

Reg n° 425/2017

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 1 días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Luis García, Gustavo Bruzzone y Luis F. Niño, quien interviene en reemplazo de la jueza María Laura Garrigós de Rébori por encontrarse en uso de licencia, asistidos por el secretario actuante, Santiago A. López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 10/27 por la defensa de C. N. V., en la presente causa n° CCC 6369/2017/1/CNC1, caratulada “**V., C. N. s/legajo de casación**”, de la que **RESULTA:**

1. En este caso, al que se le ha dado el trámite de la ley 27272, en ocasión de la celebración de la audiencia inicial del art. 353 CPPN, realizada el 3 de febrero pasado ante el juez a cargo del Juzgado de Menores n° 6, la Defensa Pública del imputado, promovió la inaplicabilidad de la ley 27272 y, subsidiariamente, impugnó su constitucionalidad, requiriendo, en consecuencia, la continuación del trámite por la ley anterior a la reforma introducida por aquélla. Allí alegó que la complejidad del asunto se asocia con cualquier caso en el que se involucren niños en conflicto con la ley penal y no sólo en lo que al caso particular respecta, toda vez que en esos procesos existe la necesidad de llevar a cabo pormenorizados y profundos estudios interdisciplinarios en procura de un abordaje integral de la situación particular de cada joven.

En esa audiencia inicial de flagrancia el juez rechazó ambas pretensiones y decidió que “1) respecto a los planteos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la ley 27.272 y la complejidad del caso en trato, planteados por la Defensa Oficial: debe continuarse el trámite de flagrancia en el presente caso en tanto no reviste complejidad y rechaza tanto el planteo de inaplicabilidad como de inconstitucionalidad, por los fundamentos expuestos oralmente”.

Contra esa decisión interpuso la defensa recurso de apelación, que fue concedido en la misma audiencia. La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Capital Federal, con fecha 23 de febrero de 2017, resolvió –por mayoría– “**CONFIRMAR** lo resuelto en el acta de fs. 48/49vta., en todo cuanto fuera materia de recurso”.

2. Contra esta última resolución el Defensor Público del imputado, Pablo E. Domínguez, interpuso recurso de casación (fs. 10/27), que fue concedido (fs. 29).

En su presentación, encauzó sus agravios por vía del inc. 2° del art. 456 del CPPN, solicitando se declare la nulidad de la resolución recurrida sobre la base de una interpretación errada de la normativa vigente (ley 27272), la que, a su entender, no contempla la complejidad de los casos en los que se encuentre un menor en conflicto con la ley penal.

Argumentó que en el caso de los niños, lejos de presentarse la lógica castigo/represión propia del sistema penal exclusivo de los mayores de edad, gira un sistema cuya lógica es restitutiva/rehabilitante cuyo objeto y fin es garantizar la reintegración del menor en la sociedad, su bienestar futuro y el respeto por el “interés superior del niño”. Afirma que la aplicación del procedimiento de flagrancia es –y será– regresivo y complejo cuando se trata de implementarlo en un fuero especial como lo es el de la Justicia Penal Juvenil; es decir, la complejidad del caso se corresponde desde un aspecto ontológico, del ser, del ente “menor de edad” y no desde el plano casuístico.

Remató, aduciendo que la aludida complejidad, además de lo expuesto, se profundiza al considerar los acotados plazos que el flamante régimen impone.

Criticó la defensa que el argumento de la mayoría en punto a la falta de incidencia del legajo tutelar en el trámite sumario, pues se advierte que el cúmulo de pasos que deben cumplirse entre la audiencia inicial y la de clausura –por ejemplo, aquel del plazo de un año, como mínimo, de tratamiento tutelar para la imposición o no de una sanción penal– muchas veces se encuentra dificultado por la falta de vínculo entre el niño y su núcleo familiar, o más aún, por su evolución a lo largo de ese plazo, lo que califica como sumamente importante para analizar sus aspectos personales desde que se vio involucrado en el sistema penal. Este último aspecto, señaló el recurrente, fue señalado por el juez al remarcar que “...no se había podido conseguir la ubicación de ningún familiar del menor”.

En suma, enfatizó la defensa, que la gravitación del legajo tutelar en el régimen penal juvenil es sumamente preponderante para la decisión final que deberá tomarse respecto del menor involucrado en un hecho delictivo.

Por lo demás, hizo suyas las reflexiones de la jueza que votó en disidencia, que había concluido que el nuevo régimen procesal no concilia con los principios de excepción en el juzgamiento de jóvenes infractores a la ley penal.

Subsidiariamente, el recurrente presentó los fundamentos constitucionales de la impugnación de la aplicación de la ley 27272 en los casos en que se acusa a menores de edad.

En esa línea argumentó que, a su criterio, es notoria la gravedad institucional que importa la aplicación de esa legislación, por ser contraria a la Convención de los Derechos del Niño (CDN) –de jerarquía constitucional–.

Remarcó, que el juez que lideró con su voto la mayoría yerra al considerar que esa Convención sea entendida como “una ley de índole constitucional que la ley debe reglamentar”, cuando esa apreciación resulta contraria con las obligaciones asumidas por la República Argentina en el plano internacional (con cita del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y la ubica en un plano inferior a la constitución, pues al indicar que debe existir una ley que la reglamente, únicamente permite concluir que aquel instrumento resulta programático y no operativo, a pesar que la mentada operatividad es la regla en materia de DIDH, por aplicación del principio de efectividad.

