

**La nueva ley de flagrancia 27.272 y su aplicación en la Justicia Penal Juvenil
Otro gran retroceso a la especialidad**

Por María Fernanda Poggi ()*

1. Introducción.

La reciente modificación del “*Procedimiento para casos de flagrancia*” introducida mediante la ley 27.272[1] al Código Procesal Penal de la Nación (según ley 23.984), amerita un análisis particular a la hora de evaluar su posible aplicación en el Fuero Nacional de Menores, análisis que a mi entender, corresponde efectuar desde dos planos diferentes, uno el normativo, y otro desde el impacto mismo que su posible implementación tendría en este fuero.

Una primera y rápida lectura del texto de la nueva ley, me llevó a conjeturar que no fue pensada y redactada para ser aplicada a la justicia penal juvenil. Luego, un análisis más minucioso de la letra de la ley, me reforzó esa mirada; que finalmente confirmé, a poco de releer el debate parlamentario que precediera a su sanción en el Honorable Congreso de la Nación. Allí advertí, a modo de ejemplo, que en el debate suscitado en la Cámara de Senadores, sólo la senadora Negre de Alonso, menciona sólo una vez la palabra “joven”, al referir que este sistema de flagrancias está criminalizando la protesta social, y que “*está destinado a los jóvenes con pocos recursos, a los jóvenes vulnerables*”; mientras que la senadora Fernández Sagasti, introduce en una intervención la frase “*...vayamos a las cárceles a ver quiénes son los que están detenidos en ellas: jóvenes y gente de bajos recursos.*”

Por su parte, en el extenso debate producido en la Cámara de Diputados de la Nación, la diputada Bregman emite opinión de modo genérico a la selectividad del sistema penal, y refiere que “*Las cárceles seguirán pobladas de pobres, jóvenes, y seguirán siendo detenidos por portación de cara...*”, afirmación que replica la diputada Donda Pérez, tras introducir el debate sobre el problema de seguridad en las calles, ejemplificando que “*Un pibe de 14, 15 o 17 años que sale a robar un auto con un arma en la mano es problema para la sociedad...¿Pero para qué va a robar un auto?... ¿Quién le puso un “fierro” en la mano a un adolescente?...*”

En conclusión, salvo esas expresiones genéricas, no se debatió sobre la aplicabilidad de este nuevo procedimiento de flagrancia en la justicia penal juvenil.

Sin perjuicio de ello, allí donde el legislador no aclaró excluyendo, decidió incluir. En síntesis, el nuevo procedimiento especial de flagrancia se aplicaría también para aquellos delitos cometidos por menores de 18 años, siempre que se cumplan los extremos que exige la norma.

Va de suyo aclarar, que la intención con estas líneas, no es cuestionar el procedimiento de flagrancia en sí, respecto del cual se comparte, puede resultar un instrumento eficaz, que acompañado de una estructura acorde y necesaria, se transformaría en una verdadera herramienta ágil, sencilla y eficaz en su objetivo de dotar al sistema judicial de mayor celeridad, a través de la oralidad, inmediatez, contradicción, bilateralidad y una efectiva participación de la víctima; para así reservar los escasos recursos del sistema a la investigación de delitos complejos.

El objetivo, es sólo examinar si su aplicación resulta acertada en el caso de imputados menores de 18 años, y el impacto que su aplicación tendrá, en mi opinión, en el Fuero Nacional de Menores de la Capital Federal, para lo cual dejo fuera del marco de este último análisis, el impacto que pueda tener en la Justicia

Federal tanto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como del interior del país, en razón de sus estructuras y problemáticas propias que son diametralmente diferentes.

Para comenzar a disipar esas primeras dudas que mencioné, me aboqué a una tarea de hermenéutica, y en el marco de una interpretación auténtica o legislativa de la ley, comencé a analizar los fundamentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo en el proyecto, pues éste fue su origen. Allí se advierte que se han tomado como modelos, procedimientos similares de flagrancia que han adoptado otras provincias, como ser Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Entre Ríos, La Rioja, Mendoza, Salta, Santa Fe, Tucumán o Tierra del Fuego, entre otras.

Lo primero que advierto, entonces, es que 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, lo que incide notoriamente en los puntos cuyo debate se pretende con este trabajo.

Finalmente, sucede que algunas provincias regulan procedimientos especiales de flagrancia, como el caso de Tierra del Fuego, que han excluido expresamente la aplicación del procedimiento de flagrancia a los casos en que participe del delito un menor de 18 años, como también lo ha hecho una de las últimas provincias en sancionar una ley de flagrancia no mencionada en el proyecto objeto de debate, cual es la provincia de San Juan. Tal diversidad, diluye entonces la posibilidad de observar cómo proyectó el Poder Ejecutivo la aplicación del procedimiento de flagrancia, en relación a los menores de edad.

En consecuencia, y considerando como señalara inicialmente, que ni los fundamentos del proyecto ni el debate parlamentario suscitado en torno a él, aportan material de análisis al respecto, sólo resta poder efectuar una exégesis de la ley a los fines de este trabajo, desde una interpretación teleológica y sistemática.

2. Análisis y algunos reparos normativos.

No se pretende con el presente, efectuar un desarrollo o análisis de toda la ley de procedimiento de flagrancia, sino exclusivamente esbozar algunas observaciones sobre dos o tres cuestiones centrales, que entiendo pueden incidir a la hora de procurar su aplicación a menores de 18 años, y que a mi entender, significan un claro retroceso en relación a la especialidad.

2.1. Sobre el requisito de la detención.

Sabido es que el plexo normativo que conforma la plataforma de estándares internacionales en materia de derecho penal juvenil[2], en modo claro y taxativo considera las medidas privativas de libertad para adolescentes infractores de la ley penal como último recurso.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que *“Los Estados Partes velarán porque... ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. 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 periodo más breve que proceda”* (art.37, apartado b).

Por su parte, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores[3], establecen en la regla 13.1 que *“Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”*; mientras que la regla 13.2 *“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 a una institución educativa”*.

Para orientar un mejor encuadre de estos conceptos, resulta indispensable recordar que la Resolución Nro. 45/113 de las Naciones Unidas[4], establece que ***“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o***

privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (regla 1, punto b, la negrita me pertenece).

Derivación razonada de ello, la disposición tutelar que ejerce el juez conforme las facultades que le otorga la ley 22.278, debe interpretarse en el marco de todo ese “corpus iuris” que regula sobre los derechos y garantías de la infancia.

En conclusión, *mínima intervención y última ratio*, son los principios rectores que rigen la actuación del Estado cuando de “detención” o “internación” de menores de edad se trata; principios receptados en el orden interno nacional, en los arts.315[5] y 411[6] del C.P.P.N.

Por el contrario, este nuevo procedimiento de flagrancia establecido por la ley 27.272, conlleva la “detención” como principio rector de su procedencia. Así, el nuevo art.353ter, establece que al momento de tomar conocimiento de la aprehensión, el fiscal deberá declarar de corresponder el procedimiento como de flagrancia, y en su caso, el detenido será trasladado ante el juez dentro de las 24 horas (prorrogables por otras veinticuatro) a los efectos de la audiencia oral inicial.

Este punto, amén de los reparos constitucionales que de igual modo asoman respecto de los adultos, es central a la hora de reafirmar las sospechas a las que aludiera al inicio de este trabajo. Este procedimiento no fue pensado ni diagramado para menores, sino para mayores.

Va de suyo que una normativa interna procesal no puede contradecir la manda constitucional claramente demarcada por el plexo antes mencionado, razón por la cual, y de modo acertado, a los fines de considerar la viabilidad de su aplicación también para niños y adolescentes, primarán como hasta hoy, los principios rectores de libertad, los que seguramente servirán de fundamento para justificar la aplicación de esta nueva ley también a ellos, en el marco además de los principios propios antes reseñados y plasmados en los arts. 315 y 411 del Código Procesal Penal de la Nación.

Esta exigencia de difícil cumplimiento en la justicia especial penal juvenil, desnaturaliza ya desde el comienzo uno de los principios propios de esta ley, cual es, que el imputado en el marco de la celeridad de este procedimiento, llegue detenido a esa primera audiencia, pues en la mayoría de los casos el niño o joven, llegará en libertad.

Relacionado con ello, no puede soslayarse, la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran muchos de los jóvenes que hoy ingresan al sistema penal juvenil, vulnerabilidad que, social, educativa, económica, y/o cultural, colabora a que una vez en libertad, no cumplan con las mandas judiciales, entre ellas la de asistir a las audiencias que le son fijadas, máxime aquellos casos donde la vulnerabilidad se amalgama con la marginalidad, como sucede en muchos de los casos en que los niños o jóvenes se encuentran en situación de calle. Este punto, se advierte, también coadyuvará a la desnaturalización de los fines de este trámite.

Por otro lado, y también relacionado con este primer requisito de “detención”, en aquellos casos en que el juez disponga en el marco del expediente tutelar, que el niño o adolescente permanezca internado, al momento de llevarse a cabo la audiencia inicial de flagrancia, el fiscal nada podrá oponer respecto a su libertad o internación, pues, pese a las instrucciones impartidas mediante Resolución PGN Nro.46/00[7], dicha facultad conforme las disposiciones de la ley 22.278, continúa siendo del juez en el marco del mencionado expediente tutelar, al cual el Ministerio Público Fiscal no habrá tenido acceso, sin perjuicio de las facultades que conserva como garante de la legalidad.

2.2. Sobre la suspensión del proceso a prueba, el juicio abreviado, y el plazo de caducidad.

La segunda cuestión que a mi criterio amerita un especial debate, es la relacionada con la suspensión del juicio a prueba y el juicio abreviado, los cuales ahora deberán ser solicitados en esta etapa -entre la audiencia inicial y la de clausura-, bajo sanción de caducidad.

Al respecto, sobre dos cuestiones me quisiera centrar, una sobre la pertinencia de dicha sanción, y otra relacionada con la vinculación de dichos institutos con la defensa en juicio de los niños, niñas y adolescentes.

Obligar a un niño o adolescente, a decidir bajo pena de caducidad por algunos de estos institutos en el plazo de 10 ó 20 días -según esté “detenido” o en libertad-, implica en mi apreciación, un menoscabo absoluto de las reglas específicas que deben regir en un procedimiento para jóvenes infractores de la ley penal. Ignorar o soslayar los tiempos y procesos particulares que por su propio grado de maduración requieren en todos los órdenes los niños o adolescentes, es desconocer la esencia misma de la justicia penal juvenil.

La celeridad del procedimiento y la garantía de todo justiciable de ser juzgado en un plazo razonable, no se satisfacen en un procedimiento especial juvenil, con una sanción de caducidad como la impuesta por los legisladores en este proceso de flagrancia.

Tampoco el fin restaurativo y resocializador del sistema de justicia juvenil se alcanza, cuando el joven decide o se allana a algunas de estas alternativas, guiado por una amenaza de sanción.

En este sentido, la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño, establece en el punto 50 que “*Conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, el niño y la persona que le preste asistencia **debe disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa...***”. Para lo cual, el punto 46 de la misma Observación, estipula que “*para que un juicio sea imparcial **es preciso que el niño de quien se alega que ha infringido las leyes penales o a quien se acusa de haber infringido esas leyes pueda participar efectivamente en el juicio y para ello necesita comprender las acusaciones y las posibles consecuencias y penas...***”, para culminar diciendo “*...La edad y el grado de madurez del niño también pueden hacer necesario modificar los procedimientos y las prácticas judiciales.*” (La negrita y el subrayado me pertenecen).

Es decir, por un lado se le debe garantizar al defensor un tiempo adecuado para preparar la defensa del niño o adolescente, para lo cual necesita también que éste comprenda los alcances de sus decisiones, que precisamente por su inmadurez, pueden requerir un tiempo mayor que los diez o veinte días que le otorga la nueva ley, bajo sanción de caducidad.

Tal es así, que la práctica muestra por ejemplo, en relación al juicio abreviado, que en muchos casos, el niño con su defensor, analizan a lo largo de todo el tiempo que le resta al joven hasta alcanzar la mayoría de edad, cuál es su mejor estrategia de defensa, precisamente por el avance que en el desarrollo madurativo va teniendo el niño o adolescente a lo largo del tiempo, y las particularidades propias que tiene este procedimiento especial en el que se llevan a cabo dos juicios: primero el juicio de responsabilidad, y luego una vez alcanzada la mayoría de edad, el juicio establecido por el art.4[8] de la ley 22.278 en el que en definitiva, se valorará no sólo el “quantum” de pena, sino la necesidad misma de su aplicación.

En este marco, reluce aún peor imponer a un niño la obligación de decidir si desea acordar un juicio abreviado a los diez o veinte días de su aprehensión, cuando en realidad, en este estadio sólo podría acordar un juicio de responsabilidad, pues para su sanción final -que además dependerá de su evolución-, deberá necesariamente esperar a cumplir la mayoría de edad. ¿Dónde y cómo se satisface entonces la celeridad pretendida por la ley en el caso de los niños? La respuesta decanta casi con naturalidad. En esta directriz, otro hubiera sido el escenario, si al menos se hubiese garantizado al niño la posibilidad de optar por un procedimiento ordinario, como lo hace el hasta hoy vigente procedimiento de flagrancia. Por el contrario, una vez declarado por el fiscal el procedimiento como de flagrancia, el imputado menor de edad, ya no tiene facultad de optar, y debe en diez o veinte días, decidir si se acoge a algunos de los institutos señalados, bajo pena de caducidad.

Ello, a mi entender, debilita su garantía de defensa en juicio, y refuerza la tendencia que se vislumbra de equiparar los juicios de menores a los de mayores, erosionando cada vez más el principio de especialidad. **Los niños y adolescentes no pueden ser considerados procesalmente de igual manera**

que los adultos; por su propia inmadurez intelectual y emotiva; por su propia condición; deben recibir un trato diferenciado y especial.

Por tal razón, reitero, **considero que esta exigencia introducida por la nueva ley, implica un claro retroceso en materia de especialidad**, pues toda intervención estatal, aun mediante la actividad legislativa, que afecte o incida en el procedimiento especial de los menores, además de ser legal, debe ser proporcional, razonable y justa; extremos que a mi entender, no alcanza a satisfacer esta nueva ley en relación al tema tratado.

Otro dato no menor se vincula con los cuestionamientos que se efectúan respecto de la competencia misma de los jueces de primera instancia. Así, como se argumenta en el caso de los mayores, que los jueces de instrucción carecen de competencia para juzgar y dictar sentencias (art. 26[9] del C.P.P.N.), en el caso de los jueces de menores, sólo tienen competencia para juzgar en única instancia por delitos de acción pública, por delitos conminados con pena privativa de la libertad que no exceda de 3 (tres) años (art. 29, inc.2° del C.P.P.N.). Seguramente, la respuesta a este cuestionamiento, será, ley especial y posterior, deroga la anterior.

En cuanto a la suspensión del proceso a prueba, debe decirse que también su aplicación resulta de especial valoración por los jóvenes involucrados en causas penales, como así también por sus defensores, por la particularidad misma que presentan los adolescentes. Esta particular situación, propia de su inmadurez, hace que en algunos casos sean más propensos a arrimarse a situaciones delictivas, extremo que en la práctica, se trasluce en que pocos sean los jóvenes que tan tempranamente se decidan por este instituto, en razón de las consecuencias que ello tendría sobre la “probation” otorgada.

Como vemos entonces, la finalidad de esta ley de flagrancia, de lograr una decisión jurisdiccional definitiva en un plazo razonable dotando de mayor celeridad al proceso, resultaría óptima en un sistema penal juvenil que cuente con herramientas propias, y un variado catálogo de medidas alternativas a la prisión que permitan lograr un real fin reparador o restaurativo. Sólo así podría lograrse que los jóvenes adquieran verdaderamente un rol constructivo en la sociedad y el respeto por los derechos de terceros. En esta directriz, no se observa que la sanción de caducidad impuesta por la nueva ley, colabore en el alcance de dichas máximas.

2.3. Sobre los juicios unipersonales.

La ley introdujo otra modificación importante relacionada con la clase de tribunal que juzgará según sea la pena del delito que se trate, estableciendo que intervendrá un tribunal unipersonal en todos aquellos delitos cuya pena máxima no sea mayor de 15 (quince) años de prisión.

Este resulta a mi entender, otro punto preocupante cuando pensamos en su aplicación para imputados menores de 18 años, extremo que amerita un particular estudio desde dos planos diferentes. Un primer plano de análisis se relaciona con los mismos delitos por los cuales los menores serán juzgados y eventualmente condenados, por tribunales unipersonales. El segundo, concierne a la problemática misma del colapso que presentan los Tribunales Orales de Menores de la Capital Federal, el cual no puede soslayarse, pues también debería ser una variable a considerar a la luz de la celeridad pretendida.

Los delitos por los cuales los menores de 18 años serán juzgados por tribunales unipersonales.

Como ya señalara, la ley introduce otra gran modificación para la etapa del debate de estos casos que tramiten por el procedimiento de flagrancia. El último párrafo del art. 353 septies que se incorpora al plexo procesal, refiere que “En todos los casos cuya pena máxima prevista no sea mayor a 15 (quince) años, el juzgamiento lo realizará un único magistrado”, incluyéndose aquí por lo antes expuesto, a los menores de 18 años.

Este punto, se advierte, no fue ajeno a los legisladores, pues así lo permite ver el debate parlamentario que se diera en torno a la misma. Sin perjuicio de ello, no se desprende del mismo ninguna consideración específica relacionada con su posible implementación al sistema de justicia penal juvenil, como tampoco

se la observa en los propios fundamentos del proyecto, lo que nuevamente nos limita el análisis en el marco de una interpretación auténtica o legislativa de la ley. Descartada ella, una interpretación teleológica como así también una sistemática, devienen como las más adecuadas.

En modo alguno se cuestiona la falta o mengua de garantías de este tipo de tribunal, sino la imposibilidad del imputado menor de edad, de optar por un tribunal colegiado, lo que implica, a mi modo de ver, otro retroceso normativo de la especialidad.

La conformación de los tribunales colegiados implica deliberación (art.396 del C.P.P.N.) circunstancia ésta que no se da cuando el tribunal es unipersonal. Esta deliberación, “*constituye un intercambio de ideas, una confrontación de opiniones que el legislador ha meritado indispensable por los jueces del debate, para el aseguramiento de una decisión justa (el subrayado me pertenece), sólo aceptable con ulterioridad a ella y que habrá de plasmarse seguidamente a través de los votos motivados de aquéllos.*”[10] En esta deliberación, como bien lo establece el art. 398 del C.P.P.N., el tribunal colegiado resolverá una serie de cuestiones, como la existencia del hecho, la participación del imputado, la calificación correspondiente, y - entre otras cosas-, la sanción aplicable. Y es aquí donde quisiera detenerme.

En el procedimiento especial de la minoridad vigente, regulado por la ya mencionada Ley 22.278, no sólo resulta materia especial de debate el “quantum” de pena aplicable al caso, sino la necesidad misma de su aplicación, pudiéndose hasta decidir respecto de este último punto, la reducción de la pena a aplicar al menor, o hasta su propia absolución, extremos que si se analizan a la luz de ese “plus de derechos y garantías” que los niños poseen en el marco del debido proceso, ameritan al menos, una particular y especial apreciación, al momento de ser valorados e interpretados.

Este imperativo legal, no sólo ameritaba, sino exigía en mi opinión, un estudio de igual modo particular por parte de los legisladores al momento de proyectar que este procedimiento especial de flagrancia, se aplicaría también a los menores de edad.

Por ello, y sin ánimo de inmiscuirnos en la actividad propia legislativa que nos es ajena, cierto es que, como se anticipara, nuevamente una interpretación sistemática de las normas procesales, es la que nos encaminará hacia la mejor exégesis.

Tras la reforma introducida en el Código Procesal Penal de la Nación, coexisten dos procedimientos para delitos de acción pública, el ordinario y el flagrante. En función de ello, un menor de 18 años cuya causa se inicie por flagrancia, será juzgado y eventualmente condenado por un único juez, quizás por delitos graves (como lo son muchos de los conminados con una pena máxima de hasta 15 años de prisión), como ser un robo con arma de fuego tentado, un abuso sexual con acceso carnal, una privación ilegal de la libertad. Mientras que otro menor de 18 años, que no sea sorprendido en flagrancia, pero que se le imputen delitos como un hurto agravado, una amenaza coactiva o un robo tentado, será juzgado por un tribunal colegiado, con las particularidades y garantías que acabo de mencionar.

Ya en el marco de una interpretación teleológica, seguramente, y acompañando el espíritu de la ley, se habrá considerado que la sustanciación del juicio oral en presencia de un sólo magistrado en lugar de un tribunal colegiado, mejorará ampliamente el servicio de justicia, brindando una más rápida y eficaz solución a los procesos. En este entendimiento, se suele argumentar que en modo alguno estos juicios unipersonales se reflejan en una mengua de derechos o garantías constitucionales, pues la revisión amplia por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal que se instaura a partir del Fallo “CASAL” (CSJN Fallos: 328.3399) garantiza la vigencia de las garantías del proceso y opera como un reaseguro de éstas.

Estos resultan ser los mismos fundamentos de otros proyectos de ley que actualmente se encuentran en debate, como el de “*Unificación de Fueros de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional e implementación del juicio unipersonal*”, y el de “*Fortalecimiento de los Tribunales Orales*”. Ambos reflejan, el mismo principio rector.

Ahora bien, si esto fuera así en modo absoluto, no se entiende por qué habrían de existir tribunales colegiados para juzgar otros delitos más graves; pues todos, aún aquellos conminados con penas atemporales, podrían ser juzgados por un tribunal unipersonal, ya que, de igual modo -bajo esos mismos argumentos-, estaría garantizada la revisión amplia por un Tribunal Superior.

Evidentemente esto no es así, pues por alguna razón los propios legisladores siguen considerando escalas máximas legales a la hora de debatir estas cuestiones, como lo han hecho igualmente al momento de sancionar el Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063, actualmente suspendido). Allí también se estableció en el art. 54 que los jueces con funciones de juicio serán competentes para conocer en forma unipersonal, entre otros casos en aquellos delitos reprimidos con pena privativa de la libertad, si el representante del Ministerio Público Fiscal pretendiera una pena inferior a los seis años; y prevé, que si el requerimiento de pena estimado fuera **superior a 3 (tres) años e inferior a 6 (seis), el imputado podrá solicitar la intervención de tres jueces**. De igual modo, establece en el último párrafo, que **si el representante el Ministerio Público Fiscal requiriera una pena superior a seis (6) años, en el juicio oral, intervendrán tres (3) jueces**.

Es decir, que la pena siempre es una variable a considerar al momento de determinar el tipo de tribunal que intervendrá en el caso -unipersonal o colegiado-. **Por tal razón, en mi opinión, el argumento de la revisión amplia, no alcanza a cubrir dicha garantía.**

Consecuentemente, podría considerarse que un código procesal que no preserve dicha igualdad entre los diversos procedimientos que contemple, menoscaba el debido proceso y la defensa en juicio, situación que se hubiera visto zanjada, simplemente con reservarle al imputado la facultad de optar por el procedimiento ordinario como sucedía en el procedimiento anterior, o al menos la facultad de optar por un Tribunal colegiado superado determinado límite de pena.

En la misma línea argumental, el “*Proyecto de Unificación de Fueros e Implementación de Juicio Unipersonal*”, prevé la intervención de Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional de Menores en modo unipersonal cuando se trate de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto no exceda de seis años, o cuando se tratara de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto supere los seis años y no exceda de quince, salvo que el imputado o su defensor requieran la integración colegiada en oportunidad de la notificación de elevación a juicio. Además asegura este derecho introduciendo una modificación al art.349 del C.P.P.N., otorgándole al defensor la posibilidad de solicitar expresamente la intervención de un tribunal colegiado, al momento de ser notificado de la elevación a juicio requerida por el fiscal (la negrita y los subrayados me pertenecen).

Aún más, prevé que en caso de existir dos o más imputados, la elección por uno de ellos del juzgamiento colegiado obligará en igual sentido a los restantes. Es decir, este proyecto, también reserva al niño o adolescente imputado de cometer algún delito, la facultad de optar por un tribunal colegiado cuando la pena máxima del delito en abstracto supera los 6 años. **Facultad negada a los imputados en este procedimiento especial de flagrancia.**

En esta misma directriz, el proyecto de “*Reforma del Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley 27.063*”, al referirse en su art.54 a la integración del tribunal de juicio, establece que se integrará con un solo juez en los casos de *1) Delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto no exceda de SEIS (6) años; 2) Delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto supere los SEIS (6) años y no exceda de QUINCE (15) años...., salvo cuando el imputado y su defensor requieran la integración colegiada.*” (En todos los casos las negritas y subrayados me pertenecen).

Contrariamente a todos estos casos, la nueva ley de flagrancia, no alude a esta reserva. Muy probablemente se intente justificar tamaña omisión, en la celeridad misma pretendida por este procedimiento especial de flagrancia. Quizás, para algunos, ello se ajuste procesalmente a esta finalidad. Claramente no lo hace a la hora de evaluar la necesidad y obligatoriedad de garantizar a los jóvenes un procedimiento especial, con garantías especiales y de mayor alcance, al amparo de los estándares internacionales que rigen al respecto. El trato diferenciado mediante la sanción de leyes especiales y

aplicación de procedimientos especiales, es una manda que no se puede sortear, conforme se explicará en el acápite siguiente.

Peor aún se vislumbra la situación en el Código Procesal Penal según Ley 27.063, al que, pese a estar suspendido, también se introdujo la reforma en cuestión. La enfrenta entre ambos procedimientos en dicho cuerpo normativo, en el que además se suprimió directamente el juicio especial de menores que al menos contempla el código vigente según Ley 23.984, se torna hasta escabrosa.

Puntualizando entonces, y por los argumentos esgrimidos, entiendo que privar al niño o joven de la posibilidad de optar por ser juzgado por un tribunal colegiado, debilitaría su garantía de defensa en juicio, y refuerza la tendencia que se vislumbra a equiparar los juicios de menores a los de mayores, **erosionando cada vez más, el principio de especialidad**.

No podemos olvidar tampoco ese soberano “interés superior del niño” que la Convención sobre los Derechos del Niño menciona en el inc.1° del art.3°. Así se estableció que *“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.”* (el subrayado me pertenece), expresión que se llenó de más contenido aún en el orden interno, con la sanción de Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, al definirlo en su art.3° como **la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley**.

Mención aparte, y para culminar el desarrollo de este punto, merece la situación de colapso en que se encuentran actualmente los Tribunales Orales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires[11], en los que tramitan más de dos mil causas por tribunal, situación que, de no ser atendida urgentemente, frustrará de igual modo la celeridad pretendida por la ley, pues los Jueces de los Tribunales Orales, deberán ahora administrar su tiempo para resolver prontamente estos casos en juicios unipersonales, asignando a ellos los escasos recursos existentes, en detrimento de los juicios por delitos más graves, que implican en general más fechas de audiencias, más esfuerzos y más preparación, amén de mencionar que continuará habiendo -como consecuencia del juicio unipersonal-, un solo fiscal por ante los tres jueces de cada tribunal.

Por otro lado, y en una situación diametralmente opuesta, se encuentra la Justicia Nacional de Menores de Primera Instancia de la Ciudad de Buenos Aires, donde el bagaje de trabajo es notoriamente menor, y cuenta con siete juzgados cada uno con tres secretarías, siete fiscalías y tres defensorías. El personal es por cierto altamente calificado y especializado, lo que colocaría a esta instancia, mejor posicionada dentro de esta estructura, para afrontar positivamente el procedimiento de flagrancia, de contarse con los medios necesarios.

Pero a mi entender, y por las razones ya expuestas, la implementación del procedimiento en cuestión en la situación actual, sólo conllevará a que ninguna causa (o muy pocas), culminen en este estadio; por el contrario, sólo será un intento frustrado de implementación en miras de su finalidad, donde tras las audiencias, las causas de igual modo se elevarán a los Tribunales Orales.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, cierto es que carencias estructurales no pueden alzarse frente a la implementación de una ley, pero sí ameritan al menos una particular atención por parte de las autoridades respectivas.

En este entendimiento, de contarse con las herramientas necesarias que acompañen una adecuada implementación de la ley de procedimiento de flagrancia, que podría expresarse en la sanción de una ley de responsabilidad penal juvenil, con un sistema de sanciones específicas y diversas alternativas a la prisión, contribuiría a una verdadera celeridad, a lograr la culminación de los procesos en un tiempo razonable y al fin restaurativo del sistema de sanciones propias y especiales; al tiempo que coadyuvaría a descongestionar progresivamente de modo positivo los tribunales orales, pues efectivamente las soluciones a los casos se darían de modo eficaz en la Justicia de Menores de Primera Instancia,

reservándose los recursos de los Tribunales Orales de Menores, como ya se dijera, para los casos más complejos.

3. La afectación al principio de especialidad.

Establece la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 40, apartado 3°, que: *“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...”* (El subrayado y negrita me pertenece).

El mismo art. 40 de dicho instrumento en su apartado 2°, punto iii) expresa que los Estados Partes garantizarán *“Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.”*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art.5, apartado 5, expresa que *“Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.”*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 10, apartado 2°, punto b) dispone que *“Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”*. Y su apartado 3°, que *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”*

La Declaración de Ginebra de 1924, ya había estipulado la necesidad de proporcionar a los menores una protección especial. La Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas²², dejaba en claro en los mismos “considerandos” que *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*; para luego proclamar como principio segundo que *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Forman parte también de este “corpus iuris” internacional las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores” que, como orientaciones de carácter general, han tenido por objeto la promoción de políticas acordes al bienestar de los niños, y particularmente con relación al tema que nos ocupa, establecen en el punto 2.3. que *“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...”*.

En igual sentido, la Opinión Consultiva Nro.10 del Comité de los Derechos del Niño, al referirse a la Organización de la Justicia de Menores establece en el art. 90 que *“...**los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.**”*

También jurisprudencialmente ha sido receptado este principio de especialidad. Lo ha hecho la Corte Interamericana en el caso *“Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”*, más conocido como *“Panchito López”* y en el caso *“Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala).

En el caso “Panchito López” la Corte expresó: *“Este Tribunal ha sostenido que 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 infracciones a la ley penal”* (el subrayado me pertenece).

En la misma línea de pensamiento, se ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gerardo Vargas Areco c/ Paraguay”, al manifestar en relación al art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño que a criterio de esa Comisión, tal disposición recoge una de las principales normas de derecho internacional en materia de niñez, cual es la prohibición de juzgar niños como adultos.

Este es sintéticamente el marco conceptual del principio de especialidad, que abarca, como se advierte, el procedimental.

En este contexto, se intentará seguro armonizar la nueva ley de flagrancia con los postulados reglados por la ley 22.278 para sellar su aplicación, pero claramente no resulta un procedimiento que implique reforzar esos postulados, sino por el contrario, **resulta una ley que en modo notorio tiende a asimilar el proceso penal juvenil al de adultos, imponiendo requisitos que no se compadecen con dichos alcances, sino que, antitéticamente, refuerzan un terminante retroceso en materia de especialidad.**

4. Conclusión.

La reforma procesal introducida mediante la Ley 27.272, no recoge los postulados delineados por el “corpus iuris” internacional en relación al principio de especialidad, que debe guiar como hilo rector todo procedimiento penal juvenil, pues en vez de profundizar un procedimiento especializado con garantías especiales y de mayor alcance por la propia condición de los niños o adolescentes, consolida un retroceso en términos de efectividad de dichos estándares.

Parecería haber una tendencia legislativa que podría vislumbrarse en esta materia como un menoscabo a los principios de *“progresividad y no regresividad”*, pues una vez establecido un determinado estándar o garantizado un determinado derecho, el Estado debe propender a mantenerlo o expandirlo, pero nunca a eliminarlo o reducirle su ámbito de protección.

Es claro que esta ley no fue pensada y diseñada para ser aplicada a la justicia penal juvenil en el marco de estos postulados. Sin perjuicio de ello, cierto es que una vez ingresada una reforma en el plexo normativo vigente, debe interpretarse del modo que mejor armonice con el resto del sistema. Pero una cosa es una tarea hermenéutica armónica y sistemática, y otra muy distinta tener que forzar una interpretación en pos de sortear carencias legislativas tan profundas, actividad que no se asoma como menor, cuando de derechos de la infancia se trata.

Cuando un Estado ratifica un Tratado de Derechos Humanos, sus disposiciones se tornan obligatorias. La Convención sobre los Derechos del Niño no está ajena a ello, y por tal razón somete a los Estados Partes a ser examinados a los efectos de evaluar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones asumidas (art. 43, inc.1°), y los compromete a presentar cada cinco años al Comité de los Derechos del Niño creado para tal fin, un informe sobre las medidas que se vayan adoptando en tal sentido (art. 44, incs.1 y 3).

Corolario de ese deber, corresponde al Estado Argentino asegurar el desarrollo de un sistema de justicia penal juvenil que se enmarque en los estándares mencionados, que permita profundizar y mejorar el “plus de derechos y garantías” del que gozan los niños, niñas y adolescentes, en vez de limitarlos o disminuirlos. Interesante resultará saber cómo será evaluada en un tiempo esta tendencia, bajo el cristal de los mencionados arts. 43 y 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(*) Fiscal nacional de menores de la Capital Federal.

[1] Sancionada el 7 de septiembre de 2016. Aún no publicada a la fecha de este trabajo.

[2] La Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), y las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, a los que se agrega en el orden interno la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

[3] Conocidas como Reglas de Beijing.

[4] Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por Asamblea General en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

[5] El art. 315 del C.P.P.N. establece que *“Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica”*.

[6] Este articulado prevé que *“La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones... Toda medida a su respecto, se adoptará previo dictamen del asesor de menores”*.

[7] Esta resolución de la Procuración General de la Nación, de fecha 30 de agosto de 2000, instruye a los fiscales que actúan ante el Fuero de Menores en la Ciudad de Buenos Aires y ante el fuero federal en el interior del país, en sus respectivas instancias, para que en todos los casos en los que exista la posibilidad o se hubiere dispuesto la internación de un menor de edad, en un instituto especializado o cualquier otra medida que pudiere causarle gravamen irreparable, soliciten tomar intervención en los respectivos expedientes tutelares a efectos de analizar la legalidad y racionalidad de las medidas adoptadas sobre la base de la normativa que rige la materia teniendo especialmente en cuenta -por su rango normativo en el derecho interno- la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). De igual modo recomienda que en todos los supuestos en los que los Señores Fiscales estimen que la internación del menor de edad o cualquier otra medida de las mencionadas precedentemente no se ajustan a los estándares mencionados en los considerandos de la presente, arbitren los recursos pertinentes en los términos del art. 1 de la Ley Orgánica, 433 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación y 37 inc. d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, para obtener la revisión de tal decisión ante el tribunal de alzada.

[8] El procedimiento reglado en el art.4° de la ley 22.278, establece que *“La imposición de pena respecto del menor a que refiere el art.2° estará supeditada a los siguientes requisitos: 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales; 2) que haya cumplido dieciocho (18) años de edad; 3) Que haya sido sometido a un periodo de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las particularidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°.”*

[9] Art.26 del C.P.P.N. *“El juez de instrucción investiga los delitos de acción pública de competencia criminal, excepto en los supuestos en los que el ministerio fiscal ejercite la facultad que le otorga el artículo 196.”*

[10] Navarro, Guillermo Rafael – Daray, Roberto Raúl, *“Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial.”* Tomo 2. Pág. 1067. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2004.

[11] Esta situación de emergencia, se viene informando y relevando desde hace más de una década, concretamente desde el año 2004. En marzo de ese año, los jueces integrantes de los Tribunales en cuestión, elevaron un oficio al Señor Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos -para entonces el Dr. Gustavo Beliz-, mediante el cual pusieron en conocimiento la grave situación por la que atravesaban como consecuencia del cúmulo de causas existentes y de las dificultades para la resolución de las mismas con los recursos habidos, situación de gravedad que ilustraron con las estadísticas de la C.S.J.N., que ya

reflejaban para aquel año, un ingreso de causas por cada Tribunal Oral de Menores, que casi duplicaba las ingresadas en cada uno de los 30 Tribunales Orales Criminales de mayores; una cantidad aproximada de 80 (ochenta) detenidos mayores por cada uno de los Tribunales, más de 400 (cuatrocientos) internados entre los tres TOM; y un número total de expedientes tutelares que superaba los 2400 (dos mil cuatrocientos). Unos meses más tarde, en el año 2005, la misma inquietud fue planteada por los Fiscales Generales ante los TOM, a la Procuración General de la Nación, originando el expediente O 6520/2005 caratulado “*Ballester, María E., Secretaria Letrada de la P.G.N. s/ propone la realización de un estudio integral relativo a la situación de las Fiscalías ante los Tribunales Orales de menores*”. La situación de gravedad allí reflejada, dio lugar a que el entonces Procurador General de la Nación -Dr. Estaban Righi- enviara en mayo de 2006, al Honorable Congreso de la Nación, un proyecto de ley proponiendo la creación de tres Tribunales Orales de Menores más para la Capital Federal, el que, en razón de haber perdido luego estado parlamentario, en marzo de 2009, se dictó la Resolución PGN 24/09 por la que se dispuso reeditararlo. Luego, el mismo proyecto que tuvo ingreso por ante el Honorable Senado de la Nación el 23 de marzo de 2009, también perdió estado parlamentario el 1 de marzo de 2010. Concomitantemente a ello, esa misma inquietud en relación a la situación de gravedad por la que atravesaban los TOM, también fue atendida favorablemente por el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, que el 12 de octubre de 2006, en sesiones plenarias (Resolución 490/06), emitió opinión favorable respecto al Proyecto de ley presentado en los términos de la **resolución 288/06** de ese Consejo, para la creación de tres Tribunales Orales de Menores más. En ésta última, de fecha 22 de junio de 2006, se señaló que debía considerarse que “...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. En el sistema penal de menores rigen dos tipos de normas, la ley 22.278 y la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.489), incorporada al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. 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, se señala que 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. En tal sentido las estadísticas aportadas son claras. Además, la aplicación de legislaciones y procedimientos diferentes en los tribunales de menores, según la edad en que el procesado delinque, pone en juego distintos institutos procesales que no coinciden con el objeto de la creación de esos tribunales.**” (la negrita me pertenece). Tal continuó siendo la situación de gravedad, que el Senado de la Nación tiempo más tarde, remitió al Consejo de la Magistratura, un proyecto proponiendo la creación de cinco Tribunales Orales de Menores más, con el fin de que este órgano emitiera opinión al respecto, habiendo sido la misma favorable en Resolución 277/09. Nada finalmente se concretó, la situación de emergencia fue empeorando y volvió a ser informada en el año 2010 por los Jueces integrantes de los 3 Tribunales Orales, quienes solicitaron al Consejo de la Magistratura, la realización de un relevamiento de datos, originándose en el Cuerpo de Auditores, el expediente nro.15/10 caratulado “*Tribunales Orales de Menores de Capital Federal sobre/ auditoria de relevamiento*”, y respecto del cual mediante Resolución nro. 70/10 de fecha 18 de marzo de 2010 de sesión plenaria, se hizo mención a la situación de colapso de esos tribunales. Dicho relevamiento, con fecha 2 de marzo de 2011, habría pasado a la Comisión de Administración y Financiamiento. [12] Proclamada por la Asamblea en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

Citar: elDial.com - DC2216

Publicado el 25/10/2016

Copyright 2021 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina