



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

NOTA D.P. Nº 3905

BUENOS AIRES, 2 JUL 2018

SEÑORA FISCAL
A CARGO DE LA FISCALÍA NACIONAL DE MENORES Nº 2
DRA. MARÍA EUGENIA SAGASTA.
TUCUMÁN 966. PISO 11.
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

Tengo el agrado de dirigirme a Ud., en mi calidad de Subsecretario General a cargo de la Defensoría del Pueblo de la Nación, a fin de dar respuesta a vuestro requerimiento, librado en el **Expediente MPF 1059/2017**, teniendo en cuenta que en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución A/RES/70/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas), esta Defensoría ha creado el *Programa de Seguimiento y Evaluación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, y, en ese contexto, iniciado diversas investigaciones vinculadas a políticas públicas respecto de las personas privadas de libertad, en relación con el Objetivo 17, y las metas 16.7 *"Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades."* y 16.b *"Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible."*

En virtud de lo expuesto, y en cuanto a la aplicación de la Ley Nº 27.272 en los procesos penales seguidos a niños y jóvenes, se acompaña en doce (12) fojas, copia del dictamen producido por nuestra Oficina de Personas Privadas de la Libertad, que el suscripto comparte en todos sus términos.

Finalmente, llevo a vuestro conocimiento que el referido *Programa de Seguimiento y Evaluación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible* fue creado teniendo en cuenta que en la 12ª Conferencia Internacional del Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos INDH (octubre 2015), ahora denominado Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI), y en su Informe final, denominado, *Declaración de Mérida*, se resolvió: “17. (4) *Colaborar con los titulares de deberes, los de derechos y otros actores clave, tales como; los organismos gubernamentales, parlamentos, el poder judicial, las autoridades locales ... la ONU y otras instituciones internacionales y regionales, para concienciar y fomentar la confianza, y promover el diálogo y los esfuerzos concertados de un enfoque basado en los derechos humanos, para la ejecución y seguimiento de la Agenda...*”.

Todo ello, en atención a que la Defensoría del Pueblo de la Nación es la única Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH) reconocida por ONU como garante en la protección y promoción de los derechos humanos, lo cual le permite participar y pronunciarse en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

A la espera que nuestro Informe sea de utilidad



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

160

Buenos Aires, 21 de junio de 2018

Ref. Actuación 1149/18

Para conocimiento de: Sra. Jefa del Área VII

DICTAMEN

Se requiere la opinión del Defensor del Pueblo de la Nación, en su calidad de Institución Nacional de Derechos Humanos, respecto de la aplicación y constitucionalidad del régimen procesal de los delitos cometidos en flagrancia (Ley 27.272) a los procesos penales seguidos contra personas menores de edad.

- I -

Antecedentes

1. La Ley 27.272, su conexión con la Ley 27.063 y las últimas recomendaciones al Estado del Comité de Derechos del Niño

El 7 de septiembre de 2016 se sancionó la Ley 27.272 (fs. 6/12), promulgada de hecho el 30 de septiembre y publicada en el Boletín Oficial del 1 de diciembre de ese año.

Entre los motivos que llevaron a instaurar el nuevo sistema, el Poder Ejecutivo Nacional señaló el "alto índice de criminalidad y reincidencia", "la demanda social de mayor protección a los ciudadanos y ... la declaración de emergencia de seguridad pública". Asimismo, advirtió que "[e]l lento accionar de la justicia no sólo retarda la rápida reparación a la víctima y a la sociedad sino que obliga al imputado de un delito a padecer largos períodos de encierro o de incertidumbre respecto de su situación procesal" (Mensaje N° 556 del PEN, fs. 111).

Con relación a los fines perseguidos, el Poder Ejecutivo Nacional invocó la necesidad de "dar una respuesta procesal adecuada a dicha problemática dotando al Poder Judicial de una herramienta ágil, sencilla y eficaz" para el juzgamiento de hechos en los que el autor resulta sorprendido en flagrancia, "...liberando de esta manera recursos estatales para la investigación y juzgamiento de los delitos de investigación compleja como el narcotráfico, la trata de personas, la corrupción y el crimen organizado, brindándole a la sociedad mayor justicia y seguridad" (fs. 111/112).

Introdujo el "Procedimiento para casos de flagrancia" al Código

disposiciones entraría en vigencia con la publicación de la ley; y la otra, a partir de la implementación de la Ley 27.063¹.

Esta última norma –sancionada el 4 de diciembre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial del 10 de diciembre de ese año– derogó el Código Procesal Penal aprobado por Ley 23.984 e introdujo el nuevo sistema acusatorio. No obstante, a pesar del importante avance que ello implica, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación aún no se encuentra vigente.

El artículo 2 de la Ley 27.150 establecía que la norma entraría en vigencia, en el ámbito de la Justicia Nacional, a partir del 1° de marzo de 2016, y en el ámbito de la Justicia Federal, de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establecería la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, creada por la propia Ley 27.063 (artículo 7).

Sin embargo, el Decreto 257/2015² eliminó el plazo establecido, dejando sin efecto aquellos aspectos de las Leyes 27.063, 27.148, 27.149 y 27.150 vinculados con la implementación del nuevo Código. Según lo advertido por la Comisión Bicameral mencionada y la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación, no se encontraban reunidas las condiciones básicas para asegurar la implementación proyectada en el plazo oportunamente establecido, por lo que se pondría en riesgo la correcta administración de justicia³.

En octubre de 2016, luego de su última visita al país, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) advirtió que el Código Procesal vigente presenta diversos problemas en materia de utilización de la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales⁴. Tiempo después, al publicar la "Guía práctica para reducir la prisión preventiva"⁵, entre las buenas prácticas adoptadas por los Estados de la región (enero 2014/abril 2017), la CIDH destacó la sanción de la Ley 27.063 y volvió a advertir sobre la falta de vigencia de la norma.

En mayo de 2017, entre las Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas también expresó su preocupación por la suspensión de la entrada en vigor de la Ley 27.063⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto, parte de la doctrina entiende que la eliminación del juicio especial de menores (Ley 23.984, arts. 410 a 414) en el nuevo Código Procesal

¹ Disponible en <https://bit.ly/2tkLo2j>.