Calificó de arbitraria la selección de las citas legales que dieron respaldo a la construcción que concilia la interpretación del art. 353 *ter* (ley 27272) con el art. 441, CPPN, y acusó omisión de dar relevancia a Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño que –según pretende- revisten obligatoriedad.

En esa misma línea, hizo hincapié en que la ley 27272 se da de bruces con la CDN y con la interpretación que de ella debe hacerse porque el art. 353 *ter* CPPN es claro al hacer referencia a que la “persona detenida” debe ser trasladada al juzgado, sin hacer distinción si se trata de un adulto o un niño, lo que importa dejar al arbitrio de los operadores del sistema el cumplimiento de los mandatos de la Convención.

Continuó diciendo que no puede argüirse que el art. 411 CPPN debe aplicarse *mutatis mutandis* por el art. 353 *ter* CPPN, pues tanto uno como otro si bien focalizan en la detención del menor, en el primero tal circunstancia

se regula como una excepción mientras que, en el segundo, la prisión es la regla, sin conexión con pautas objetivas que den cuenta que el niño no se presentará ante el juez, y sin consideración a la proporcionalidad entre delito y detención, las condiciones personales o a otros factores que aseguren su presencia ante los jueces.

Añadió, por otra parte, que se restringen los derechos del menor imputado desde el momento en que en todos los casos sometidos a este procedimiento, cuya pena máxima prevista no sea menor a quince años, el juzgamiento lo realizará un único magistrado, a diferencia de la anterior redacción que preveía el enjuiciamiento por un órgano colegiado y un debate previo.

También, objetó la defensa que la caducidad de los plazos para solicitar la suspensión del juicio a prueba o la realización de un juicio abreviado constituye otra regresión en materia legislativa, pues la nueva regulación no distingue la capacidad de comprensión propia de un ser en desarrollo con respecto a la de un adulto.

Argumentó que la hermenéutica que rige en materia de derechos humanos siempre apunta, de manera clara y pacífica, a avanzar progresivamente en pos de asegurar que la persona humana sea protegida con más y mejores derechos y garantías que aquellos con los que ya contaba. Sostuvo a partir de ello que los instrumentos internacionales que rigen la materia representan el piso mínimo de obligaciones asumidas por el Estado mientras que, toda nueva disposición que se adopte en el plano doméstico debe observar –cuanto menos– sus disposiciones y, en lo posible, optimizarlos. En línea con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos humanos, y con la jurisprudencia de la Corte IDH, evocó que los menores de edad merecen un trato especial, que no les asegura la ley 27272.

Después de señalar que el art. 40 CDN que establece que el procedimiento penal respecto de menores a los que se acusa de haber cometido una infracción penal debe ser específico, concluyó que la aplicación del nuevo régimen es una regresión de los derechos y garantías de los que los niños ya gozaban como grupo vulnerable. Muestra de tal involución, alegó el defensor, son las reformas efectuadas en diferentes jurisdicciones con respecto

al régimen de flagrancia, en las que se sí se han realizado distingos respecto de la situación de los menores respecto de los adultos.

En subsidio, la defensa entendió que de todas maneras debe aplicarse el procedimiento ordinario, por cuanto al tener que efectuarse obligatoriamente estudios interdisciplinarios pormenorizados al menor imputado y a su grupo familiar, el proceso se torna de suma complejidad al insumir un tiempo mayor que el del brevísimo plazo previsto para llevar adelante este nuevo procedimiento.

En definitiva, el recurrente pidió que se case la resolución impugnada, que se declare inaplicable al enjuiciamiento de menores de edad el procedimiento de la ley 27272, y en subsidio se la declare inconstitucional, por encontrarse comprometidos el debido proceso legal, la defensa en juicio, el derecho a gozar de la libertad ambulatoria, la división de poderes, los principios de “especialidad”, “progresividad” y “no regresividad”, de “mínima intervención penal” y “*pro homine*” y, también subsidiariamente, se disponga la aplicación en la del trámite ordinario por las razones adicionales que expuso.

3. Con fecha 24 de abril del año en curso se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara que, en los términos de la regla práctica 18.2, dio a este recurso el trámite del art. 465 bis del CPPN.

4. El 5 de mayo pasado, se celebró la audiencia prevista por el art. 454 CPPN, a la que compareció la Defensora Pública que actúa ante esta Cámara, María Florencia Hegglin, oportunidad en la que sostuvo los fundamentos del recurso, y se dedicó especialmente a ampliar los fundamentos por los que a su juicio debía declararse inaplicable a este caso el procedimiento de la ley 27272.

Una vez que el Tribunal deliberó, llegó a un acuerdo del modo que a continuación se expone.

El juez **Luis Fernando Niño** dijo:

I. Un ilustre jurista, el profesor emérito de la Universidad de São Paulo, Doctor en Derecho por la Universidad de París y Doctor *honoris causa* por la Universidad de Coimbra, Fábio Konder Comparato, es autor de una

notable labor monográfica titulada “El papel del Juez en la efectividad de los Derechos Humanos”¹.

