenido, ni había concurrido a la audiencia en esa condición, en tanto se habían adoptado mecanismos propios para el tratamiento de un menor de edad. A su vez, tampoco se solicitó la suspensión del juicio a prueba o el procedimiento de juicio abreviado. Por lo tanto, el fallo en análisis presenta suficientes argumentos para demostrar que el recurrente no evidenció agravio

alguno que habilite el control de constitucionalidad de la regla legal, lo que determina la inadmisibilidad del recurso articulado. A modo de *obiter dictum* agrega, en primer lugar, que la resolución recurrida tampoco puede tildarse de arbitraria o de haber efectuado una incorrecta interpretación y aplicación de las normas en consideración, ya que se ha atendido, puntualmente, a la posibilidad de llevar adelante una interpretación que, como indican las pautas básicas de la hermenéutica, atienda y concilie todas y cada una de las normas constitucionales y convencionales correspondientes, en relación con la ley de que se trata. Ello pues, como el representante del Ministerio Público Fiscal lo señaló en esta audiencia, la hermenéutica debe siempre orientarse a conciliar todas las normas que integran el ordenamiento jurídico, de modo tal que, dentro del límite de lo constitucionalmente adecuado, sean aplicadas en la resolución de cada caso de modo armónico. Se trata ésta, de una cuestión de la cual la propia resolución impugnada se ha hecho cargo de considerar expresamente y, en verdad, en el caso concreto, no se advierte la incoherencia que se pretende. Con respecto a la cuestión vinculada puntualmente con la hipotética detención de un menor, que el recurrente afirma como ineludible en virtud de lo regulado en la ley n° 27.272 (de flagrancia), expresa que coincide, en este punto, con el señor fiscal en cuanto señaló que no parece razonable entender que la regla legal en cuestión imponga, necesariamente, la detención de la persona hallada en flagrante delito, pues, al igual que en el caso de los mayores, la cuestión debe ser armonizada con las reglas procesales y constitucionales que rigen para disponer la privación de libertad dispuesta con carácter cautelar. La existencia de una causa probable, configurada por la flagrancia, no es condición suficiente para determinar la detención sin orden de un individuo, ni siquiera lo será para disponerla por orden judicial, pues para que se haga efectiva una medida cautelar privativa de la libertad se requiere, además de la verosimilitud en el derecho (causa probable), el peligro en la demora, requisitos ambos que son comunes al dictado de cualquier medida cautelar. En consecuencia, aún frente a la flagrancia no existe razón legal alguna que determine que, si no se verifica peligro en la demora, en virtud, por ejemplo, de la constatación

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72867/2016/CNC1

de identidad y residencia de la persona de la cual se trate, entre otros posibles elementos concurrentes para arribar a esa conclusión, no habrá motivos suficientes para la detención. En consecuencia, prosigue, no se encuentra aquí tampoco una cuestión de incompatibilidad del régimen establecido por la ley n° 27.272, con las restantes normas del ordenamiento que rigen la cuestión. Por otro lado, si bien puede resultar plausible que un tribunal superior fije el alcance y la interpretación de la norma recientemente sancionada, para de ese modo permitir alcanzar cierta estabilidad en su aplicación, lo cierto es que el sistema jurídico que nos rige requiere que los tribunales de justicia se pronuncien sólo frente a un caso concreto y que, a partir de allí, se fije la interpretación de las leyes, pues, como ya se explicó, no es posible realizar esa tarea en abstracto. Por otra parte, indica, en relación con otra cuestión a la que se aludió en la exposición de las partes durante la audiencia, que una vez más se hace necesario analizar los límites o atribuciones normativas de los órganos del estado. En tal sentido, resulta hoy un lugar común escuchar decir que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se otorgó al Ministerio Público Fiscal la potestad de fijar la política criminal en el país. Esto es, continúa, lisa y llanamente equivocado; en primer término, considerar que un órgano extra poder, sometido, como exclusivo mecanismo de control de su actuación, a las limitadas causales que habilitan la realización de un juicio político, sin la previsión de ningún otro tipo de contralor, como por ejemplo el sometimiento al control ciudadano ejercido a través de elecciones populares, mediante las cuales pueda el pueblo acompañar o no las decisiones de política criminal que adopte ese funcionario estatal, daría como resultado el entendimiento de que la Constitución Nacional ha creado una especie de “dios incontrolable” en la determinación de una de las más importantes políticas de estado. Debe remarcarse que, pese a la consagración constitucional de un órgano autónomo e independiente (artículo 120 de la Constitución Nacional), la política criminal se ha mantenido como atribución, para su consagración, en el ámbito del Poder Legislativo, que la define a través del dictado de las leyes correspondientes. Entonces, al Ministerio Público Fiscal se le ha asignado, dentro de límites establecidos