² Disponible en <https://bit.ly/2rrYVVu>.

³ Ver "Hacia una nueva ley de enjuiciamiento criminal", nota de opinión de Julio Báez, Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal N° 4, publicada por Infobae en la edición del 28/02/17. Disponible en <https://bit.ly/2IRsLhR>.

⁴ CIDH: Comunicado de prensa 151/16. Disponible en <https://bit.ly/2jp7kXX>.

⁵ CIDH: Guía práctica para reducir la prisión preventiva, OEA/Ser.LV/II.163 Doc. 107, pág 14. Disponible en <http://bit.ly/2ukDA6f>.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

Penal de la Nación podría agravar la situación de los imputados menores de edad (fs. 15 vta.), actualmente sometidos a un marco legal (Ley 22.278) que no se ajusta a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil y que el Estado argentino aún debe adecuar, según dispuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hace más de cinco años⁷.

El 31 de octubre de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación requirió al Poder Legislativo la adecuación de la normativa a los estándares mínimos y a los términos ordenados por el tribunal interamericano para garantizar la protección del niño (Fallos: 340:1450, fs. 106/107).

El 1 de junio ppdo., al concluir su 78° período de sesiones (fs. 140; 147), el Comité de los Derechos del Niño reiteró al Estado argentino una de las recomendaciones formuladas en 2010⁸: adoptar una ley penal juvenil acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño y los estándares internacionales, que garantice el uso de la detención como último recurso y durante el menor tiempo posible. Agregó, en esta oportunidad, que la normativa no incluya medidas para aumentar las condenas ni reducir la edad de imputabilidad penal, y que se dé pleno cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH⁹.

El Estado argentino deberá reportar nuevamente ante el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en enero de 2023.

2. Obstáculos para la correcta implementación de la Ley 27.272

El 21 de octubre de 2016, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (CCCF) se pronunció en pleno sobre el nuevo procedimiento para casos de flagrancia y advirtió "*serios inconvenientes*" (Res. Adm. 16/2016, fs. 116/119).

Solicitó al Consejo de la Magistratura los recursos humanos, técnicos y de infraestructura indispensables para una correcta implementación de la norma. Puso en conocimiento de lo resuelto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los Ministerios del Poder Ejecutivo Nacional, a los efectos de que evalúen las consideraciones efectuadas en función de su competencia.

En 2008, la misma Cámara había resuelto diferir la realización de audiencias orales contradictorias y la resolución inmediata, hasta tanto se superaran las deficiencias

⁷ Corte IDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina, sentencia del 14 de mayo de 2013. Disponible en <https://bit.ly/1ffOKoZ>

⁸ CRC/C/ARG/CO/3-4, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto de la Argentina Argentina, párr. 80. Disponible en <https://bit.ly/2J5ko7J>

ES COPIA
ENRIQUE DANIEL GARCÍA
ÁREA REGISTRO, NOTIFICACIONES Y ARCHIVO
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION

estructurales y organizativas para la implementación de la Ley 26.374¹⁰, que introdujo un nuevo régimen procesal para el recurso de apelación¹¹.

Ocho años después, luego de la promulgación de la ley que modificó el procedimiento de flagrancia, la CCCF expresó: *"La reforma fijada por la ley 27.272 busca brindar herramientas útiles en pos de la satisfacción de los objetivos mencionados [la celeridad y la eficacia de los procesos penales] y por ello resulta, sin dudas, un avance significativo. Pero ... para que ese avance tenga eco en la práctica, se requiere adecuar ciertos aspectos estructurales que, al menos hoy, no están suficientemente preparados para satisfacer las demandas que el nuevo sistema trae aparejadas. Además, exige optimizar los recursos sí existentes, evitando dispendios o un eventual colapso de los tribunales"*.

Las principales falencias advertidas por la CCCF se referían al déficit en la dotación de personal y en los medios de infraestructura, técnicos y electrónicos¹², lo que fue comunicado al Consejo de la Magistratura por oficio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 11 de octubre de 2016.

"...La tarea de generar las condiciones para lograr una aplicación eficaz no involucra sólo a uno, sino a los tres poderes del Estado..., así como al Ministerio Público...", afirmaba la CCCF.

"...Lo importante pasa por asegurar que la regulación, al ser llevada a la práctica, lo haga en un escenario que permita darle pleno efecto a sus plausibles objetivos y asegurar plenamente los derechos y garantías de las personas sometidas a proceso penal.... De lo contrario, no sólo existe la posibilidad [de] que el nuevo régimen – limitado a ciertos hechos– no cumpla su finalidad, sino que su aplicación en semejantes condiciones puede terminar constituyendo un obstáculo insalvable para continuar operando adecuadamente con el resto del sistema..."

"El riesgo es demasiado alto".

En igual sentido, se manifestaron distintos representantes del Ministerio Público Fiscal del país en la XIX Reunión Anual del órgano¹³, que tuvo lugar días después de la entrada en vigencia de la Ley 27.272. Entre otras cuestiones, se advirtió allí que la norma profundizaría la selectividad penal al aplicarse mayoritariamente sobre una población vulnerable.

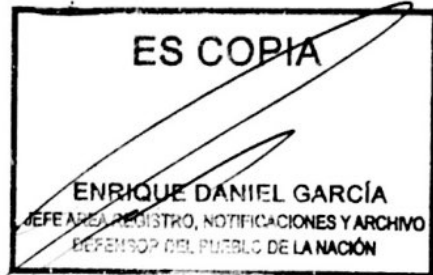
¹⁰ Disponible en <https://bit.ly/2sg7PG0>

¹¹ Acordada CCCF Nro. 59/08. Disponible en <https://bit.ly/2siFeih> En el mismo sentido, se habían expedido la Procuración General de la Nación (Res. PGN N° 65/08) y la Defensoría General de la Nación (Res. DGN



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

162



3. Falencias estructurales de la justicia juvenil argentina

El último estudio realizado por la titular de la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la Procuración General de la Nación (2016) afirma:

"...la denunciada "crisis" de la justicia de menores existe desde que se la inventó. A partir de la creación de mecanismos institucionales diferentes a los de las personas adultas para tratar con el delito atribuido al que se consideraba menor de edad, comenzaron los señalamientos de que el "nuevo" dispositivo era ineficaz"¹⁴.