El renombrado profesor se vale de dos tesis sujetas a demostración, a saber: 1) el sistema de Derechos Humanos está situado en el ápice del ordenamiento jurídico y constituye el puente de integración del derecho interno con el Derecho Internacional; 2) para la correcta aplicación del sistema de Derechos Humanos al caso bajo juzgamiento, el juez debe tomar en consideración la diferente naturaleza de las normas que lo componen.

Desarrollando la primera de tales tesis, el autor recuerda que el primer postulado de la ciencia jurídica es el que identifica la finalidad, función o razón de ser del Derecho con la protección de la dignidad humana, aludiendo al postulado consagrado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual una sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni la separación de los poderes no tiene Constitución; apresurándose a señalar, tal como hubo de precisarlo la ciencia jurídica contemporánea, que la separación de los poderes no es más que una garantía institucional de los Derechos Humanos, es decir, una forma de organización interna del Estado destinada a impedir el abuso de poder. Postula, pues, recordar esa idea matriz del Estado Constitucional de Derecho que se erige, a su vez, como principal elemento de integración del derecho interno con el internacional, conformando así el núcleo pre-constitutivo de lo que denomina la sociedad universal del género humano.

Lo que interesa destacar aquí, descrito el marco jurídico general en el que encuadra tal aportación, es el modo de resolver los conflictos entre normas constitucionales y normas legales, por cuanto se establece una distinción fundamental entre el conflicto normativo real y el de simple apariencia.

En el primer caso, ocurre una contradicción insuperable entre una norma constitucional de Derechos Humanos y una norma legal, en el plano del propio enunciado normativo. La solución para ese conflicto, enseña

¹ KONDER COMPARATO, Fábio: “O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”, en “Direitos humanos: visões contemporâneas”, Revista de Comemoração dos 10 anos da Associação dos Juizes para a Democracia, p. 17 y ss., São Paulo, 2001.

Konder Comparato, es, obviamente, el reconocimiento de que la norma legal no tiene validez, puesto que infringe la Constitución.

En el segundo caso, no existe esa contradicción entre los dos contenidos normativos, pero la aplicación de la ley, en la hipótesis del caso concreto, conduce a una violación incontestable de la norma constitucional.

Reconocido como está -tanto en nuestro orden jurídico como en el brasileño- el sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de los actos jurídicos, a despecho de los embates de quienes intentan descalificarlo, resultaría ilógico que el juez pudiese declarar la invalidez de una ley pero careciera de competencia para abstenerse de aplicarla al caso bajo juzgamiento: quien puede lo más, puede lo menos.

La otra posibilidad de conflicto normativo destacada por el autor es la que enfrenta una norma de derecho internacional con cualquiera de derecho interno. Y -dicho sea incidentalmente- reviste singular interés su modo de solucionar el tópico, por cuanto, partiendo de la base de que nos encontramos frente a un sistema que integra, en un mismo ordenamiento, ambos complejos normativos, desiste de formular juicios sobre la pretendida superioridad de la Constitución sobre los Tratados internacionales o viceversa, remontándose al principio jurídico que legitima al sistema como un todo, el de la dignidad trascendente de la persona humana.

En la segunda tesis que presenta, el jurista alerta que, para una correcta aplicación del sistema de Derechos Humanos al caso bajo análisis, el juez debe tomar en cuenta la diferente naturaleza de las normas que lo componen, distinguiendo entre principios y reglas. Explica el sentido de esa distinción categorial descomponiendo a la norma jurídica en sus dos elementos constitutivos: el contenido y el campo de aplicación. El contenido corresponde al enunciado normativo, vale decir, a la proposición del deber-ser; el campo de aplicación está constituido por las situaciones de la vida social a las que la proposición normativa se refiere. Mientras que, en las reglas jurídicas, el campo de aplicación se halla siempre delimitado, en los principios no se define con precisión, representando el prototipo de normas abiertas, aplicables a situaciones sociales que no pueden ser precisadas de antemano.

La mayor abstracción del contenido normativo de los principios, empero, no implica que dejen de ser normas jurídicas. No son simples

recomendaciones programáticas ni exhortaciones políticas. Lejos de ello, se trata de normas jurídicas de eficacia plena e inmediata, que no requieren la intermediación de normas que las concreten; y al juez corresponde su aplicación directa al caso sometido a su conocimiento y decisión; más aún: el juez está autorizado a denegar vigencia a las reglas generales que contrariaren el sentido de un principio.

A fin de completar esta visión introductoria al caso que hoy nos ocupa, valga añadir que, cuando son dos o más los principios que se enfrentan con relación a un caso, no hay revocación de uno de ellos por el otro, sino preferencia -en el caso concreto- fundada en el valor supremo de la dignidad humana. Cuando, en cambio, el conflicto se produce entre principios y reglas, la cuestión es análoga a la del conflicto entre normas constitucionales y legales. Si la colisión es real e irremediable, la regla pierde validez; si el conflicto es meramente aparente y la regla, considerada en abstracto, no es contraria al principio, cabrá dejarla de lado frente a un caso concreto si importare una violación incuestionable del principio.