por el artículo 71 del Código Penal, la facultad de adoptar decisiones de gestión relativas a la implementación de la política criminal definida por los poderes políticos. Por otra parte, continúa, conviene detenerse en la cuestión, también aludida por las partes, referida al deber de actuación en unidad de criterio, impuesto a los integrantes del Ministerio Público; en punto a cuál es el alcance de ese imperativo, señala que resulta claro que este posee los límites relativos a la actuación en cada caso concreto, pues, si bien es cierto que una instrucción general emitida por la Procuración General de la Nación, no podrá ser desconocida por los agentes fiscales que de ese organismo dependen jerárquicamente, no es menos que, su cumplimiento, encuentra siempre un límite en las particularidades presentes frente a cada caso; por lo cual, la interpretación y aplicación de una norma tendrá, para los funcionarios de Ministerio Público, los límites derivados de las circunstancias del caso, con base, claro está, en una actuación objetiva y racional. La legitimidad de las reglas normativas, en la apreciación de los representantes del Ministerio Público, dependerá pues de cada caso, y así podrá suceder que una norma sea considerada inconstitucional en un supuesto determinado, o bien que, como ocurre en el proceso bajo estudio, no sea verificada la incompatibilidad de la ley con relación a cláusula constitucional o convencional alguna, y entonces, el representante del Ministerio Público se pronuncie en favor de la aplicación de la ley. Pues, también para los fiscales, el planteo de inconstitucionalidad de una norma se halla siempre limitado a un caso, y por lo tanto, no corresponde la formulación de articulaciones de inconstitucionalidad en abstracto y de manera genérica, toda vez que a esa clase de control ni siquiera se encuentra facultada para ejercerlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto cuando ese tribunal declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, también lo hace limitado a la aplicación y resolución del caso en el que se pronuncia, sin que ese tipo de pronunciamiento derogue a la regla legal, de conformidad con el diseño constitucional vigente. El esfuerzo que efectuó el *a quo* en su resolución, por demostrar que la norma legal en cuestión aquí puede aplicarse de modo compatible con la ley de menores, con la Convención