Entre los "déficit importantes" que persisten en la justicia juvenil argentina para cumplir con los estándares internacionales, destaca los siguientes:

- Ausencia de una ingeniería institucional eficiente para implementar programas de justicia restaurativa, que permitan sostener eficazmente medidas alternativas y asegurar su cumplimiento en medio abierto, en todas las jurisdicciones.
- Utilización de la privación de la libertad por el plazo mínimo, que asegure la reintegración social del joven.
- Falta de respuesta diferenciada de la justicia penal de adultos¹⁵.

Con relación a este último punto, advierte sobre la excesiva utilización del juicio abreviado en causas con imputados menores de edad. Las estadísticas acompañadas dan cuenta de un 64% y un 68% en 2011 y 2012, respectivamente.

Los últimos datos sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales de Menores publicados por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación corresponden a 2013. Ese año, el 80% de las declaraciones de responsabilidad penal fue mediante la vía abreviada¹⁶.

En 2014, un informe realizado por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político Criminales de la Procuración General de la Nación advertía que ninguna de las leyes sobre las que se monta el sistema de justicia penal juvenil satisface adecuadamente los principios, derechos y garantías que nuestra Constitución establece para todos los habitantes de la Nación. Asimismo, destacaba que el proceso penal aplicable a las personas menores de 18 años no difiere del correspondiente a los adultos durante la etapa de instrucción¹⁷.

¹⁴ Beloff, Mary: *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, pág. 3 y ss. Disponible en: <https://bit.ly/2JLHNIB>. Publicado como *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016.

4. Situación de los Tribunales Orales de Menores de la Capital Federal

La emergencia en el fuero de menores se viene informando hace más de una década.

En 2004, los integrantes de los tres Tribunales Orales de Menores (TOM) pusieron en conocimiento del Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación la grave situación por la que atravesaban como consecuencia del cúmulo de causas. En 2005, la misma inquietud fue planteada por los Fiscales Generales ante los TOM al Procurador General de la Nación (fs. 17).

En 2006, el Consejo de la Magistratura elevó a ambas Cámaras del Congreso de la Nación y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación la propuesta del Procurador General de la Nación con opinión favorable a la creación de tres TOM, tres Fiscalías Generales ante los TOM, tres Defensorías Públicas Oficiales ante los TOM y dos Defensorías Públicas de Menores e Incapaces (Res. Plenaria 288/06, fs. 120/121).

Allí se señalaba "...3°...que el proceso de menores posee particularidades que deben ser bien distinguidas de los procesos que involucran a mayores, y que duplican la tarea. ... Los procesos que involucran a mayores complican el trámite de menores, impidiendo la dedicación que demanda el tratamiento de los menores tutelados, el seguimiento de sus casos, familias, etc. 4°) Que , además, ... el promedio de detenidos mayores en los tribunales de menores es similar al de los que se encuentran a disposición de los tribunales orales criminales, y la cantidad de menores señalados casi triplica la cifra señalada".

La emergencia continuó sin resolverse.

En marzo de 2009, la PGN presentó un anteproyecto de ley proponiendo la creación de tres nuevos TOM para la Capital Federal¹⁸. Ese año, el Senado de la Nación remitió al Consejo de la Magistratura un proyecto de ley para la creación de cinco TOM. Por Resolución Plenaria 277/09 (fs. 122/124), el Consejo emitió opinión favorable. Pero ninguno fue creado.

En 2010, los integrantes de los tres TOM solicitaron al Consejo de la Magistratura un relevamiento de datos. Por Resolución Plenaria 70/10 (fs. 125/6), el Consejo aprobó un Plan de Trabajo del Cuerpo de Auditores del Consejo de la Magistratura para los TOM de la Capital Federal¹⁹. Por Resolución 19/10, en fe de erratas, se aclaró el período que comprendería el relevamiento: 2005 a 2009 inclusive (fs. 127). Es el último dato disponible en la web del Poder Judicial de la Nación²⁰.

¹⁸ Expediente S-23/09. Disponible en <https://bit.ly/2Jy281F>



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

163

ES COPIA
ENRIQUE DANIEL GARCÍA
JEFE AREA REGISTRO, NOTIFICACIONES Y ARCHIVO
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION

Ese mismo año, el Comité de Derechos de Niño recomendaba al Estado argentino adoptar medidas para mejorar el sistema de justicia juvenil, en particular los juzgados de menores, garantizando que el sistema disponga de recursos humanos y financieros suficientes para cumplir adecuadamente sus funciones²¹.

En diciembre de 2011, la Cámara Federal de Casación Penal advertía sobre la crítica situación del fuero de menores y consideraba que aumentar la cantidad de tribunales no alcanzaría como solución definitiva²². Por ello, acordó con los TOM intentar dos líneas de acción a corto plazo: cualificar y cuantificar la cantidad de casos en trámite, para delinear posibles políticas de descongestión en la emergencia; y, a largo plazo, impulsar una reforma legislativa para acotar la competencia de los TOM, volviendo a la normativa original de la Ley 24.050. Asimismo, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia, realizó gestiones tendientes a solucionar la situación de congestión y solicitó la creación de cinco nuevos tribunales orales (fs. 128/130).

En 2013 (último año con estadísticas disponibles de los TOM²³), el total de causas en trámite en los 30 Tribunales Orales Criminales (TOC) fue de 12.925. Ese mismo año, en los tres TOM tramitaban 8463 causas. El que *menos* causas tenía (2283) casi triplicaba las existentes en el TOC con *más* causas (796).

Según establece la Ley 24.050, publicada en el Boletín Oficial del 7 de enero de 1992²⁴, los TOM serían asistidos por equipos interdisciplinarios integrados por un médico especializado en psiquiatría infanto-juvenil, un psicólogo y dos asistentes sociales, también especializados en cuestiones de minoridad (art. 14). En más de 25 años, estos equipos nunca se conformaron.

En estas condiciones, en diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 27.272.

5. Monitoreo y Evaluación de la Implementación del Procedimiento de Flagrancia

En enero del año en curso, la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a través de la Unidad de Asistencia para la Reforma Procesal Penal²⁵, publicó el V Informe Anual de Monitoreo y Evaluación de la Implementación del Procedimiento de Flagrancia (fs. 131/139).