II. En el caso de la República Argentina, el peso argumental de las dos tesis desarrolladas en el párrafo precedente se acrecienta y esclarece a partir de dos pautas normativas: a) la recepción, en virtud de la sanción de la ley 19865 (B. O. 11/1/1973) de la Convención de Viena sobre la validez de los Tratados, cuyos artículos 26 y 27 imponen, respectivamente, el respeto por el principio *pacta sunt servanda* “(t)odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”), y la imposibilidad de invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, en tanto que el artículo 31 establece la regla general de interpretación en la materia; b) la consagración, a través de la reforma constitucional de 1994, en el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22, de la jerarquía constitucional de diez instrumentos componentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre los que interesa destacar aquí la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. Nuestro país es añejo deudor, frente a la comunidad internacional, de una legislación acorde con la Convención citada precedentemente. La ley 22278, reformada por ley 22803, plasmada conforme al paradigma del niño como objeto de control, propio de la arcaica falacia del

patronato estatal, obliga a una tortuosa hermenéutica de su texto por parte de los jueces del fuero correspondiente. Lo propio sucede con las reglas procesales aún vigentes del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23984) previstas en los artículos 410 a 414.

Tal es la inadecuación de esa legislación local frente a las exigencias convencionales, principalmente las contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención, que apenas superan el más somero escrutinio algunas disposiciones aisladas de ese maltrecho conjunto normativo, tales como la que previene acerca de la excepcionalidad de la detención de un menor de edad (CPPN, art. 411, 1er. párrafo), que guarda armonía con la relevante regla del artículo 315 del mismo ordenamiento, sobre la que volveré más adelante, o la que impone la cesura del juicio en el artículo 4º de la mencionada ley 22278.

Lejos de configurar el personal criterio de este operador del servicio de administración de justicia, lo afirmado fue paladinamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo “Maldonado” (M. 1022. XXXIX. Recurso de Hecho. Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado; causa N° 1174, rta. el 11/3/05), en el que el máximo Tribunal señaló que la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad, constituyen el plexo normativo sobre el cual debe pivotar la interpretación de la ley n° 22.278 y del sistema penal juvenil.

De igual manera, en otro trascendental decisorio (G. 147. XLIV. Recurso de Hecho. “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”, rta. el 2/12/08), el mismo órgano colegiado, tras reconocer que los *“derechos especiales de los niños por su condición no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema”*, admitió que *“el régimen de la ley 22278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de las “situación irregular” y son mencionados por el Comité en sus recomendaciones (párrafo 63.a.)”* (considerando 5º), por lo que resolvió *“requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia”* a tales estándares mínimos

“que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional” (considerando 13°).

Corresponde agregar que, para decidir la cuestión en esos términos, la Corte Suprema tomó en debida cuenta lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño en Octubre de 2002, vale decir, la preocupación de dicho órgano internacional por la subsistencia de legislación basada en la superada doctrina antes mencionada, *“abarcando en tales términos no solamente la ya derogada ley 10903 (párrafo 13) sino también a la ley 22278 (párrafos 40 y 62”*), como aparece en el referido considerando 5°.

Pero, naturalmente, los años transcurrieron desde entonces, y en la Observación General n° 10 del 25 de Abril de 2007, el Comité continuó clamando por decisiones a adoptar en el contexto de la administración de justicia que prestaran consideración primordial al interés superior del niño: *“10...Los niños se diferencian de los adultos, tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de la justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia reformativa cuando se trate de menores delincuentes...”*.

Más de tres años más tarde, el 21 de Junio de 2010, en el documento titulado *“Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Argentina”*, *“(e)l Comité insta enfáticamente al Estado parte a reformar el sistema de justicia juvenil para adaptarlo a la Convención, pero le recomienda que prosiga e intensifique sus esfuerzos para que el principio general del interés superior del niño se incorpore debidamente en todas las disposiciones legales, así como en las decisiones judiciales y administrativas y en todos los programas, servicios y políticas que afecten a los niños”* (observación n° 35; sin destacado en el original).

Y en la observación n° 80, lisa y llanamente *“insta al Estado parte a velar por que las normas de justicia juvenil se apliquen plenamente, en particular los artículos 37 b), 39 y 40 de la Convención, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices*

*de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). En particular, el Comité recomienda al Estado parte que, teniendo en cuenta la Observación general N° 10 (2007) del Comité, relativa a los derechos del niño en la justicia de menores: a) **Derogue la Ley N° 22278, relativa al régimen penal de la minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil...***” (sin destacado en el original).

Podría continuarse la retahíla de observaciones, recomendaciones y enfáticas instancias, que comprometen seriamente a nuestra República frente a la comunidad internacional, ante el flagrante incumplimiento de las obligaciones asumidas. Valga apenas resaltar que en la Observación General n° 14, del 29 de Mayo de 2013, se insiste, en los mismos términos que los empleados en la recordada Observación General n° 10, acerca de las múltiples diferencias que justifican la existencia de un sistema separado de la justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños, ejemplificando – una vez más- con la sustitución de los tradicionales objetivos represivos de la justicia penal por los de rehabilitación y justicia restitutiva, cuando de menores se tratare (parágrafo 28), y subrayando el concreto deber de los órganos legislativos de hacer figurar, en forma explícita, en toda la legislación pertinente el derecho del niño a que se evalúe su interés superior (parágrafo 31).

IV. Es de toda obviedad que la ley 27272 (B. O. 1°/12/2016) está en las antípodas de configurar la respuesta esperable a las demandas del órgano supervisor del cumplimiento de las obligaciones solemnemente asumidas por nuestro país en materia de niños en conflicto con la ley penal. En rigor, dicha ley no atiende en lo más mínimo a la situación de esos niños, ni fue creada para ello, ni en sus antecedentes parlamentarios se le reconoce atinencia alguna al universo representado por aquellos: en todo el recorrido de su tratamiento en el Congreso Nacional sólo dos opiniones aisladas, ambas de tono crítico, debidas a una senadora y a una diputada, se limitan a vaticinar que la ley en tratamiento sólo serviría para captar a jóvenes vulnerables o a menores de catorce a dieciséis años, respectivamente. Pero ningún precepto de su articulado permite inferir que el legislador haya decidido hacer tabla rasa

con el sonoro requerimiento formulado por la Corte Suprema en el caso “García Méndez” y las enfáticas y reiteradas insistencias del órgano internacional que supervisa el cumplimiento de la Convención correspondiente, y abarcar a los niños en ese nuevo instrumento normativo.

Basta con recurrir al mensaje n° 556 del Poder Ejecutivo Nacional, del 4 de Abril de 2016, para confirmar que la iniciativa presidencial, devenida en ley, se fundó en lo que describe como el “alto índice de criminalidad y reincidencia” y en el marco de “la demanda social de mayor protección a los ciudadanos”, procurando “resolver de manera rápida los casos de autor conocido y prueba sencilla”.

Claras razones abonan lo que aquí se sostiene. Sin ir más lejos, en la descripción del trámite que prevé para los casos de flagrancia aparece desde un inicio la insalvable contradicción de su texto, referido a la aprehensión de un sujeto, su consiguiente traslado en condición de detenido ante un juez y las alternativas de prisión preventiva o excarcelación, no sólo con el mencionado artículo 315 del ordenamiento ritual vigente que, además de disponer que las disposiciones sobre prisión preventiva no rigen con respecto a los menores de edad, ordena la aplicación de *“las correspondientes normas de su legislación específica”*; sino con todo un elenco de disposiciones de la Convención y de los restantes instrumentos internacionales alusivos al tema, tales como la prevención de que la detención, encarcelamiento o prisión de un niño *“se utilizará tan sólo como medida de último recurso”* (CIDN, art. 37, inc. b), la específica preferencia por la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales (*idem*, art. 40, inc. 3, literal b), el conjunto de modalidades de procedimiento alternativas a la privación de libertad (*ibídem*, art. 40, inc. 4), la remisión, vale decir, la posibilidad *“de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes...para que los juzguen oficialmente, lo cual “entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad”*, auspiciada en el principio general n° 11 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y su Comentario, la clara limitación de cualquier restricción a la libertad personal del menor, sólo para el caso de que sea *“condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada”*,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6369/2017/1/CNCI

incluida como principio rector n° 17.1.3.c. en tales Reglas, la “*(p)luralidad de medidas resolutorias*”, dispuestas “*(p)ara mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios*”, previstas en el principio rector n° 18 del mismo instrumento, la confirmación del encierro “*como último recurso y por el más breve plazo posible*”, según reza su principio rector n°19, y el apartado III de las Reglas de La Habana, de análoga redacción.

Evoqué, en párrafos precedentes, la puntual caracterización de los derechos especiales de los niños por su mera condición de tales, como postulado doctrinal, imperativo constitucional y pauta determinante en la reconstrucción del sistema de justicia, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pues bien; puede comprenderse, aunque tal decisión no quede a salvo de reparos, que -a pesar de advertir expresamente el desajuste y la “fuerte tensión” entre el régimen de la ley 22278 y la Convención Internacional, las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad- el máximo Tribunal se haya abstenido de dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de aquella norma de derecho interno, para evitar sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado y, específicamente, del Congreso, al que, puntualmente, se esmeró en recordar la atribución, adicionada por el convencional constituyente de 1994, de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular respecto de los **niños** (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), tal como reza el considerando 6° de tal trascendente decisorio.

Lo que resulta francamente incongruente es que jueces y tribunales de instancias inferiores respecto de ese Alto Tribunal se empeñen, precisamente, en **legislar**. Y entiendo que no es otra cosa lo que hacen con el denodado esfuerzo por compatibilizar inopinadamente la desacreditada ley 22278 y los seis artículos convenientemente citados del código de rito en materia penal (ley 23984), de contrahecha pero subsistente vigencia, con otra ley -la 27272- que regula un trámite orientado a dotar de celeridad y eficacia a los procesos originados en una situación de flagrancia, sin ninguna especificidad ni -mucho menos- pauta alguna que permita referir su articulado

al niño en conflicto con la ley penal, ideando forzados e indebidos acomodamientos de los distintos textos en juego.

No hay antinomia pasible de resolver en el plano estrictamente legal. En rigor, ni siquiera corresponde hablar de antinomia, puesto que cuadra predicar tal situación cuando dos normas que pertenecen a un mismo sistema jurídico concurren en un mismo ámbito temporal, espacial, personal y material de validez, atribuyendo consecuencias incompatibles entre sí a un cierto supuesto fáctico, lo que impide su aplicación simultánea. Aquí no hay tal ámbito personal común, por cuanto las dos leyes preexistentes aplican a una categoría específica de personas y la tercera al universo restante.

