

## Procedimiento Penal Flagrancia Menores

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Procedimiento penal. Flagrancia. Menores Se revoca el fallo en cuanto aplicó el procedimiento de flagrancia a la causa en la que estaba involucrado un menor, pues la aplicación de las reglas ordinarias resulta más respetuosa de la garantía de un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y permite un ejercicio más amplio del derecho de defensa.

Buenos Aires, 19 de abril de 2017. Y VISTOS: Se celebró la audiencia oral prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la defensa de R. A. G. (fs. 67) contra la resolución de fs. 66/67, que rechazó tanto el planteo de que no se aplique el régimen de flagrancia previsto en el artículo 353 bis del Código Procesal Penal, según la ley 27.272, como la inconstitucionalidad de la citada ley en los procesos seguidos contra menores de edad en los términos de la ley 22.278. Por la parte recurrente, la doctora María Luisa Montes de Oca sostuvo en forma genérica que el régimen establecido por la ley 27.272 no debe aplicarse en ningún supuesto en el que se encuentren involucrados menores de edad. Afirmó en ese sentido que la imposibilidad de otorgar la libertad a los menores desde la comisaría, en atención a que el imputado debe comparecer detenido a la audiencia prevista en el artículo 353 ter del citado código, afecta el derecho a la libertad ambulatoria y la igualdad, pues la situación del menor que se encuentra sometido a este régimen difiere de la de aquél que no lo estuviera, al contar con menores garantías. Agregó que la celeridad que pretende la ley a través de plazos sumarios para el procedimiento afecta el régimen penal juvenil, que contempla un período de un año para el trámite del expediente tutelar, y sostuvo que la complejidad que ofrecen las causas de menores está dada, entre otras cuestiones, por la necesidad de abordajes interdisciplinarios. En relación con la alegada inconstitucionalidad, indicó que la ley 27.272 contradice la Convención de los Derechos del Niño. Por su parte, la doctora Natalia Bonino, por la Defensoría de Menores e Incapaces de Instancia Única en lo Penal Nacional y Federal N° 4, expresó que no coincidía con los argumentos de la recurrente, pues la 27.272 es una ley procesal que no deroga el régimen especial previsto por la ley de fondo 22.278. Agregó que hay que analizar el caso concreto a la luz de la legislación pertinente en materia penal juvenil, tanto nacional como internacional. Al respecto, señaló que en este supuesto el joven concurrió en libertad a la primera audiencia de flagrancia, estado en el que permanece en la actualidad. Además, cumple los dieciocho años de edad en tres meses y registra una causa en trámite ante el Tribunal Oral de Menores N° ....., de modo que la aplicación del régimen de flagrancia en la presente causa coadyuvaría a que, al adquirir su mayoría de edad, se resuelva en el corto plazo su situación en forma global. Indicó que la celeridad en el caso de los menores de edad es de especial importancia conforme a la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que establece que para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible, ya que cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado. Por último, explicó que el joven registra un año de tratamiento tutelar ante el citado Tribunal Oral, con lo que, en síntesis, no advierte incompatibilidad con la ley 22.278. El juez Mariano A. Scotto dijo: Cabe destacar preliminarmente que las críticas efectuadas no fueron en relación al hecho concreto, sino que se dirigieron a cuestionar la aplicación de la ley para los casos en que se encuentren involucrados menores de edad. Esta circunstancia, en la medida que no se formuló oposición concreta en los términos establecidos por el artículo 353 quáter, párrafo tercero, del ritual, lleva a descartar la oposición al trámite de flagrancia. Por lo demás, ante todo y como principio rector del análisis, se debe recordar que ¿La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, y requiere de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio en el caso concreto? (C.S.J.N. ¿Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/exhorto?, rta. el 13 de septiembre de 2016, entre muchas otras), lo que no se aprecia en este caso. Cabe poner de resalto que en el caso de autos, tras la aplicación de la ley 27.272 y al día siguiente de disponerse la remisión de R. A. G. -de 17 años de edad y por tanto punible en función del hecho imputado- al Instituto Inchausti (fs. 1 vta., 8, 9, 34 y 35), el joven fue entregado a su padre (fs. 40), y ulteriormente concurrió a la audiencia de flagrancia en libertad. Tal situación fáctica desdibuja el argumento de la recurrente acerca de que la previsión del artículo 353 ter, choca con la regulación específica del fuero penal de menores y contraviene la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre que no se ha comprometido la libertad ambulatoria del imputado. Asimismo, cumple mencionar que el juez de menores interviniente ordenó la aplicación de lo normado en el artículo 2° de la ley 22.278 (fs. 49). No parece, entonces, advertirse ningún gravamen que justifique la sanción pretendida cuando dicho proceder se adecua a lo establecido en el artículo 10 de las ¿Reglas de Beijing?. De todas formas, no parece la interpretación

propuesta por la defensa, ser la tenida en cuenta por el legislador al contemplar la complejidad de la investigación como impedimento para la aplicación del nuevo régimen de flagrancia. Pero, al margen de ello, no se aprecia cuál es el perjuicio que podría irrogarle, en este tópico concreto, cuando al imputado se le otorgan todas las garantías que contempla el procedimiento común, a las que se suman la obligación de que todas las decisiones jurisdiccionales se adoptarán en forma oral en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración? (artículo 353 bis, segundo párrafo del ordenamiento adjetivo), lo que pareciera otorgar un mejor resguardo a sus derechos y un mayor espectro a las posibles soluciones alternativas. En este, y en otros puntos cabe recordar que la "Reglas de Beijing" establecen en su artículo 7.1 que "En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior." Extremos todos garantizados en el procedimiento de la ley 27.272. Es que, debe resaltarse que la sanción de la nueva ley no ha derogado la 22.278, la que como ley especial deberá primar en su aplicación cuando ésta confronte, sin posible solución alternativa, con la criticada. Tal debe ser la solución aplicable pues de lo contrario sólo se dejaría a los menores ante la posibilidad de ser juzgados por el procedimiento común, en tanto la anterior legislación sancionada para casos flagrantes ha quedado en la actualidad derogada (de esta Sala, causa N° 73.574/2016/CA1, "A., L.", rta. el 15 de diciembre de 2016). En ese sentido, cabe destacar que en el caso del sub examen el joven registra el expediente tutelar N° ..... en trámite ante el Tribunal Oral de Menores N° ..... -a cuyo favor el magistrado de la instancia anterior cedió su disposición tutelar- (conf. fs. 54 y 60), marco en el cual, inclusive, viene recibiendo tratamiento tutelar desde hace un año, tal como ha informado la defensora de menores en la audiencia oral. Así, tampoco se ha demostrado el perjuicio por la aplicación de la ley 27.272. Al respecto, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, declaró inadmisibles los recursos de casación sobre este tema al no estar detenido el imputado (CNCCC, Sala III, causa N° 72.867/16, reg. N° 220/2017, del 28 de marzo de 2017). En razón de las consideraciones que anteceden, se estima acertada la decisión asumida en la anterior instancia, por lo que habrá de homologarse la resolución recurrida. El juez Mauro A. Divito dijo: I. La asistencia técnica de R. A. G. -que es un joven de 17 años de edad- ha cuestionado la tramitación del presente caso como un proceso de flagrancia y, en subsidio, postuló la declaración de inconstitucionalidad de la legislación respectiva. Luego de escuchar los agravios de la recurrente y lo expresado en la audiencia oral por la representante de la Defensoría de Menores, estimo que en el caso corresponde hacer lugar a la pretensión de que la causa se sustancie bajo las reglas del procedimiento ordinario previsto para los menores de edad. II. Es dable recordar ante todo que distintas Salas del Tribunal ya han examinado planteos similares, los que -con diferentes fundamentos- han sido tanto admitidos (cfr., entre otros, Sala I, causa nro. 2422/2017, "G.", del 10 de febrero de 2017) como rechazados (cfr., entre otros, Sala IV, causa nro. 72867/2016, "C. M.", del 21 de diciembre de 2016), de modo que -a estas alturas- no se aprecia que exista una jurisprudencia mínimamente asentada sobre el punto. III. Al respecto, más allá de que es cierto que los planteos de la defensa se han formulado en términos eminentemente genéricos, y de señalar que comparto, en lo sustancial, las consideraciones realizadas por la Sala I de esta Cámara en el precedente recién citado, estimo que la decisión a adoptar debe necesariamente ponderar las circunstancias concretas del caso y, principalmente, evaluar cuál es el trámite que mejor se adecua al interés superior del niño involucrado -el joven G.- (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1). En otras palabras, por imperio de disposiciones de jerarquía constitucional (CN, art. 75, inc. 22), la aplicación del régimen de flagrancia respecto de los menores de edad no sólo podría ser cuestionada -y, en su caso, dejada de lado- sobre la base de la complejidad de la investigación o invocando que no se verifican las circunstancias previstas en el art. 285 del CPPN (supuestos contemplados en el art. 353 quater de dicho ordenamiento), sino también cuando se considere que dicho trámite no atiende al citado interés superior. Aquí es menester recordar que, según lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "M.", los menores de edad cuentan con los mismos derechos que los adultos y, además, con derechos especiales, derivados de su condición, cuyo reconocimiento constituye un imperativo jurídico (cfr. "Fallos" 328:4343 -considerandos 32° y 33° del voto mayoritario-). IV. En ese marco, corresponde destacar que si bien el señor juez de grado, de conformidad con lo dispuesto por la fiscalía, ordenó tramitar el sumario bajo las reglas especiales instauradas por la ley 27.272 (fs. 8 y 49), éstas en rigor no fueron observadas, porque -por un lado- pese a lo que establece el actual art. 353 ter del CPP, el imputado no fue llevado detenido al juzgado interviniente, pues egresó del "Instituto Inchausti" con su padre (fs. 40). Aunque ello, evidentemente, ha sido decidido con buen criterio, ya que se ajusta a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto prescribe que "...La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" (artículo 37, inciso b), constituye un primer indicador de que el procedimiento actual de flagrancia, al menos como está diseñado en la ley, no se ha considerado compatible con la situación particular de G. El mencionado egreso, por lo demás, se ha ordenado sin otorgar intervención al ministerio público fiscal,

extremo que -frente al protagonismo que le reconoce a dicho organismo la ley 27.272- avala la apreciación recién formulada. Por otro lado, también apuntala dicha conclusión la circunstancia de que no se han respetado los breves plazos que fija el citado art. 353 ter, pues la audiencia inicial recién se llevó a cabo diez días después de la aprehensión (fs. 1, 54 y 66/67). V. Las consideraciones efectuadas demuestran que el trámite de la causa se ha fundado en disposiciones procesales que, en realidad, sólo se aplicaron de manera parcial, en una suerte de adaptación pretoriana del procedimiento de flagrancia al régimen especial de los menores de edad.

Sin embargo, ese singular proceder, que ha sido recientemente advertido -en minoría- por el juez Pablo Jantus, de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en cuanto destacó que en casos como el presente no se estaría aplicando la ley 27.272, sino ¿una nueva ley creada para tratar de convalidar que esta ley se aplique al sistema? (sala 3, causa n° 5478/2017/ CNC1, ¿G., A. N. y P., K. A. s/ robo con armas?, del 4 de abril de 2017), solamente resultaría admisible -según entiendo- en la medida en que reportara más beneficios que desventajas para la situación concreta del menor de edad que enfrenta el enjuiciamiento penal, pues -como se dijo- en este aspecto debe atenderse, de manera primordial, a su interés superior. Bajo tales premisas, si bien las reglas procesales recientemente instauradas para los casos de flagrancia pueden, al menos en abstracto, ser consideradas como un progreso en cuanto a la consagración de principios tales como la oralidad, la inmediación, la celeridad y la contradicción, su aplicación no necesariamente importará, en todos los casos, una ventaja -en términos de reconocimiento de derechos- para el niño que resulta imputado, frente al procedimiento común de los menores de edad. VI. En consecuencia, teniendo en cuenta las particularidades del sub examine y procurando atender al interés superior del niño imputado, considero atendible la pretensión de la recurrente, pues -en definitiva- la aplicación de las reglas ordinarias resulta más respetuosa de la garantía de un ¿juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso? y permite un ejercicio más amplio del derecho de defensa (CN, art. 18). Adviértase al respecto que, de mantenerse el trámite que la defensa técnica cuestiona, dicho interés superior podría verse afectado en virtud del plazo de caducidad que fija el art. 353 sexies del CPPN -más allá de los cuestionamientos que éste pueda merecer para solicitar una suspensión del juicio a prueba, con mayor razón al ponderar que el juez de la instancia anterior ha cedido la disposición del joven al Tribunal Oral de Menores nro. .... -donde se encuentra radicado el expediente tutelar nro. ....- (cfr. fs. 60). En efecto, el hecho que se atribuye a G. en la presente ha sido calificado como robo en grado de tentativa y aquél registra otra causa, radicada en el citado tribunal oral, en orden al delito de robo en poblado y en banda, de modo que, al menos desde un punto de vista formal y conforme a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente ¿A.? (Fallos: 331:858), no es posible descartar la eventual aplicación, en relación con ambas imputaciones, del instituto que contempla el art. 76 bis del Código Penal, hipótesis ésta que, al menos en principio, no sería viable si se aplicara la caducidad para solicitarlo que establece la ley 27.272. Por lo demás, la condición de menor del imputado - tenía diecisiete años al momento del hecho- impone recordar que la suspensión del juicio a prueba podría importar una alternativa adecuada para la observancia, en el caso, del principio de subsidiariedad de la pena de prisión que establece el art. 37. b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, según los lineamientos que pueden inferirse de lo decidido por el máximo tribunal en el fallo ¿R. M., J. L.? (Fallos: 329:4770). VII. Por lo expuesto, en definitiva me inclino por revocar la resolución apelada, disponer que la causa se sustancie de conformidad con las reglas comunes y declarar abstracto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad que la defensa formulara en subsidio. Así voto. El juez Jorge Luis Rimondi dijo: Tras haber oído la grabación de la audiencia celebrada, sin preguntas que formular a la defensa y luego de haber deliberado, teniendo en cuenta cuanto sostuve en la causa N° 2422/2017 de la Sala I, ¿G.?, del 10 de febrero de 2017, adhiero al voto del juez Divito. En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: I. REVOCAR la resolución extendida a fs. 66/67, en cuanto fuera materia de recurso y DISPONER que la causa se sustancie de conformidad con las reglas comunes. II. DECLARAR abstracto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad que la defensa formulara en subsidio. Notifíquese, devuélvase y sirva lo aquí proveído de respetuosa nota de remisión. El juez Jorge Luis Rimondi, quien integra el Tribunal por disposición del Acuerdo General del pasado 16 de diciembre, no intervino en la audiencia oral con motivo de su actuación simultánea en la Sala I de esta Cámara. Mariano A. Scotto (en disidencia) Mauro A. Divito Jorge Luis Rimondi Ante mí: Marcelo Alejandro Sánchez 030536E