El 41% de los imputados tenía entre 18 y 25 años; el 27%, entre 26 y 35 años; el 20%, 36 o más. No hay datos sobre el 12% restante.

En el ámbito de la Justicia Federal de las Provincias se observa que, si bien en un principio existió reticencia a la aplicación de la Ley de Flagrancia, actualmente es

²¹ CRC/C/ARG/CO/3-4, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto de la Argentina Argentina, párr. 80. Disponible en <https://bit.ly/2J5ko7l>

²² CFCP. Informe General 2011, pp. 12/13; Anexo 18, pp. 70/72. Disponible en <https://bit.ly/2sRCZUD>.

utilizada en todo el país con excepción de algunas jurisdicciones como Jujuy, Tucumán y Formosa.

De los cinco relevamientos realizados en la Justicia Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe resaltar lo siguiente:

- las condenas se incrementaron de un 3% a un 25%;
- disminuyeron los sobreseimientos de un 22% a un 8%;
- aumentaron las suspensiones del proceso a prueba de un 14% a un 36%;
- disminuyeron las prisiones preventivas, de un 54% a un 41%;
- se verificó una importante disminución en la aplicación del procedimiento de flagrancia por parte de los operadores del sistema.

El informe concluye: "...la disminución de la cantidad de casos de flagrancia es un dato que refleja que los representantes del Ministerio Público Fiscal han optado por no aplicar el procedimiento en casos en los que correspondía, conforme los criterios fijados en la ley n° 27.272. Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo que no es potestad del representante del Ministerio Público Fiscal decidir sobre la conveniencia de su aplicación, sino que la norma impone que siempre que se verifiquen las exigencias de la ley n° 27.272 debe imponerse el trámite allí establecido (CCC 31775/2017). También indicó que, si el legislador hubiese querido otorgar al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de decidir si el trámite del sumario responderá a un criterio de conveniencia, así lo habría hecho (CCC 32749/2017, CCC 31775/2017)".

Cabe aquí recordar que el procedimiento de flagrancia introducido por Ley 27.272 se enmarca en un Código Procesal Penal acusatorio (Ley 27.063), en el que la promoción y el ejercicio de la acción penal corresponden al Ministerio Público Fiscal.

-II-

Normativa aplicable

1. Derecho internacional de los derechos humanos en materia de justicia juvenil

Las niñas, niños y adolescentes sometidos a proceso penal no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino, además, una protección especial²⁶.

²⁵ Resolución 2016-919-E-APN-MJ.

²⁶ "Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas" (OEA Ser.LV/II. Doc.78), ap. II, párr. 14. Documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 14 de octubre de 2001.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

ES COPIA
HENRIQUE DANIEL GARCÍA
JEFE AREA REGISTRO, NOTIFICACIONES Y ARCHIVO
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION

a. Interés superior del niño

Las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) alcanzan a *"todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo, que, en virtud de la ley le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"* (art. 1).

En tal sentido, *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se entenderá será el interés superior del niño"* (CDN, art. 3.1).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que el interés superior del niño es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados por la CDN, cuya observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades²⁷.

Asimismo, ha concluido que: *"...la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"*²⁸.

b. Prevención y especialidad

De acuerdo con los estándares internacionales, dos ejes deben guiar la política criminal juvenil: a) la *prevención aggiornada* entendida como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños; y, b) la *especialidad* como respuesta diferenciada a la imputación penal a una persona menor de edad en caso de que fracase la prevención²⁹.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)³⁰ establecen que *"...la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades ilícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas"*³¹. Para poder prevenirla *"...es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia"*³².

²⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 59. Disponible en <https://bit.ly/1HpnxT1>

²⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, op. cit., párrs. 53 y 137.

²⁹ Beloff, Mary: *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, pp. 38/42. Disponible en: <https://bit.ly/2JLHNIB>. Publicado como *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016.

³⁰ Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990). Disponible en <https://bit.ly/2JI6VO9>.

Asimismo, reconocen que es determinante desarrollar una política "progresista" de prevención de la delincuencia, la que debe incluir, entre otras medidas, la creación de oportunidades –en particular, educativas–, "...para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales"³³.

En sentido similar, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing)³⁴ señalan el importante papel que una política social constructiva respecto de los niños puede desempeñar en la prevención del delito y la delincuencia juvenil.

Por su parte, las Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal (Directrices de Viena)³⁵ advierten que un cambio a largo plazo se consigue cuando se abordan las causas básicas y no cuando se tratan únicamente los síntomas, así como para sustraer a los niños del sistema de justicia es preciso establecer y aplicar programas encaminados a fortalecer la asistencia social.

Con respecto al principio de especialidad, la Convención sobre los Derechos del Niño establece: "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes...*" (art. 40.3).

En su Observación General 10 (2007), al referirse a la Organización de la Justicia de Menores, el Comité de los Derechos del Niño insistió en esta obligación de los Estados Partes³⁶.

Al respecto, las Reglas de Beijing establecen: "*En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores...*" (Regla 2.3).

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Asimismo, fue reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6.5, 10.2.b, 14.4), en el Pacto Internacional de Derechos

³³ Directrices de Riad, Directriz 5.

³⁴ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985. Disponibles en <https://bit.ly/2JJ7ffE>.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

165

ES COPIA

ENRIQUE DANIEL GARCÍA
JEFE AREA REGISTRO, NOTIFICACIONES Y ARCHIVO
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN

Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5.5 y 19) y en la Declaración Americana (art. VII), todos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75.22).

La CIDH también incluye, en este marco jurídico de protección especial, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)³⁷ y las Reglas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de La Habana)³⁸, además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general³⁹.

Asimismo, a los efectos interpretativos, comprende en este *corpus iuris* internacional de protección de los niños las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en cumplimiento de su mandato. "Tal perspectiva", señala la CIDH, "evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños"⁴⁰.

En su Opinión Consultiva 17/2002, la Corte IDH indicó: "... 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". Luego advirtió: "Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento"⁴¹.

El principio de especialidad también fue receptado por la jurisprudencia del tribunal interamericano en los casos "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)⁴² e "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay"⁴³.