De ello se sigue que resulta ocioso predicar aquí acerca de la virtual inconstitucionalidad de la ley 27272, porque lo que ocurre, sencillamente, es que la citada ley es **inaplicable** a los niños en conflicto con la ley penal, regidos, aunque imperfectamente y –por ende- con el correctivo omnipresente impuesto por la Convención de los Derechos del Niño y sus documentos derivados, por las dos restantes. Y C. N. V. era -y continúa siendo hasta la fecha- un niño, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante ley 23849 del 20 de Noviembre de 1989, por lo que todo su tratamiento judicial en base a la ley 27272 carece por completo de validez.

Regresando a las tesis de Konder Comparato, no existe contradicción entre los dos contenidos normativos, pero la aplicación de la ley, en la hipótesis del caso concreto, conduce a una violación incontestable de la norma convencional de jerarquía constitucional, que consagra al interés superior del niño como principio, como norma y como regla de interpretación, y a los cuatro instrumentos principales, convenientemente apuntados por nuestra Corte Suprema como parámetros supralegales de obligatorio acatamiento, en consonancia con la regla de interpretación de los Tratados de la Convención de Viena (art. 31), pródigos todos ellos en disposiciones que separan tajantemente el tratamiento de los menores de edad de aquel dispensado a los adultos, que relegan la privación de libertad de los niños a la condición de último recurso y que señalan qué medidas corresponde adoptar a su respecto.

La ley 22278, reformada por ley 22803, y los artículos 315 y 410 a 414 del Código Procesal Penal de la Nación **deben ser interpretados a tenor de esos cuatro documentos internacionales, empezando por la Convención, y concordados con la ley 26061 (B. O. 26/10/2005)**, hasta tanto el Congreso de la Nación despierte de su incomprensible letargo selectivo con relación a este acuciante tópico, que roza la inconstitucionalidad por omisión, en tanto y en cuanto obstruye el desarrollo de -o impide dotar de operatividad a- una convención con jerarquía de aquel orden.

El activismo judicial debe encauzarse correctamente en esa constante tarea de interpretación de los textos legales específicos, como lo ha venido haciendo desde tiempo atrás. No se trata de conceptos vacuos, y daré ejemplos. Un voto del doctor Gustavo Bruzzone, cuando se desempeñaba como vocal de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Causa n° 22.909, “F., E. y otro”, resuelta el 17/3/2004), introdujo una variación esencial en el tratamiento de los menores de edad bajo proceso. Hasta ese hito jurisprudencial, la disposición tutelar del niño o niña era automática; y a partir de entonces se entendió que hay que fundar, debida y prudentemente, aplicando los principios de la Convención Internacional, las medidas tutelares que se dicten con relación a esas personas. Análogamente, la suspensión del proceso a prueba cobró características propias en las sedes de la justicia de menores, configurando la única herramienta cercana al pródigo arsenal de dispositivos alternativos a la institucionalización de los niños que clausuran el texto del artículo 40 de la referida Convención (v. Causa 3690, “P. N., X. A.”, del Tribunal Oral de Menores n° 1, rta. el 22/9/2005, voto del Dr. Pablo Jantus, quien lideró el acuerdo que resolvió el punto).

Traer al ruedo una ley general que no responde a las reiteradas instancias del organismo de control de aquella Convención ni se adecua a los contundentes pronunciamientos de la Corte Suprema en este específico rubro no es –apenas– insólito: es apartarse del principio de legalidad y de su mandato de obrar conforme a *lex praevia, scripta, stricta et certa*.

V. Tal como quedó expuesto, la aparente contradicción entre dos reglas no es tal, pues legislan para sujetos con diferentes *status* jurídicos; pero interesa dejar de relieve que, si por mera hipótesis, no hubiera sido factible resolver la cuestión en el plano de las reglas, la cuestión quedaría igualmente

zanjada en el nivel de los principios jurídicos en juego, desechando definitivamente el engendro normativo que algunos jueces y magistrados se han propuesto construir *contra legem*.

He señalado, al glosar la segunda de las tesis relativas al papel del juez en la efectividad de los Derechos Humanos, que, lejos de quedar relegados al carácter de meras pautas programáticas o proclamas éticas o políticas, los principios son normas jurídicas de tan peculiar peso que pueden desalojar de su virtual operatividad, llegado el caso, a una regla general.

El valor de la dignidad humana alcanza su expresión más cabal en el axioma del interés superior del niño. A él cuadrará otorgar preferencia en la confrontación con cualquier principio de cuantos pueda albergar la pirámide jurídica que nos rige; y si la colisión –real o aparente- fuera entre dicho principio y una regla, en cualquier caso, aquel prevalecerá.

De las once acepciones del vocablo “principio” que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero rescatan, en una esclarecida labor dedicada al tópico², citando a Ronald Dworkin y a su célebre obra³, pero basándose para su propio desarrollo en Alchourrón y Bulygin⁴, el principio del **interés superior del niño** cobra el sentido de “*norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico*”⁵.

Asimismo, se trata de un principio “*en el contexto del sistema secundario o sistema del juez (y, en general, de los órganos jurídicos), en cuanto dirigido a guiar el ejercicio de poderes normativos (la creación o aplicación de normas) de los órganos de producción jurídica*”, por oposición a los que operan en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito⁶.

Y en tercer lugar, se trata de un principio *explícito*, formulado expresamente en el ordenamiento jurídico, más precisamente en su cúspide, representada por la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad, sin dependencia de otros enunciados presentes en el ordenamiento jurídico⁷.

² ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan: “Sobre Principios y Reglas”, en “Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991), pp. 101-120.

³ DWORKIN, Ronald: “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1984.

⁴ ALCHOURRÓN, Carlos E. – BULYGIN, Eugenio: “Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y Sociales, Astrea, Bs.As, 1974.

⁵ ATIENZA, M - RUIZ MANERO, J.; op. cit., p. 104.

⁶ ATIENZA, M - RUIZ MANERO, J.; op. cit., p. 106.

⁷ ATIENZA, M - RUIZ MANERO, J.; op. et loc. cit.

El principio contenido en el artículo 3 de la Convención, convenientemente elucidado y comentado en las Observaciones 10 y 14 del Comité de los Derechos del Niño, obliga a jueces y legisladores, no programáticamente, sino como derecho de suprema jerarquía y de directa aplicación. En tal sentido, es inusitado que se alcance a apostrofar que la Convención debe funcionar como una norma de índole constitucional “*que la ley debe reglamentar*”. Y es sensato que se recuerden los conceptos vertidos por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Ekmedjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y ot.” del 7/7/92, vale decir, dos años antes de la reforma constitucional más reciente, y a continuación se relea la frase “en las condiciones de su vigencia” inserta en el texto del artículo 75, inciso 22, de nuestra Ley Fundamental.

VI. Lo expuesto hasta aquí no implica quitar valor a todas las impugnaciones supletorias presentadas por la Defensa Pública Oficial en contra de la aplicación de la Ley 27272 a los individuos menores de dieciocho años. Es incuestionable que la exigüidad de los plazos previstos en dicha ley y la unipersonalidad del juzgador prevista para la mayoría de los delitos coliden con la obligación convencional de mantener y ampliar los derechos de los menores de edad en conflicto con la ley penal. Mas entiendo, como ha quedado asentado precedentemente, que el asunto se resuelve de manera integral a partir de la inaplicabilidad del instrumento legal atacado al universo que debe permanecer regido por la Convención Internacional y por la legislación interna específica, convenientemente reinterpretada en clave de dicho instrumento internacional.

VII. Por último, frente a un argumento que pugna por cohonestar la celeridad de un juicio de flagrancia como un valor decisivo para introducirlo en el complejo normativo específico en materia de niños y adolescentes, cuadra señalar que se trata de un paralogismo, esto es, un razonamiento inválido que no depende de una confusión malintencionada, sino de un error de quien lo formula. Tal cogitación pasa por alto que aquellos procesos penales genéricamente considerados están diseñados para adultos y, con independencia de cuál de los fines de la pena se haga prevalecer, son de carácter represivo, en lugar de restaurativo (el adjetivo *restitutivo*, empleado en diversos instrumentos internacionales, no existe en idioma castellano) o

reparador, que es el modo de pensar la justicia con el foco de atención puesto tanto en las necesidades de las víctimas cuanto en las de los autores o responsables del hecho ilícito, y no en la punición a estos últimos ni en el cumplimiento de principios legales abstractos.

Es cierto, como lo ha señalado en sus Observaciones el Comité tantas veces aludido, que los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo y que los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Pero eso no invalida, *verbi gratia*, el mantenimiento de un juicio de cesura convenientemente estructurado y ágil en su desarrollo, con una rápida formulación, en su caso, de la responsabilidad del niño o niña y con un seguimiento interdisciplinario serio y eficiente. He brindado ejemplos de buenas prácticas tendentes a agilizar los procedimientos con acatamiento a la peculiar naturaleza de los juicios a niños en conflicto con la ley penal.

Aislar un instituto inserto en una ley que ningún contacto posee con la problemática que nos ocupa ni con la teleología de sus consecuencias jurídicas es, pues, absolutamente irrazonable. La senda auténtica la señaló la propia Corte Suprema y lo que se hace indispensable es la actividad parlamentaria que la transite, con respeto por la normativa superior.

Por todas las consideraciones vertidas, voto por casar la resolución impugnada, declarar la inaplicabilidad de la ley 27272 a las personas menores de dieciocho años de edad y enviar las actuaciones al juez que corresponda, a fin de continuar el trámite de las actuaciones conforme las prescripciones de la ley 22278 y del Código Procesal Penal de la Nación, reinterpretadas a tenor de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de La Habana.

El juez **Luis M. García** dijo:

1. Las cuestiones que se plantean en el recurso de casación interpuesto en este proceso por la Defensa Pública de C. N. V. son sustancialmente análogas a las que han sido objeto de consideración y tratamiento por esta Sala 1, aunque en composición parcialmente distinta, en las causas n° 5.658/2017/CNC1 “C., P.G. y otro s/inconstitucionalidad de la ley

27.272”, (rta. 24/04/2017, reg. n° 294/2017 y n° 2416/2017/CNC1) y “C., A. C. y otro s/robo de automotor” (rta. 24/04/2017, reg. n° 295/2017).

En la audiencia realizada a tenor del art. 465 bis CPPN (fs. 36) la defensa no ha aportado ningún argumento nuevo no considerado en aquellas decisiones, por lo que no encuentro motivo para revisar las respectivas razones allí desarrolladas (confr. *mutatis mutandis* causa n° 5975/2017 de esta Sala 1, “Gallardo, Mauro César s/robo en tentativa”, rta. 27/04/2017, reg. n° 313/2017).

2. Sin embargo, habida cuenta de la composición circunstancial de esta Cámara, y de los desarrollos expuestos por el juez Niño en el marco de la deliberación, sobre cuya base arriba a una decisión contraria a la adoptada en los pronunciamientos que cito, entiendo adecuado realizar unas breves consideraciones sobre ciertos aspectos de su argumentación que no comparto, y que inciden en mi decisión de mantener lo sostenido en aquella oportunidad.

Primero, tomo nota de que en el caso de Fallos: 328:4343 (“Maldonado, Daniel Enrique”), a fin de interpretar el alcance del art. 4 de la ley 22.278 en cuanto regula la aplicación de una pena disminuida o la exención de pena respecto de niños hallados responsables de un delito, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había recogido una recomendación del Comité de Derechos del Niño en punto para la implementación en la justicia penal juvenil de los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD) (vide consid. 33 del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

Por cierto, las cuestiones traídas en el presente recurso involucran distintos aspectos de los arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los que han sido considerados ya en el precedente que cito en el número anterior desde la óptica de esa Convención, de sus antecedentes, y de la interpretación que de ellos ha hecho el Comité de Derechos del Niño en su observación general n° 10. Quedaría por indagar los fundamentos normativos sobre cuya base deberían los tribunales argentinos examinar las mismas cuestiones de la mano de tres instrumentos del *soft law* tales como las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, las

Reglas de Beijing y las Directrices de Ryad, que no constituyen normas obligatorias, porque no son fuentes del derecho internacional. Sin embargo, esa indagación es a mi juicio inoficiosa porque en todo caso, no veo cómo un examen desde esa óptica conduciría a rechazar la aplicación a este caso de la ley 27.272, pero no a impedir que él fuese tramitado y juzgado según el texto anterior del CPPN y de la ley 22.278.

En síntesis, puedo concordar con el juez de primer voto en punto a que la ley 22.278 reformada por ley 22.803 y los artículos 315 y 410 a 414 CPPN deben ser interpretados a tenor de la Convención sobre los Derechos del Niño y si se concediese que éstos además debiesen ser examinados a la luz de los tres instrumentos del *soft law* que cita, no veo por qué ha de seguirse este camino respecto de aquellas disposiciones hasta tanto el Congreso de la Nación dicte una ley especial e integral para el tratamiento de los casos en los que se alega que un niño ha incurrido en una infracción penal, o en los que se lo acusa o se declara responsable de esa infracción, pero no podría seguirse igual temperamento respecto de la ley 27.272 que no es sino –en lo que aquí interesa- una reforma parcial del Código Procesal Penal de la Nación, que no altera ni los artículos citados, ni la ley 22.278.

Finalmente, en cuanto a la cuestión puramente legal, tampoco veo ninguna razón para revisar la opinión expresada en las sentencias que evoco, en punto a que la ley 22.278 permite una rápida decisión sobre la existencia del hecho atribuido y la declaración de responsabilidad del niño imputado, sin modificar el sistema de cesura de la ley 22.278, o de otro modo, permite también su absolución liberándolo en un breve plazo de las intervenciones judiciales inherentes o anejas al enjuiciamiento penal.

3. No encuentro pues razones sustanciales para revisar las decisiones de esta Sala que evoco en el número 1 precedente, por lo que, por razón de brevedad he de remitirme a sus fundamentos, sin perjuicio de agregar copias para que integren la presente, y proponer que se rechace el recurso de casación e inconstitucionalidad de fs. 10/27, con costas, atento al resultado al que se arriba (arts. 470, 474, 530 y 531 CPPN)

Así voto.

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6369/2017/1/CNC1

Como señala el juez García, las cuestiones planteadas por la defensa, son sustancialmente análogas a las abordadas en los casos citados en el primer párrafo de su voto; en ese sentido, me remito a lo que allí desarrollé, básicamente, rechazando los cuestionamientos que se dirigen a la aplicación, o inconstitucionalidad de la aplicación de la denominada “ley de flagrancia” a menores de edad. El aporte efectuado en este asunto por el querido colega Niño, servirá, muy probablemente, para avanzar en la discusión que este tema nos plantea, pero no modifica lo que ya sostuve sobre la aplicación de la ley 27.272 a menores de edad, como así tampoco lo oportunamente expuesto al fallar en el caso “**Famoso**” (Sala I, CCC, causa n° 22.909, rta. 17/03/04) que cita el juez de primer voto, acerca de cómo deben interpretarse las reglas de disposición tutelar de los menores en conflicto con la ley penal.

De esta manera, concuro a la propuesta del juez García de que se rechace el recurso deducido por la defensa oficial, con las consecuencias allí indicadas.

Tal es mi voto.-

Como mérito del acuerdo que antecede, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de C. N. V. a fs. 10/27 y **CONFIRMAR** la resolución recurrida en todo cuanto fue materia de agravio, con costas en razón del resultado (art. 465 bis, 470 y 474, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; LEX 100), y remítase al juzgado de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

LUIS F. NIÑO
(en disidencia)

LUIS M. GARCÍA

GUSTAVO A. BRUZZONE

Ante mí:

SANTIAGO A. LÓPEZ
Secretario de Cámara