sobre los derechos del niño y con la Constitución Nacional, se presenta absolutamente razonable, atendiendo a las circunstancias del caso; se ha demostrado así que en el presente proceso las alegadas incompatibilidades no fueron verificadas y, por último, expresa que coincide también con el señor fiscal en cuanto ese funcionario manifestó en esta audiencia que la aplicación de los aspectos regulados en la ley de menores (n° 22.278), como, por ejemplo, que el menor sea sometido a un período de tratamiento tutelar antes de la imposición de pena, no es incompatible con lo regulado por la ley de flagrancia (n° 27.272). Señala por último que, con lo expuesto, ha intentado dar respuesta a las diversas cuestiones motivo de discusión entre las partes en sus alegatos, pero, advierte, que ello ha sido expuesto únicamente a modo de *obiter dictum*, en tanto la resolución del caso es la que enunció al comienzo de su exposición y se vincula con la ausencia en el recurso interpuesto de fundamentación y demostración de un perjuicio actual, derivado de la aplicación al *sub lite* de la ley n° 27.272. A continuación, el juez *Mabiques* señala que, en líneas generales, coincide con lo expresado por el señor Presidente. Refiere que, antes de ahora, en temas de esta gravedad institucional o de esta significación político criminal, en otros ámbitos, han discutido sobre las dificultades del legislador de poner el contexto en el texto. Conoce, en el caso particular del doctor Jantus, su genuina preocupación porque la praxis judicial ponga en acto lo mandado por la Convención de los Derechos del Niño. Con todo y aun participando de ese esfuerzo intelectual que él hace habitualmente en temas de menores, no deja de percibir que se trata siempre de un esfuerzo de *lege ferenda*, porque de *lege data* aparecen, ceñidas a los casos concretos, estas dificultades en el juzgamiento en situaciones donde la situación misma es, como señalaba el doctor Armando, una especie de oxímoron donde tratan de converger intereses claramente contrapuestos, quizá no integrables porque son distintos y distantes, como es la tutela, la asistencia, el privilegio de la condición particular del menor, con un cierto perfil securitarista de leyes que persiguen otros objetivos como es el caso de flagrancia. De cualquier manera, esta tarea judicial de componer, de adecuar, de facilitar y de poner en contexto el texto legal,

cree, es el desafío. Pero ceñido al caso en cuestión, considera centralmente que, conforme se ha pronunciado en el precedente **“B.”** (causa n° CCC 45116/2014/TO1/3/CNC1, caratulada “B., N. E. s/ robo con armas”, rta.: 9/11/16; reg. n° S.T. 1346/2016), entre otros, de la Sala de Turno de esta Cámara, “(e)l art. 432, párrafo segundo, CPPN declara que ‘El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere interés directo’. Esta disposición no debe ser entendida en el sentido de reconocer que tiene interés directo aquél que pretende controvertir el fundamento de una decisión que reputa jurídica o fácticamente errada. Entendidos los recursos como remedios a un perjuicio, el interés directo se corporiza en el gravamen que acarrea la decisión y no en la mera discrepancia con sus fundamentos. De allí que es requisito común de cualquier remedio o impugnación de los provistos por la ley, que la decisión que se pretende recurrir acarree un agravio actual al recurrente, y no meramente conjetural, pues sin agravio no hay recurso”. De modo tal que, ya sea por vía de doctrina judicial en numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. *Fallos*, 297-108; 299-368; 300-869,1010; 301-866,1186; 302-1013,1066; 306-1698, 1720; 307-591), o bien en citas de doctrina jurídica, como es el caso, por tomar sólo un ejemplo, de Ricardo Núñez, este interés genérico como sustento del recurso presenta una condición inevitable e insoslayable, de manera que el derecho a recurrir corresponde entonces al afectado en razón del gravamen que la resolución le ha otorgado. Sostiene que este es un elemento que está ausente en el caso en cuestión. En ese sentido, señala que el impugnante cuestiona el art. 353 *ter* del código de forma, en tanto prevé que “(e)l detenido será trasladado ante el juez...”, por entender que dicha norma afecta el derecho a gozar de la libertad ambulatoria, lo que cobra relevancia cuando se trata de un imputado que es menor de edad. Sin embargo, en coincidencia con el ministerio público y con el tribunal *a quo*, el juez de menores ordenó el traslado de C. M. al Instituto I. y su entrega a un familiar o mayor responsable el mismo día en que fue detenido, lo que se hizo efectivo el día siguiente. Por ello, en tal sentido, el recurso interpuesto por la defensa oficial no evidencia un perjuicio

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72867/2016/CNC1

concreto y actual. En la dirección antes señalada, argumenta el señor defensor que los “reducidos” plazos establecidos para la tramitación de este proceso por la ley n° 27.272 resultan inconciliables con el plazo de un año –como mínimo–, de tratamiento tutelar que exige el art. 4 de la ley n° 22.278, como *conditio sine qua non* para decidir la imposición de una pena. A este respecto, cabe destacar que, no sólo aún no ha recaído sentencia condenatoria con relación al hecho imputado –y, por lo tanto, no se ha impuesto una pena a C. M. –, sino que tampoco explicó la defensa por qué no sería posible arribar a un pronunciamiento relativo a la responsabilidad del menor en el suceso investigado y, luego de haberlo sometido a un tratamiento tutelar, conforme lo exigido por la normativa específica del fuero de menores, evaluar si corresponde o no imponer pena. Por lo cual, en este sentido, no ha fundado el recurrente debidamente una contradicción normativa. Por lo demás, la defensa no demuestra qué derechos no habría podido ejercer o se habrían visto vulnerados al aplicar, en este caso en concreto, el régimen normativo previsto para los supuestos de flagrancia. Por otra parte, considera que la caducidad del plazo para solicitar la suspensión del juicio a prueba o la realización de un juicio abreviado no permite contar con el tiempo suficiente para recabar los datos personales necesarios para decidir sobre la posibilidad de recurrir a estas medidas alternativas. A este respecto, además de no demostrar aquí tampoco un conflicto normativo de orden constitucional, se evidencia estos mismos agravios resultan, a la postre, meramente conjeturales, porque no ha solicitado la aplicación de los referidos institutos, tampoco ha sido rechazada su solicitud en función de la caducidad del plazo ni ha logrado demostrarse por qué durante el tiempo previsto no podría lograrse recabar la información necesaria sobre las condiciones personales del menor. Finalmente, el impugnante también alegó que el juzgamiento por parte de un único magistrado –en los casos en que el máximo de la escala penal prevista para el delito imputado no supera los quince años de prisión– configura una merma en los derechos de su defendido que “antes tenía la garantía de ser juzgado por un tribunal colegiado, lo cual le aseguraba una decisión judicial con gran amplitud de debate” y que la ley n° 27.272 no prevé la facultad de

los juzgadores de absolver o de reducir la respuesta punitiva en la forma prevista para la tentativa. Sin embargo, cabe reiterar, estos agravios carecen de actualidad y resultan, nuevamente, meramente conjeturales, toda vez que, en virtud del estado procesal actual de la causa, aún no se han verificado tales circunstancias, a lo que se suma, una vez más, la falta de una debida fundamentación suficiente y adecuada acerca del arraigo constitucional de los derechos que reclama y de la imposibilidad de resolver los conflictos que se alegan por vía interpretativa y adecuada armonización de las leyes en juego. En definitiva, por un lado, no se ha demostrado que se le hubiese denegado algún derecho de rango constitucional basado en la aplicación del régimen previsto por la ley n° 27.272 al imputado C. M., de modo que sólo persigue una declaración de inconstitucional en abstracto y, por el otro, tampoco ha planteado adecuadamente un conflicto normativo de orden constitucional. Por ello, corresponde declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad de planteado fs. 76/84 (arts. 438 y 444 del Código Procesal Penal de la Nación). Por último, el juez *Jantus* considera que, sea por las razones que expuso el Dr. Armando o por la increíble frase del fallo cuestionado, en donde se dice que la ley n° 22.278 no ha sido objeto de cuestionamientos constitucionales o convencionales, el recurso debe ser admitido. Sin embargo, en razón de que sus colegas han decidido declararlo inadmisibile, sólo dirá que a su juicio el recurso debe ser tratado. El señor Presidente hace saber que **se tiene a las partes por notificadas en este acto de lo resuelto** (art. 400 CPPN). No siendo para más, se da por concluida la audiencia y firman los jueces, previa lectura y ratificación, ante mí, DOY FE.

MARIO MAGARIÑOS

CARLOS A. MAHIQUES

PABLO JANTUS
-en disidencia-

MARTIN PETRAZZINI
PROSECRETARIO DE CÁMARA