En este último, la Corte IDH expresó: "... una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas

³⁷ Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985. Disponibles en <https://bit.ly/ztecjxg>

³⁸ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Disponibles en <https://bit.ly/2JTlpFC>

³⁹ "Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas", op. cit., párr. 18.

⁴⁰ Ibidem, párr. 19.

⁴¹ Corte IDH, OC-17/02, op. cit., párrs. 54 y 96. Disponible en <https://bit.ly/1HpnxT1>

*infracciones a la ley penal*⁴⁴. Y concluyó refiriendo a lo establecido en el artículo 40.3 de la Convención sobre Derechos del Niño antes mencionado.

c. Principios de mínima intervención y ultima ratio

En el caso de los menores de edad punibles, la detención sólo procede en situaciones de extrema necesidad (CN, art. 75.22; CDN, arts. 37.b y 40.4). Para los inimputables, es directamente inaceptable.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General 10 (2007), sostuvo que *"Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces... para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de la libertad tan sólo como medida de último recurso"*⁴⁵.

En igual sentido, las Reglas de Beijing establecen que *"Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible"*⁴⁶. Asimismo, *"Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión, estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o una institución educativa"*⁴⁷.

Luego precisan: *"a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;*

"b) Las restricciones a la libertad del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

"c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor 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;

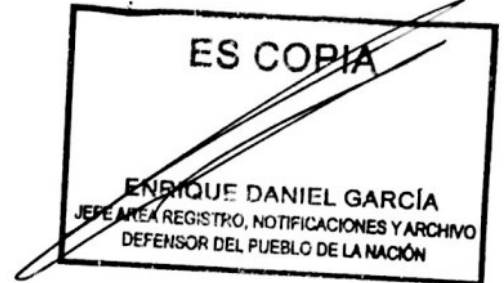
*"d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor"*⁴⁸.

2. Derecho interno



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

166



adolescentes⁴⁹ –que derogó la Ley de Patronato 10.903–; el Régimen Penal de la Minoridad previsto en la Ley 22.278⁵⁰, con las modificaciones introducidas por la Ley 22.803⁵¹, que elevó la edad mínima de punibilidad; y el Juicio especial de menores, previsto en el Código Procesal Penal de la Nación vigente (Ley 23.984).

La Ley 26.061 definió el interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley (art. 3). Los principios de mínima intervención y de *ultima ratio* también se encuentran receptados en la norma (arts. 19, inc. c, párrs 2° y 3°; 36 y 41, inc. e), así como en los artículos 315 y 411 del CPPN.

En el procedimiento aplicable a los imputados menores de edad, se llevan a cabo dos juicios: primero, el juicio de responsabilidad y, una vez alcanzada la mayoría de edad, el juicio establecido por el artículo 4 de la Ley 22.278, en el que se valora no sólo el *quantum* de pena, sino la necesidad misma de su aplicación luego de haber cumplido el año mínimo de tratamiento tutelar.

No es punible la persona menor de 16 años. Tampoco aquella menor de 18 que haya cometido delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda los dos años. No obstante, el juez puede disponer de ellos hasta la mayoría de edad (Ley 22.803, art. 1).

Es punible la persona comprendida entre los 16 y los 18 años que incurra en delitos diferentes de los enunciados en el párrafo anterior. En tales casos, el juez deberá disponer de ella provisionalmente durante su tramitación, a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4: aplicar la pena, pudiendo reducirla a grado de tentativa; o bien, disponer la absolución.

La imposición de pena está supeditada a varios factores:

- a) que haya sido declarada su responsabilidad penal;
- b) que haya cumplido 18 años;
- c) que haya sido sometida a un tratamiento tutelar no inferior a 1 año y prorrogable hasta la mayoría de edad, en caso necesario (Ley 22.278, art. 4).

La Ley 23.984 introdujo al CPPN el juicio especial de menores. Este

La detención de una persona menor de edad 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). Así, los criterios para privar de libertad a una persona menor de edad difieren de los supuestos que el art. 319 del CPPN estipula para los adultos (peligro de fuga y entorpecimiento de la investigación).

La celebración del debate se realizará a puertas cerradas, pudiendo asistir solamente el fiscal y las otras partes, sus defensores, los padres, el tutor o guardador del menor y las personas que tengan un interés legítimo en presenciárselo. El asesor/defensor de menores deberá estar presente bajo pena de nulidad y con las mismas facultades del defensor, aun cuando el menor cuente con patrocinio privado. El imputado sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible y deberá ser alejado en cuanto se cumpla con el objeto de su presencia (CPPN, art. 413).

3. Proceso de armonización y adecuación de la Ley 22.278 a la CDN⁵²

La CSJN⁵³ y la Corte IDH⁵⁴ establecieron las pautas mínimas que deben regir en materia de justicia juvenil:

- principio de trato diferenciado: fundado en las diferencias evolutivas que existen entre los niños y los adultos, lo que justifica un sistema específico;
- principio de especialización: fundado en el anterior, este sistema especializado debe regir en todas las fases del proceso, durante la ejecución de las medidas o sanciones y basadas en la edad del adolescente al momento del hecho, sin perjuicio de la edad alcanzada mientras se ejecuta la sanción;
- garantía del debido proceso específica en materia penal juvenil, construida a partir de su estructura clásica más las reglas de los artículos 37 y 40 de la CDN;
- principio de *ultima ratio* y de privación de libertad por el menor tiempo posible;
- principio de delimitación temporal y de revisión periódica desde el momento de su imposición;
- principio de proporcionalidad específico en materia de infancia y adolescencia, que condiciona la respuesta punitiva a la edad y al ilícito endilgado, privilegiando la reintegración familiar y/o social;



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACIÓN
REPUBLICA ARGENTINA

167



➤ arbitrariedad de la sanción penal, como causal específica cuando su imposición no contempla ni analiza los principios y estándares específicos en materia penal juvenil.

"...de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores es muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de la libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no puede omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto..." (CSJN, fallo "Maldonado"⁵⁵).

-III-

Análisis de la cuestión

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 27.272, hubo varios planteos de inconstitucionalidad del nuevo procedimiento de flagrancia por cuanto impone la detención obligatoria:

"Artículo 353 ter: Al momento de tomar conocimiento de la aprehensión, el fiscal deberá declarar, de corresponder, el caso como flagrancia, sometiendo el mismo al trámite establecido en este título.

El detenido será trasladado ante el juez a fin de participar de una audiencia oral inicial de flagrancia que deberá llevarse a cabo dentro de las veinticuatro (24) horas desde la detención, prorrogable por otras veinticuatro (24) horas, cuando no hubiere podido realizarse por motivos de organización del tribunal, del fiscal o de la defensa, o cuando el imputado lo solicitare para designar un defensor particular.

A esa audiencia deberán asistir el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensor.

La víctima tiene derecho a asistir a todas las audiencias y deberá ser notificada de la realización de las mismas a fin de ser escuchada y eventualmente ser tenida por parte querellante. La víctima, con el control de la defensa, podrá solicitar declarar sin la presencia del imputado.

En esta audiencia el juez deberá expedirse sobre la libertad o detención del

imputado. La decisión será notificada a las partes oralmente en la misma audiencia."

Ello dio lugar a la intervención de la Cámara Nacional Criminal y Correccional y de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

1. Principales críticas formuladas con respecto a la aplicación del régimen de flagrancia a las personas menores de edad⁵⁶

a. Falta de discriminación positiva hacia las personas menores de edad

La Ley 27.272 no contempla la situación de los jóvenes ni distingue entre ellos y los mayores. Esa igualdad de trato atenta contra el principio de especialidad y el deber de brindar una protección especial a este grupo vulnerable de la sociedad.

Tampoco prevé la figura del Defensor Público de Menores, cuyo rol es determinante en el proceso y de vital importancia para decidir sobre la libertad del imputado menor de edad (CPPN, art. 411).

b. La privación de la libertad provisional como regla

La ley autoriza que la persona arrestada en flagrancia permanezca privada de su libertad hasta, al menos, la celebración de la primera audiencia. Ello excede lo previsto en el Juicio especial de menores que sólo admite la detención "...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" (CPPN, art. 411).

c. Imposibilidad de optar por el régimen común

La Ley 27.272 no permite optar entre el procedimiento especial y el ordinario, como estaba previsto en la Ley 23.984.

d. Delitos juzgados por tribunales unipersonales

Para la etapa de debate de los casos que tramiten por el procedimiento de flagrancia, la ley introduce otra gran modificación "*En todos los casos cuya pena máxima prevista no sea mayor a 15 (quince) años, el juzgamiento lo realizará un único magistrado*" (CPPN, art. 353 septies).

La imposibilidad del imputado menor de edad de optar por un tribunal colegiado se plantea como otro retroceso normativo frente al principio de especialidad.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

168

ES COPIA
ENRIQUE DANIEL GARCÍA
JEFE DEL REGISTRO, NOTIFICACIONES Y ARCHIVO
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION

e. Suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado como únicas alternativas

La CDN exige la adopción de medidas sin recurrir a procedimientos judiciales (art. 40.3.b). En tal sentido, no es conveniente que el imputado menor de edad sea sometido a una suspensión de juicio a prueba ya que, si incumple con alguna de las reglas de conducta, se expone a recibir una pena de efectivo cumplimiento. El juicio abreviado también resulta perjudicial para los intereses del niño, en tanto culmina en una sentencia condenatoria, sin juicio previo y con el reconocimiento de su responsabilidad penal; cuando, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 4 de la Ley 22.278, bien podría resultar absuelto o con una pena reducida (CSJN, fallo "Maldonado"⁵⁷).

f. Finalidad retributiva de la pena

Imponer una sanción privativa de la libertad puede tener consecuencias irreversibles para el desarrollo de un adolescente. Por ello, el control tutelar fijado en la Ley 22.278 (tratamiento tutelar mínimo de un año, supervisado por grupos interdisciplinarios especializados y con la intervención del defensor público de menores) es un requisito fundamental para determinar la necesidad de pena. Cualquier castigo con un fin preventivo general o especial negativo trasgrede lo establecido por las Reglas de Beijing (Regla 17.1).

2. Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional⁵⁸

El tribunal rechazó todos los planteos de inconstitucionalidad que motivaron su intervención. Entendió que la vía elegida constituye un remedio de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico que, por su gravedad institucional, no debe ser utilizado salvo cuando la incompatibilidad del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta. No obstante, la cuestión sobre la aplicabilidad de la Ley 27.272 a las personas menores de edad dio lugar a posturas antagónicas.

a. Aplicabilidad del sistema de flagrancia para imputados menores de edad

La Sala de Feria A, la Sala IV, la VI, y la VII entendieron que el nuevo procedimiento de flagrancia resulta compatible con la Ley 22.278 la que, como ley...

los casos dado que, para el momento de resolver, las personas menores de edad ya habían sido dispuestas tutelarmente y derivadas a alguna institución o centro especializado.

La Sala V expresó que, si bien el CPPN dispone la detención del imputado en determinados supuestos (art. 282), cuando se trata de personas menores de 18 años, la detención no debe ser la regla (CPPN, art. 315; CDN, art. 40)⁶⁰.

La Sala VI consideró que el único agravio que podría desprenderse de la aplicación de la Ley 27.272 a personas menores de 18 años no es actual. Podría estar vinculado con la caducidad que prevé esa norma para arribar a una solución alternativa de conflicto en otro momento del proceso, o en la imposibilidad de dictar una sentencia que los declare penalmente responsables antes de transcurrido el año que dispone el Régimen Penal de Minoridad en su artículo 4⁶¹.

El argumento de que la imposibilidad de optar por el régimen ordinario (Ley 23.984) afecta los principios de progresión y no regresividad fue desechado al considerar que se trata de una mera crítica vinculada con la política criminal y por tanto ajena a la órbita judicial. Al respecto, la Sala IV consideró que el imputado y su defensa cuentan con la posibilidad de cuestionar la procedencia del trámite establecido por la Ley 27.272 y el juez debe pronunciarse, con la posibilidad de articular un recurso ordinario al que se le otorga efecto suspensivo. Dicho trámite responde a los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración que garantizan la sustanciación del debido proceso y observan las reglas previstas para la declaración indagatoria en el procedimiento común, en todo lo que resulte contrario a las nuevas disposiciones vigentes⁶².

