



Reg n° 246/2017

//n la ciudad de Buenos Aires, a los cuatro días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se constituye el tribunal, integrado por los señores jueces Mario Magariños, en ejercicio de la presidencia, Pablo Jantus y Carlos Alberto Mahiques, a fin de celebrar la audiencia prevista en el art. 454, en función del art. 465 *bis*, del Código Procesal Penal de la Nación, en la causa n° 5478/2017/CNC1, caratulada “G, A N y P, K A s/ robo con armas”. La audiencia está siendo filmada; el registro audiovisual forma parte integrante de la presente actuación y queda a disposición de las partes en Secretaría. Se encuentran presentes, en primer lugar, la parte recurrente, representada por el defensor público oficial, titular de la Unidad de Actuación N° 1 ante esta Cámara, doctor Claudio Martín Armando, letrado a cargo de la asistencia técnica de los señores A N G y K A P, y, en segundo término, la fiscal de la Procuración General de la Nación, doctora María Luisa Piqué. Se da inicio a la audiencia y se concede la palabra al recurrente, quien procede a argumentar su posición. Seguidamente, se otorga la palabra a la fiscal, quien expone los fundamentos de su postura. Tras la deliberación del tribunal (arts. 396 y 455 CPPN), el señor Presidente hace saber que esta Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría conformada por los votos de los jueces Magariños y Mahiques, ha RESUELTO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 94/108, sin costas (444 segundo párrafo, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Seguidamente, el Sr. Presidente pasa a exponer los fundamentos del fallo pronunciado. Explica que, como lo señaló el señor defensor, las condiciones que presenta el caso traído a estudio son absolutamente similares a las consideradas en el precedente “Camino Morales” (proceso n° CCC 72867/2016/CNC1, caratulada “Camino Morales, Lucas s/robo en tentativa”, rta.: 28/3/17; reg. n° 220/2017) y, por esa razón,

Fecha de firma: 04/04/2017

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES,
Firmado por: PABLO JANTUS,
Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



corresponde remitirse íntegramente a lo allí considerado por el voto de la mayoría para decidir, también en esa oportunidad, la inadmisibilidad del planteo de inconstitucionalidad. Aclara que el planteo traído en el recurso es el de inconstitucionalidad de la normativa y, como en el caso “Camino Morales” ya citado, se han agregado aquí motivos ajenos al recurso, lo que determinó que, en esa oportunidad, se formulase un *obiter dictum*, donde la mayoría del tribunal atendió a esas cuestiones vinculadas a la inaplicabilidad de la ley de flagrancia para el caso de menores de edad. Recuerda que allí se hicieron una serie de consideraciones que tendían a mostrar que no se advertía la pretendida incompatibilidad entre el régimen legal y constitucional de menores, y lo regulado en esta ley. En su opinión, se trata, en verdad, de verificar en cada caso en concreto si se ha aplicado, de modo adecuado al régimen penal de menores, la ley de flagrancia, y a partir de allí, realizar una interpretación coherente de todas las normas que podían estar en consideración. Por otra parte, explica que, además, se consideró en el caso “Camino Morales” la cuestión acerca de los límites de la función jurisdiccional. En este sentido, refiere que es claro, como sostiene la representante del Ministerio Público Fiscal, que los jueces deben aplicar una norma vigente en la medida en la que no resulte contraria a alguna otra de superior jerarquía, e interpretarla de modo coherente con las restantes que puedan incidir en la resolución del caso. Considera que la jurisdicción no tiene por función criticar la técnica legislativa, en la medida en que ella se ajuste a los parámetros constitucionales y que, además, en cada caso, se haya aplicado la ley de la que se trate de modo consistente con todo el plexo normativo que se encuentra en consideración. Entiende que, en el presente caso, como en el referido “Camino Morales”, tampoco se advierte ni un perjuicio concreto que sustente al pedido de inconstitucionalidad de la regla de la que se trata, ni una aplicación inconsistente con el plexo normativo que regula la situación de los menores en conflicto con la ley penal. Por

Firmado





todas estas razones, resuelven, por mayoría, conforme enunció en un principio. A continuación, el Sr. Presidente le otorga la palabra al *juez Jantus*, quien expone los motivos de su disidencia. Explica que la razón por la que sostiene la admisibilidad del recurso va a surgir de lo que vaya diciendo a lo largo de la exposición. Recuerda, en este sentido, que en el precedente “Camino Morales” ya citado refirió que era alarmante que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional –lo cual reitera en esta resolución– sostenga abiertamente que la ley n° 22.278 no ha recibido críticas convencionales ni constitucionales. Entiende conveniente, entonces, comenzar brindando una breve descripción del sistema penal juvenil, pues sólo desde ese lugar puede entenderse su posición con relación a la ley de flagrancia. Explica que, más allá del precedente “Maldonado” (M. 1022. XXXIX. RECURSO DE HECHO.

Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado; causa N° 1174, rta. el 11/3/05), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad, constituían el plexo normativo sobre el cual debía pivotar la interpretación de la ley n° 22.278 y del sistema penal juvenil, en el fallo “García Méndez” (G. 147. XLIV. RECURSO DE HECHO. García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537, rta. el 2/12/08), pese a rechazar la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal que derogaba en parte el régimen penal juvenil, la Corte Suprema lo hizo en la inteligencia de que no se podía desde el Poder Judicial implementar todo un sistema diferente, reconociendo en esa oportunidad las serias dificultades que tiene la ley n° 22.278, interpretada a la luz de la Convención de los Derechos del Niño.

Fecha de firma: 04/04/2017

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES,

Firmado por: PABLO JANTUS,

Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



Señala que allí la Corte Suprema habla del principio de reintegración (contenido en el art. 40 de la mencionada Convención) y de la necesidad de que los casos leves (tal como surge de la Observación General n° 10) y como el que se encuentra ahora a estudio, se resuelvan sin recurrir a procedimientos judiciales, toda vez que –con cita de las Reglas de Beijing–, conforme demostraba la experiencia en aquél momento, esto era lo más conveniente. Recuerda que la Corte dice textualmente en el párrafo quinto que “estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema. Por otro lado, entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una fuerte tensión”, aplicable en realidad a todo el sistema penal juvenil. Continúa, “(a)sí, por ejemplo, señala que los menores son privados de su libertad bajo calificaciones tales como “dispuestos”, “internos” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”, situaciones que han significado, en muchos casos, el encierro en situaciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de penas impuestas a los adultos (...). La mencionada tensión se manifiesta principalmente en (...) el ‘retaceo’ de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la ‘situación irregular’ en el régimen de la ley 22.278, especialmente en su art. 1º”. Señala que la Corte cita allí el informe del Comité de los Derechos del Niño, respecto a la República Argentina, donde ya en el año 2002, específicamente estableció que era necesario derogar la ley n° 22.278, explicando que “(e)n efecto el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la ‘situación irregular’ y son mencionadas por el Comité en sus recomendaciones”. Refiere que a fin de no extenderse

Firmado





demasiado se remite al ya citado fallo “García Méndez”, aunque señalo que allí, hace casi diez años, la Corte dijo que “(d)e todos modos, el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente, cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surge de los instrumentos internacionales”. Por otra parte, explica que después del referido precedente “García Méndez” y del informe emitido en el año 2002, el Comité se expidió nuevamente con relación a la República Argentina en el año 2010. A este respecto, destaca que en el párrafo 80 el Comité “insta al Estado parte a velar por que las normas del sistema juvenil se apliquen plenamente, en particular los arts. 37 b), 39 y 40 de la Convención, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). En particular, el Comité recomienda al Estado parte, teniendo en cuenta la Observación general N° 10 (...): a) Derogue la Ley n° 22278, relativa al régimen penal de la minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia juvenil (...); d) Adopte todas las medidas necesarias, incluido el reforzamiento de la política de sanciones alternativas y medidas de reintegración para los menores infractores, a fin de garantizar que los niños sean privados de la libertad únicamente como último recurso y durante el menor tiempo posible”. Agrega, a este panorama, que la Corte Suprema cita además en el citado fallo “García Méndez” el caso “Instituto de Reeducación del

Fecha de firma: 04/04/2017

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES,
Firmado por: PABLO JANTUS,
Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



Menor vs. Paraguay”, conocido como “Panchito López”, donde también se habla de esta necesidad de adecuar la ley de Paraguay, que se correspondía con la doctrina de situación individual, a partir del cual se efectuó una reforma de derecho penal juvenil de Paraguay. Por otra parte, entiende que cabe agregar a las normas internacionales que deben aplicarse específicamente con relación a la Argentina, las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el caso “Bulacio vs. Argentina”, del 18/9/03, que se refería justamente a las condiciones de detención de un menor en Mendoza, donde la Corte Interamericana específicamente se refirió a la ley n° 22.278 y a su inconstitucionalidad con relación a la pena de prisión perpetua. Por otra parte, continúa, la Observación General n° 10, en cuyos apartados 25 y 26 -en realidad habría que hacer una remisión integral al apartado b- el Comité del Niño trata de cómo debe ser una justicia juvenil adecuada a la Convención. Explica que allí, lo primero que se señala son las resoluciones sin recurrir a procedimientos judiciales, compatible con lo que la Corte Suprema decía en el ya citado fallo “García Méndez” y lo que se establece en las Reglas de Beijing. Además, le parece oportuno recordar que la Observación General n° 14, establece claramente que el concepto del interés superior del niño, contenido en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, es, a su vez, un principio, una norma y una regla hermenéutica, y que los Estados están obligados a disponer todas las medidas necesarias para cumplir con las prescripciones de la referida Convención y con el principio del interés superior del niño, obligación que alcanza no sólo a los jueces, sino también a los legisladores. A partir de lo expuesto, refiere que es claro que la afirmación de la Cámara de Apelaciones de que la ley n° 22.278 no ha recibido cuestionamientos convencionales ni constitucionales es claramente arbitraria porque es falsa: hay dos fallos de nuestra Corte Suprema, recomendaciones del Comité del Niño y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dicen lo contrario. Al margen de esto, explica que, a su parecer, de lo

Firmado





mencionado en párrafos anteriores surge que el Estado Argentino tiene la obligación de derogar la ley n° 22.278 y disponer un régimen penal juvenil adecuado a la Convención del Niño y que, no obstante, desde el año 2010 hasta ahora, nos encontramos con que lo único que ha surgido es esta ley de flagrancia, cuya aplicación o no al sistema penal juvenil se está ahora discutiendo. A este respecto, explica que dará algunas razones por las cuales entiende que no corresponde aplicarla. En primer lugar, señala que lo que dijo el señor defensor es absolutamente cierto, pues no sólo no surge de la ley que se estuviera reglamentando mediante suyo los principios de la Convención del Niño aplicable al sistema penal juvenil, sino que, además, en la discusión parlamentaria llevada a cabo en las Cámaras de Diputados y Senadores tampoco hay una sola palabra al respecto. En efecto, señala que salvo la Senadora Negre de Alonso, que refiere que este sistema de flagrancia va a servir sólo para captar jóvenes vulnerables y una diputada que dice que va a servir para detener a menores de 14, 15 y 16 años, no hay ninguna mención en la discusión parlamentaria que permita sostener que cuando discutieron la ley n° 27.272, discutieron sobre el sistema penal juvenil. Por otro lado, explica que la ley n° 27.272 tiene una particularidad, ya que no sólo reforma el código vigente, sino que reforma el código no vigente mediante un decreto del Presidente Macri y, por lo tanto, es como si diseñara dos sistemas diferentes (toda vez que el código no vigente, en la ley de implementación, creaba juzgados penales de adolescentes con equipos específicos interdisciplinarios). El gran problema en la aplicación de esta ley al sistema penal juvenil, continúa, (por lo que entiendo que no es aplicable), es porque ello implica violar el principio de no contradicción, pues no estamos discutiendo si se aplica o no, estamos decidiendo si se puede aplicar con modificaciones o adecuaciones, por lo que, entonces, no estamos

Fecha de firma: 04/04/2017

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES,

Firmado por: PABLO JANTUS,

Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



aplicando esta ley, sino que estamos aplicando una nueva ley creada para tratar de convalidar que esta ley se aplique al sistema. Explica que la detención, como último recurso del art. 37 de la Convención del Niño, es a su vez incompatible con el sistema tutelar (conforme lo ha dicho la Corte Suprema), pero también lo es con la detención de adultos. Entiende que la detención de menores es muy específica y el recurrir a procedimientos que no sean judiciales tiene relación con esto. Lo cierto es, refiere, que las medidas de coerción penal a partir de la ley n° 22.278 tienen un régimen diferente al de detención y excarcelación que tiene el Código Procesal Penal de la Nación. Considera que no resulta aplicable la ley n° 27.278 porque habla de prisión preventiva y de excarcelación, cuando en el sistema penal juvenil, el propio código de forma establece que no se aplica prisión preventiva a los menores (art. 312), haciendo una derivación en la ley n° 22.278 que, en realidad, no contiene una norma procesal (salvo el art. 2 que habla de la disposición tutelar) que determine cómo se debe proceder. Destaca que de hecho, todo el procedimiento tutelar está dado por el reglamento de la Cámara de Apelaciones, por un lado, y las prácticas judiciales, por el otro, absolutamente dissociado de lo que establece el Código Procesal Penal. Explica, en este punto, que cuando comenzó a ejercer como juez de un tribunal de menores, tras su paso por uno de adultos, escuchó términos que en su vida había oído, tales como “egreso”, “licencia de fin de semana”, “licencia para las fiestas”, todas prácticas que implicaban morigeraciones de prisión preventiva (en términos adultos), pero que no tenían ninguna base normativa, sino que eran prácticas que llevaban años en los tribunales de menores. En su opinión, el problema es que la ley n° 27.272 literalmente no se puede aplicar porque la prisión preventiva no se aplica a menores ni se los excarcela, sino que se regulan las medidas de coerción por un régimen absolutamente diferente, que empezó a modificar en las prácticas judiciales un voto del doctor Bruzzone cuando estaba en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y

Firmado





Correccional (Sala I, causa n° 22.909, “Famoso, Elizabeth y otro”, sentencia del 17 de marzo de 2004) toda vez que hasta ese momento la disposición tutelar era automática y lo que allí se estableció, es que hay que fundar desde la Convención las medidas tutelares que se dicten con relación a los menores. En punto a la suspensión del juicio a prueba, explica que es cierto que se aplicó sin problemas, pero porque es la única herramienta que brinda la ley relacionada con el art. 40 de la Convención del Niño. Aunque señala que sí hay un problema ahora, porque la ley pone una fecha de caducidad para solicitar la suspensión del juicio a prueba, que no es compatible con el sistema de la Convención en sí mismo y que tampoco respetaría esta idea de no judicializar casos leves y derivarlos a medidas socioeducativas que no impliquen pena de prisión. Señala, en conclusión, que el Estado Argentino tiene una obligación de aplicar la Convención del Niño, que la Corte lo ha afirmado en el ya citado fallo “García Méndez”, que los jueces tienen la obligación de aplicar todos estos principios a partir del fallo “Almonacid Arellano” de la Corte Interamericana, entre otros, que establece que se debe analizar la convencionalidad. Ante todo esto, en su opinión, quedan dos alternativas: a) señalar que esta norma es inconstitucional asociada al sistema penal juvenil, pues constituiría, en los términos de Bidart Campos, una “inconstitucionalidad por omisión”, toda vez que existe claramente una obligación del Estado de proveer un sistema legislativo que considere a los menores o a los jóvenes involucrados en causas penales y no se ha cumplido; o –alternativa que le parece más razonable, relacionada con las charlas que dio sobre un proyecto de ley de reforma de ley penal juvenil que incluye los aspectos procesales–, b) sostener que sólo son aplicables al sistema penal juvenil las normas que emanan del Congreso, donde específicamente

Fecha de firma: 04/04/2017

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES,
Firmado por: PABLO JANTUS,
Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



se consideran y se reglamentan desde la ley interna pautas de la Convención del Niño (lo que en este caso no ha ocurrido). Recuerda que se está hablando de una ley penal juvenil, cuando en realidad si uno lee la discusión parlamentaria advierte que en realidad no abordaron la cuestión de los menores, ya sea porque entendían, como dicen algunas leyes de provincia, que correspondía un régimen específico que no estaba involucrado o porque simplemente nadie lo tuvo en cuenta. Lo que parece muy claro, refiere, es que adecuar la ley al sistema penal juvenil es hacer lo que el legislador no hizo, es decir que se aplicaría una ley de flagrancia penal juvenil creada por los jueces. Agrega, a su vez, una cuestión más a tener en cuenta: en el sistema penal juvenil, al menos en Capital Federal, el 90% de los casos son de flagrancia, por lo que en realidad, si se aplicase este sistema “excepcional” en el de adultos a los casos de menores, terminaría siendo la regla, modificando así sustancialmente el sistema penal juvenil sin que haya sido tenido en cuenta al dictar la norma en cuestión, lo que es un absurdo. En síntesis, la aplicación de la Convención del Niño, la no consideración en la ley n° 27.272 de los mandatos del Comité del Niño, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como también la obligación del Estado Argentino de cumplir con los tratados internacionales, en su opinión, constituye una gravedad suficiente como para abrir el recurso de casación más allá de lo que suceda en cada caso en particular, por lo cual corresponde hacer lugar al recurso y declarar que la ley n° 27.272 es inaplicable al sistema penal juvenil, porque el legislador no tuvo en cuenta el interés superior del niño ni la situación específica de los jóvenes relacionados con causas penales. El señor Presidente hace saber que se tiene a las partes por notificadas en este acto de lo resuelto (art. 400 CPPN). No siendo para más, se da por concluida la audiencia y firman los señores jueces, previa lectura y ratificación, por ante mí, de lo que DOY FE.

Firmado



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE
SALA 3



CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL -

CCC 5478/2017/CNC1

PABLO JANTUSCARLOSA A. MAHIQUES MARIO MAGARIÑOS

PAOLA DROPULICH

SECRETARIA DE CAMARA

Fecha de firma: 04/04/2017

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES,

Firmado por: PABLO JANTUS,

Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA

#29340935#175483318#20170410154026516

