

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 11549/2017
"S., R. S.". Robo en tentativa. Inconstitucionalidad. Menores 3/9. B/m

///nos Aires, 17 de marzo de 2017.-

Y VISTOS:

Se celebró la audiencia oral prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal, con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la defensa de R. S. S. (fs. 62/63).

El recurrente se agravia, por un lado, en virtud del rechazo de la solicitud de que no se aplique el procedimiento de flagrancia previsto en el artículo 353 *bis* del Código Procesal Penal, según ley 27.272, y, por otro, del planteo subsidiario de inconstitucionalidad de la citada ley en los procesos seguidos contra menores de edad en los términos de la ley 22.278, al que adhirió el Fiscal de Cámara en esta audiencia.

La defensa sostuvo, en forma genérica, que el régimen establecido por la ley 27.272 no es conciliable con la Carta Magna, la Convención sobre los Derechos del Niño ni con el plazo de tutela y estudio disciplinario de los menores.

Por otra parte, sostuvo que la complejidad está dada por el procedimiento en sí y no por los hechos que se investigan.

El juez Mariano A. Scotto dijo:

Al respecto, cabe reeditar aquí lo sostenido en oportunidad de resolver en la causa n° 1699/2017, "V., C. G.", del 13 de febrero pasado (con cita de la causa N° 2435/17, "F., J. E.", de la Sala de FERIA A, resuelta el pasado 31 de enero), en cuanto a que 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. Tampoco la defensa da cuenta de cuál sería la complejidad concreta en el caso *sub examen*.

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, más aún si se tiene en cuenta que el *sub lite* el menor fue entregado a su madre en la Comisaría y concurrió a la audiencia de flagrancia en libertad.

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 respuesta 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 allí que se estima acertada la decisión asumida en la anterior instancia, sin que sea óbice para ello la adhesión del Fiscal General en esta audiencia a la postura defensiva, en la medida que los argumentos que expuso el representante del Ministerio Público Fiscal se vinculan con los aspectos generales del régimen y no con las circunstancias concretas del supuesto de autos.

Por lo demás, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad, ante todo y como principio rector del análisis se debe recordar que “*La declaración*

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 11549/2017
"S., R. S.". Robo en tentativa. Inconstitucionalidad. Menores 3/9. B/m

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.13/9/16, entre muchas otras"), lo que no se aprecia en este caso.

Cabe poner de resalto que, además, luego de disponerse la remisión del menor al Instituto Inchausti (fs. 2, 12 y 16), la jueza interviniente aplicó lo normado en el artículo 1º, segundo y tercer párrafos de la ley 22.278. No parece, entonces, advertirse ningún gravamen que justifique la sanción pretendida cuando dicho proceder se adecua claramente a lo establecido en el artículo 10 de las "Reglas de Beijing" (fs. 6155/59 y 60/61).

En razón de las consideraciones que anteceden, voto por homologar la resolución recurrida.

El juez Mauro A. Divito dijo:

La asistencia técnica de R. S. S. -que es un joven de 16 años de edad- ha cuestionado la tramitación del caso como un proceso de flagrancia y, en subsidio, postuló la declaración de inconstitucionalidad de la legislación que lo instituyó.

En ese sentido, frente al planteo principal, mediante el que la defensa procura, como se dijo, que no se apliquen las previsiones de la ley 27.272 en relación con el menor de edad aquí imputado, he sostenido que la reforma que aquélla introdujo en los arts. 353 *bis* y ss. del Código Procesal Penal ha importado, según mi opinión, la consagración de un régimen que, en los supuestos allí contemplados, se aparta -en forma significativa- de la distribución de funciones entre los representantes del ministerio público fiscal y los jueces que caracteriza al procedimiento penal común, de carácter mixto.

Ello queda evidenciado, por caso, en que este nuevo trámite ha de aplicarse solamente si la fiscalía así lo decide, las resoluciones deben adoptarse

en audiencias contradictorias y respetando la bilateralidad, y el dictado de la prisión preventiva depende de la solicitud de alguna parte, extremos que, entre otros aspectos, dejan en claro que en tales hipótesis el sistema sigue un modelo eminentemente acusatorio, de modo que el órgano jurisdiccional cumple, durante la investigación, un rol de “juez de garantías” (cfr. mi voto en la causa n° 1699/2017, “V., C. G.”, del 13 de febrero pasado).

Desde esa perspectiva, es menester recordar, en cuanto ahora interesa, que en el *sub examine* el joven S., luego de su aprehensión, en la misma fecha egresó del Centro de Admisión y Derivación con su madre (fs. 55), que en la audiencia multipropósito –a la que concurrió por la citación que se le había notificado- la defensa objetó inicialmente la aplicación de este procedimiento especial (fs. 62/63), que ese planteo fue rechazado por la señora juez, que tal decisión fue apelada y, finalmente, que durante la audiencia oral celebrada en esta instancia, el señor fiscal general Dr. Ricardo Sáenz expuso las razones por las que comparte, en lo sustancial, las pretensiones de la recurrente.

Esa reseña, además de evidenciar que, en rigor, las nuevas reglas no han sido aplicadas –S. no fue trasladado detenido al juzgado interviniente- deja en claro, por un lado, que la cuestión vinculada con el trámite que corresponde imprimir al proceso no se encuentra precluída y, por el otro, que al respecto ya no hay controversia entre las partes, pues -a estas alturas- tanto la acusación pública como la defensa coinciden en que la causa no debe sustanciarse en los términos que la ley establece actualmente para los supuestos de flagrancia.

En tales condiciones, tratándose de un régimen especial cuya aplicación sólo procede a instancias del ministerio público fiscal, que aquí, mientras la cuestión -como se dijo- no se hallaba definida, ha abandonado fundadamente su pretensión inicial, sin que se advierta arbitrariedad en la argumentación del señor fiscal general, me inclino por hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 11549/2017
"S., R. S.". Robo en tentativa. Inconstitucionalidad. Menores 3/9. B/m

Por lo demás, destaco que, en lo sustancial, este criterio se ha seguido en otros casos recientes (de esta Sala, causa "V." ya citada; y de la Sala VI, causa nro. 2255/2017, "S.C., R.", del 7/2/2017).

Lo expuesto conduce, en definitiva, a sostener que en la causa no debe ser aplicado el nuevo régimen, extremo que torna inoficioso el examen de los otros aspectos que se han ventilado en torno de su inconveniencia -e incluso su inconstitucionalidad- en materia penal juvenil.

Consecuentemente, voto por: 1. revocar la resolución apelada y disponer que la causa se sustancie de conformidad con las reglas comunes; y 2. declarar abstracto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad.

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:

En el marco del recurso por la defensa, el planteo principal estriba en la inaplicabilidad del régimen de flagrancia en estas actuaciones y en subsidio se bregó por la inconstitucionalidad de la normativa –ley 27.272- en lo que pudiere resultar aplicable a los menores punibles.

En la audiencia oral celebrada en esta alzada, el señor fiscal general interviniente avaló el planteo defensista.

Con arreglo a lo previsto en el art. 353 quater del Código Procesal Penal, la defensa del imputado puede apelar la decisión del juez que, en consonancia con lo dispuesto por el fiscal, confiere al caso el procedimiento especial a que alude la mentada ley.

Tal recurso conlleva efecto suspensivo, extremo que permite colegir que el legislador se ha inclinado por someter la cuestión a la definición que surja en el ámbito de la respectiva cámara de apelaciones, en la que, con sustento en las directivas generales de la actividad impugnativa, es llamado a intervenir el fiscal general (art. 454 del canon ritual).

Como puede verse, la aplicabilidad o no del régimen es un tópico que se encuentra abierto, ello es, no precluido, y en la audiencia las partes intervinientes –tanto la que ha recurrido como la que no lo ha hecho- pueden suministrar sus razones al respecto.

En tal contexto, siempre que acorde al novel sistema es el Ministerio Público Fiscal el que “...deberá declarar, de corresponder, el caso como flagrancia” (art. 353 ter) y en tanto el punto discutido se encuentra en crisis precisamente ante la actividad recursiva de la defensa –única posibilitada para hacerlo- la opinión del fiscal general puede adquirir relevancia, particularmente cuando su posición es adversa a la sostenida por el fiscal que pretéritamente había entendido que resultaba aplicable el régimen de flagrancia.

En ese entendimiento, opera el principio de jerarquía en el vínculo de actuación entre ambos fiscales (art. 9, inciso “a”, de la Ley Orgánica del Ministerio Público 27.148), de modo que aquella discusión se cierra cuando en torno al tema debatido el superior jerárquico ha entendido que debían asumirse las reglas del régimen común. Consiguientemente, su dictamen oral opera como un modo de revertir la inicial decisión de imprimir el régimen de flagrancia.

En ese sentido, la actuación así descripta del Ministerio Público Fiscal sella la suerte del asunto –cabe aclarar que no ocurre lo propio en otras cuestiones que surte el sistema mixto de enjuiciamiento según las reglas comunes de la ley 23.984-; ello, claro está, como lo ha sostenido el juez Divito, siempre que la posición asumida por el fiscal general no luzca arbitraria –falencia que no surge del caso- y más allá de la opinión que al respecto pudiere abrigar el juzgador.

Por ello, en tanto resulta inoficioso abordar el planteo subsidiario de inconstitucionalidad, adhiero a las conclusiones que se extraen del voto del juez Divito.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE:

I. REVOCAR lo resuelto a fs. 62/63, y disponer que la causa se sustancie de conformidad con las reglas comunes.

II. DECLARAR ABSTRACTO el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 11549/2017

"S., R. S.". Robo en tentativa. Inconstitucionalidad. Menores 3/9. B/m

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 hallarse en uso de licencia, en tanto el juez Juan Esteban Cicciaro interviene en los términos del artículo 36, inciso "b", del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Mariano A. Scotto

(en disidencia)

Mauro A. Divito

Juan Esteban Cicciaro

Ante mí: Roberto Miguel Besansón