En igual sentido, la Sala VI sostuvo que la defensa tiene la facultad de oponerse a la continuación del proceso bajo la modalidad de flagrancia. Asimismo, consideró que la ley 27.272 brinda nuevos y mejores derechos y garantías compatibles con el régimen penal juvenil: carácter multipropósito, inmediación, transparencia, oralidad⁶³.

... del sistema de flagrancia para menores de edad



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

169



provinciales, si bien despejan toda duda sobre la exclusión de los menores del régimen de flagrancia, resultan sobreabundantes.

En tal sentido, la Ley 27.272 no puede ser aplicada a las personas menores de 18 años porque no está expresamente contemplado en la norma y hacerlo sería *"in malam partem"*. Se trata de un régimen que no favorece el fin de la reinserción de este grupo vulnerable. La rapidez del proceso penal no contempla las necesidades de este colectivo y la satisfacción del juicio rápido no puede ser el objetivo principal cuando de jóvenes se trata⁶⁵.

La Sala I consideró que el nuevo procedimiento y el régimen penal juvenil devienen incompatibles. Señaló que el primero mira hacia el pasado, en la búsqueda de una respuesta judicial útil y expedita para la averiguación de la verdad ante la comisión de un hecho ilícito y la sanción penal de sus intervinientes. Mientras que el régimen penal juvenil mira, además, hacia el futuro, buscando la reinserción en la sociedad de manera constructiva, por su especial condición de personas en desarrollo, con hincapié en su bienestar y para garantizar que cualquier respuesta sea en todo momento proporcionada a las circunstancias de la persona y el delito⁶⁶.

Concluyó: *"...su aplicación conjunta "crearía un procedimiento 'centauro': una cabeza que guía al joven para que comprenda más inteligentemente los hechos imputados derivado de su inmadurez emocional o afectiva, que podría concluir con su absolución, en un cuerpo que, contrariamente, busca una solución expedita en el marco de la emergencia de seguridad pública"*⁶⁷.

Por otra parte, destacó la incoherencia de forzar la aplicación de un trámite tan expedito a imputados menores de edad cuando, para definir la necesidad o no de pena, habrá que esperar la mayoría de edad y el año mínimo de tratamiento tutelar⁶⁸.

3. Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

La máxima instancia penal también tiene posiciones contrapuestas sobre la aplicación de la Ley 27.272 a las personas menores de edad.

a. Aplicabilidad del procedimiento para imputados menores de edad

La Sala 3 declaró, por mayoría, inadmisibile el recurso de casación, al entender que no se había demostrado un perjuicio en el caso concreto que habilitara el control de constitucionalidad (fs. 29/38). El imputado no se encontraba detenido, ni había concurrido a la audiencia en esa condición. Se habían adoptado mecanismos propios

para el tratamiento de una persona menor de edad. No se había solicitado la suspensión del juicio a prueba ni el procedimiento de juicio abreviado⁶⁹.

Agregó que no encontraba incompatibilidad entre el régimen establecido por la Ley 27.272 y las restantes normas del ordenamiento. No consideró razonable entender que la regla legal impusiera necesariamente la detención de la persona hallada en flagrante delito pues, al igual que en el caso de los mayores, la cuestión debía ser armonizada con las reglas procesales y constitucionales que rigen para disponer la privación de libertad dispuesta con carácter cautelar (fs. 30 vta./31).

Por su parte, la Sala I, en la causa "C. y otro"⁷⁰ rechazó el recurso interpuesto por la defensa al entender que no se había demostrado que la aplicación al caso del procedimiento de la Ley 27.272 hubiese implicado una afectación a los derechos del niño, ni se había acreditado agravio alguno o supuesto de arbitrariedad. Tratándose de un niño menor de dieciocho años sorprendido en flagrancia, el artículo 284 inciso 4° del CPPN debiera ser interpretado en armonía con el artículo 411. Contra esta resolución, el 28 de noviembre de 2017 ingresó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación la queja por denegación del recurso extraordinario⁷¹.

En el mismo sentido, se expidió la Sala I al resolver los recursos interpuestos por la defensa y la fiscalía en "C. y M."⁷² y, por mayoría, en el caso "V."⁷³.

b. Inaplicabilidad e inconstitucionalidad

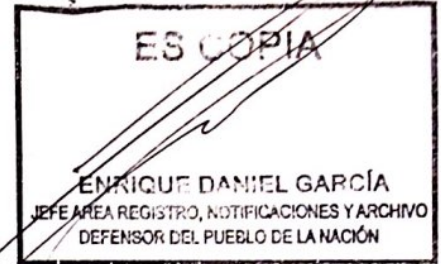
La Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación Penal (fs. 55/104) declaró la inconstitucionalidad del artículo 353 ter (cfr. Ley 27.272) en cuanto impone la detención obligatoria de personas menores de edad, como primer recurso y sin alternativa, cuando únicamente debería reputarse procedente ante la inexistencia o imposibilidad de aplicar mecanismos menos lesivos de los derechos fundamentales del niño. Entendió que la norma viola lo establecido por la Constitución Nacional (arts. 14 y 18), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 19, 37 b) y 40, incisos 3 y 4), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas 10, 13, 17.1 y 19) y la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño sobre 'Los derechos del niño en la justicia de menores' (considerandos 11, 24, 25 y 71).

Asimismo, declaró la inaplicabilidad de la Ley 27.272 con relación a las personas menores de edad, toda vez que se aparta de los principios que deben informar el régimen penal juvenil –en particular, los principios de especialidad y proporcionalidad– y omite toda consideración al interés superior del niño.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

170



En el caso, los imputados menores de edad (ambos de 16 años) permanecieron privados de su libertad desde el momento de su aprehensión por la sustracción con fuerza de una motocicleta (fs. 80 vta./82).

4. Derecho a la igualdad y derecho al mejor derecho

Las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Entre Ríos, La Rioja, Mendoza, Salta, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán cuentan con procedimientos de flagrancia que fueron tomados como base para redactar la Ley 27.272 (fs. 111 vta.).

"Casi todas esas provincias, cuentan con códigos procesales más modernos, previendo en líneas generales la investigación a cargo del fiscal y regulando supuestos de oportunidad y disposición de la acción penal, a diferencia del Código Procesal Penal de la Nación aún vigente que conserva un procedimiento de tipo mixto. De igual modo, algunas de ellas, poseen un procedimiento penal especial para niñez y adolescencia, o tienen previstas sanciones alternativas a la privación de la libertad" (fs. 13).

Tierra del Fuego⁷⁴, San Juan⁷⁵ y La Rioja⁷⁶ excluyeron expresamente a las personas menores de 18 años de la aplicación de sus procedimientos de flagrancia.

*"...el derecho al mejor derecho implica la posibilidad de reclamar la aplicación de una norma legal vigente en una jurisdicción territorial distinta a la del sitio en que se plantea el conflicto, pero que atiende los derechos y garantías de una forma más favorable a los intereses de quien la invoca"*⁷⁷.

Parte de la doctrina entiende que la posibilidad de invocar el derecho al mejor derecho nace del artículo 28.3 de la CADH⁷⁸, de donde surge el principio de intangibilidad de la protección de los derechos convencionales en el caso de pactos comunitarios, como es el caso del Mercosur, que involucra a nuestro país⁷⁹.

Sostiene que tal como lo ha dicho la Corte IDH en los casos "Almonacid Arellano"⁸⁰ y "Trabajadores Cesanteados"⁸¹: *"el Poder Judicial debe tener en cuenta no*

⁷⁴ Código Procesal Penal de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; artículo 402 bis, segundo párrafo, introducido por Ley 792 (BOP 23/10/09). Disponible en <https://bit.ly/2rXmKW5>.

⁷⁵ Ley 1465 de Flagrancia de San Juan (BOP 20/9/16), artículo 12. Disponible en <https://bit.ly/2lnwGhZ>.

⁷⁶ Ley 8661 de La Rioja, artículo 2.

⁷⁷ Juliano, Mario Alberto: "Avances del derecho al mejor derecho". Publicado en la Revista Pensamiento Penal el 5/8/2013. Disponible en <https://bit.ly/2sckudd>

⁷⁸ CADH, artículo 28.3: "Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la

solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana", de donde los jueces tendrían la obligación de aplicar la norma más protectora de los derechos humanos que se encuentre vigente en la asociación de Estados.

Otro sector⁸² coincide con el fundamento en lo establecido por el artículo 28.3 de la CADH y destaca la importancia de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, consagrada por el artículo 24 de la Convención y la intolerancia ante las asimetrías insoportables que suelen verificarse, no sólo de un Estado asociado a otro, sino entre las provincias de un mismo Estado.

Un tercer sector se refiere al derecho al mejor derecho como aplicación preferente de la norma más favorable a la persona, que encuentra su fundamento en la naturaleza progresiva de los derechos humanos y el deber de aplicarlos *pro homine*⁸³.

Cita lo establecido por la CSJN en el caso "Verbitsky": *"Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía"*⁸⁴.

Recientemente, la CSJN se pronunció al respecto en el fallo "Germano"⁸⁵.

Una cuarta postura entiende que el derecho al mejor derecho no nace ni se justifica –necesariamente– a partir del pacto asociativo que consagra el artículo 28.3 de la CADH, sino del derecho a la igualdad de trato frente a la ley, sin discriminaciones de ninguna índole (art. 24), y particularmente la derivada del lugar de nacimiento (art. 1)⁸⁶.

*"...ciertas asimetrías en el plano de los derechos y las garantías resultan intolerables e incomprensibles para el estado democrático de derecho. ¿Cómo puede justificarse que personas que habitan un mismo Estado, amparados por la misma Constitución política, reciban un trato desigual frente a la ley ... por la sola circunstancia de su distinto lugar de nacimiento?"*⁸⁷.



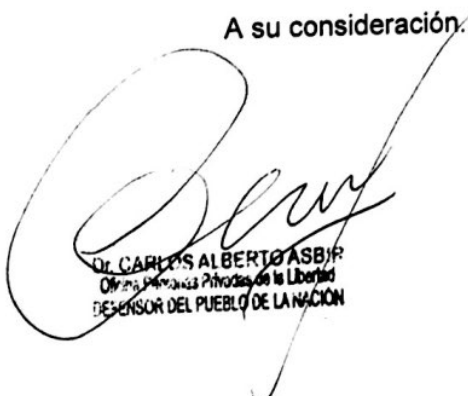
DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

**-IV-
Conclusión**

Por todo lo expuesto, considerando las recomendaciones formuladas al Estado argentino por el Comité de los Derechos del Niño en materia de régimen penal juvenil, y teniendo especialmente en cuenta que la Ley 27.272 no brinda un tratamiento diferenciado respecto de los imputados menores de edad (CN, art. 75.22; DUDH, art. 25.2; CDN, art. 40.3; PIDCP, arts. 6.5, 10.2.b, 14.4; PIDESC, art. 10; CADH, art. 5), esta Oficina de Personas Privadas de Libertad advierte que la norma no debiera ser aplicada a este grupo vulnerable. Ello implicaría el incumplimiento de la obligación de aplicar la norma vigente más protectora de los derechos humanos (CN, art. 75.22; PIDCP, art. 5; CADH, art. 29; PIDESC, art. 5; CCT, art. 1.1; CDN, art. 1.1). Vulneraría también el derecho a la igualdad y al mejor derecho de los adolescentes sometidos a proceso penal en el Estado argentino (CN, arts. 75.22 y 16; DUDH, art. 7; PIDCP, arts. 24, 25 y 26; PIDESC, arts. 7 y 10; CADH, arts. 1; 24 y 28).

A la fecha de elaboración del presente dictamen, se encuentra en trámite por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación una queja por denegación del recurso extraordinario respecto de la constitucionalidad del artículo 353 ter de la Ley 27.272.

A su consideración.


Dr. CARLOS ALBERTO ASBIF
Oficina Personas Privadas de la Libertad
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION


MARIA EUGENIA RIQUELME
Oficina Personas Privadas de la Libertad
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION

ES COPIA
ENRIQUE DANIEL GARCÍA
JEFE AREA REGISTRO, NOTIFICACIONES Y ARCHIVO
DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION