
Régimen penal juvenil y proceso de flagrancia: A propósito del dictamen del Procurador General de la Nación en “C., A. C. y otro”*

Paula Florencia Suárez Soto**

Resumen

¿Puede la ley 27.272 conciliar con el régimen penal juvenil argentino? A través del análisis desplegado por el Procurador General de la Nación, Dr. Eduardo Casal, en su dictamen ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la causa “C., A. C.” Este trabajo intenta buscar una respuesta a esa problemática. En primer lugar, se desarrollarán los estándares abordados en el dictamen referido para seguidamente analizarlos en el marco de las garantías constitucionales del proceso penal juvenil, examinando asimismo su aplicación en el fuero penal ordinario nacional. Todo ello para, finalmente, elaborar conclusiones en relación a los desarrollos producidos.

Palabras claves: Régimen Penal Juvenil. Flagrancia. Garantías constitucionales. Inaplicabilidad. Inconstitucionalidad.

* Nota preliminar. El presente artículo fue elaborado con anterioridad a la sanción de la ley 27.801 (2026), cuya entrada en vigencia se encuentra prevista para el 5 de septiembre de 2026 y que deroga el Decreto Ley 22.278, norma que integra el marco normativo considerado en el análisis desarrollado.

Sin perjuicio de esta modificación legislativa, las observaciones críticas y los problemas estructurales examinados conservan relevancia para el análisis del sistema jurídico y para el debate doctrinario en la materia. Por tal motivo, se ha optado por mantener el texto original, incorporando únicamente la presente aclaración a efectos de situar temporalmente el contexto normativo en el que fue elaborado el artículo.

** Abogada por la Universidad Nacional de La Matanza. Magistrando en Derecho con orientación en Derecho Penal por la Universidad de Palermo. Integrante de la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa (MPD).

Abstract

Can Law No. 27,272 be reconciled with the Argentine juvenile criminal justice system? Through an analysis of the reasoning set forth by the Prosecutor General of the Nation, Dr. Eduardo Casal, in his opinion before the Supreme Court of Justice of the Nation in the case “C., A. C.”, this paper seeks to provide an answer to this issue. First, it develops the standards addressed in the aforementioned opinion and then analyzes them within the framework of the constitutional guarantees of juvenile criminal proceedings, also examining their application in the ordinary national criminal jurisdiction. Finally, it offers conclusions regarding the developments examined.

Keywords: Juvenile Criminal Justice System; Flagrancy; Constitutional Guarantees; Inapplicability; Unconstitutionality.

I. “C., A. C. s y otro s/incidente de recurso extraordinario”: estándares generales señalados por el Procurador General de la Nación en su dictamen ante la CSJN

El Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional interpuso recurso extraordinario federal contra la resolución de la Sala 1 por cuanto rechazó el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Sala de FERIA “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la cual había decidido no hacer lugar a los planteos conducentes a imposibilitar la aplicación del régimen de flagrancia conf. ley 27.272 en aquellos procesos penales seguidos contra menores de edad. En similar sentido, había interpuesto recurso la Defensa Oficial, obteniendo idéntico rechazo.

Al momento de dictaminar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el Procurador General solicitó se tenga por desistido el recurso interpuesto por el Fiscal General, pues entendió que no procedía la declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.272 con relación a los procedimientos en los que estuvieran involucrados menores de edad, tal como aquél lo había requerido. Señaló que debe, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Constitución Nacional, estar a favor de la validez de las normas (Fallos 335:2333). Entendió no resultaba necesario acudir a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, puesto que resultaba posible conciliarla con las normas de rango constitucional que configuran el sistema jurídico de la justicia penal juvenil enunciadas en el precedente de la CSJN “Maldonado”.

Para arribar a tal conclusión indicó soluciones compatibles a cada uno de los puntos puestos en crisis por el Fiscal General recurrente:

1) La ley 27.272 no excluye de su ámbito de aplicación a los menores por lo que no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue. Explicó que, para determinar el alcance de una norma cuando no resulta suficiente la letra de la ley, debe acudirse al debate parlamentario para conocer la voluntad del legislador. Advirtió que dos diputadas hicieron referencia a los jóvenes en conflicto con la ley penal durante el debate, sin extraerse de los argumentos de ninguna de ellas la necesidad de instaurar un régimen diferenciado, aludiendo sus intervenciones a otros aspectos. Asimismo, indicó que, aunque tales intervenciones “más fueron tangenciales” revelan que el legislador “contempló que la ley también fuera aplicable a los menores”, por lo que pretender su exclusión carecía de fundamentos. Sumó que “debe aplicarse el criterio interpretativo conforme el cual no cabe presumir que el legislador haya actuado con inconsistencia o imprevisión” pues se ratificó en forma expresa la aplicación del régimen de flagrancia sin diferenciaciones al incorporar al Código Procesal Penal Federal (CPPF) el mismo contenido que el sancionado con la ley 27.272.

Por último, tuvo presente que la nueva ley para casos de flagrancia no derogó lo establecido en el art. 296 del CPPF¹ en cuanto dispone que

“En los procesos seguidos contra personas menores de edad las normas de este Código serán de aplicación supletoria siempre que sean compatibles con los principios que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing-, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Directrices de Riad-”.

Por ello, no puede concluirse que exista voluntad del legislador de diferenciar en los casos de flagrancia el régimen de adultos y de menores de edad.

2) Previo al proceso de la ley 27.272 se le aplicaba el procedimiento de “instrucción sumaria” a los casos de flagrancia sin excluir a los menores de edad de su aplicación. La anterior regulación para los casos de flagrancia fue admitida por la práctica y la jurisprudencia incluso cuando alguno de los imputados fuera menor de edad. Advirtió que dicho procedimiento fue conciliado con las normas legales y constitucionales vigentes en materia penal juvenil. Observó además que privarlos de las ventajas que este régimen, de plazos más acotados, significaría otorgarles a las personas mayores de edad un procedimiento con mayores beneficios, lo cual sería contrario al *plus* de derechos que poseen los menores de edad.

3) La ley 27.272 no afecta al principio de progresividad ni acarrea la pérdida de ningún derecho o garantía constitucional. En este punto retomó en parte los argumentos de la cuestión anterior al referir que, aunque la nueva norma “no contempla la opción por el procedimiento común”, ello no produce la pérdida de ningún derecho o garantía constitucional, resultando incluso más beneficiosa atento a la mayor realización del principio acusatorio y celeridad que le imprime el proceso. Asimismo, con relación a la modificación introducida por cuanto elevada la causa a la etapa oral el juzgamiento se produce de modo unipersonal, manifestó que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) no contiene una norma que impida o imponga que la integración de los tribunales de menores sea colegiada. Por tal, no se ha infringido ninguna norma convencional, pues el órgano interviniente continúa siendo un autoridad competente, independiente e imparcial.

4) No existe incompatibilidad entre los plazos establecidos por la ley 27.272 y los institutos de suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado. Puntualizó que

¹ El art. 296 al que se hace referencia alude a lo establecido por la ley 27.063, actualmente correspondiente al art. 337 del CPPF, ello en virtud de la remuneración de artículos conf. Decreto 118/2019 (B.O. 08/02/2019) producto de las modificaciones de la ley 27.482 (B.O. 07/01/2019).

no se evidencia que tales institutos sean incompatibles con los plazos acotados del procedimiento de flagrancia, y que no resultan insuficientes o demasiado breves para su introducción. Explicó que el plazo para la producción de pruebas de diez o veinte días establecido por la ley 27.272 entre la audiencia inicial y la de clausura, sumado al tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones, resulta suficiente para solicitar cualquiera de los dos institutos con el amplio consentimiento del menor de edad, sin poder justificar que por su inmadurez emocional o afectiva “propia de la etapa vital que atraviesa” requiera de un proceso más largo. Afirmó además que los plazos acotados establecidos por la norma armonizan con el art. 40.2.b.iii de la CDN, el cual señala que “la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

5) No existe ninguna razón por la cual no deba procederse conforme el art. 411 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) en los casos de flagrancia. El art. 353 ter del CPPN dispone la aprehensión del imputado desde el momento del hecho declarado por el fiscal como de flagrancia y hasta la audiencia inicial, la cual deberá desarrollarse en el término de 24 horas, prorrogable por un plazo idéntico, cuando la misma no pueda realizarse “por motivos de organización del tribunal, del fiscal o de la defensa, o cuando el imputado lo solicitare para designar un defensor particular”. En tal sentido, el Procurador General indicó que tal norma no resulta incompatible con la CDN –específicamente el art. 37.b) en cuanto dispone que la detención de un niño se utilizará “sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”– y con el Decreto Ley 22.278.

41

Especificó que a la detención de menores de edad se le aplicaban los presupuestos del art. 411 del CPPN, no existiendo en la ley 27.272 prohibición que imposibilitara su empleo. Refirió que la práctica y la jurisprudencia han superado el conflicto entre la CDN y las normas de forma a través de una interpretación conciliatoria, por lo cual la detención del menor de edad y su comparecencia en tal estado ante el juez sólo procederá si se verifica algunos de los supuestos del art. 411. Por tal, no se advierte ninguna razón en que deba procederse de una manera distinta al aplicarse el nuevo art. 353 ter.

Agregó además que, en relación con las normas establecidas por el Decreto Ley 22.278, las mismas también pueden conciliarse, pues no se contradicen con las facultades de disposición tutelar del art. 1. En tal marco el magistrado actuante podrá entregar al menor de edad a sus padres o a otra persona que ofrezca garantías morales (art. 412, párf. 2, CPPN), adoptar cualquier otra medida alternativa no restrictiva de libertad que le permita concurrir en libertad a la audiencia inicial, como también “En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable”.

Así, concluyó, sólo en aquellos casos en los que se verifique alguno de los supuestos del art. 411 del CPPN o una situación del art. 1 del Decreto Ley 22.278, procederá la detención del menor de edad hasta la audiencia inicial, interpretación

no obstaculizada por la norma específica para los procesos de flagrancia.

6) La ley 27.272 no prohíbe la participación del Asesor de Menores en las audiencias multipropósito. En este punto indicó que, aunque la ley 27.272 no contempla la presencia del Asesor de Menores en audiencia, tampoco la prohíbe. Por lo que no resulta contraria al régimen establecido pues no se contrapone con lo ordenado en el Capítulo II, “Juicio de menores”, del CPPN, el cual posee plena aplicación en los procesos de flagrancia.

7) No existen incompatibilidades entre el año de tratamiento tutelar establecido por el art. 4 del Decreto Ley 22.278 y los acotados plazos establecidos por la ley 27.272. Explicó que, en primer lugar, el nuevo procedimiento de flagrancia no contiene disposiciones sobre el debate y la sentencia por lo que no colisiona, sino que se complementa, con el procedimiento establecido para los juicios de menores de edad.

Asimismo, la modificación de los plazos para la instrucción y la fijación de la audiencia de debate no alteran el cumplimiento del año de tratamiento tutelar (art. 4, Decreto Ley 22.278), y tampoco atenta contra sus finalidades. Más aún, los plazos más breves aseguran que la aplicación del tratamiento tutelar esté respaldada por una expedita decisión de fondo sobre la declaración de responsabilidad del menor de edad, existiendo certeza de que ha cometido un delito, y que las medidas que se tomen dispondrán de un mejor sustento. Todo ello en conciliación con el art. 42.b.3 de la CDN y la Observación General N° 10, que señalan que “el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva debe ser lo más breve posible porque cuanto más tiempo pase tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado”.

8) La falta de una ley integral y específica de procedimiento penal juvenil no puede ser fundamento para la declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.272. Por último, refirió que la falta una ley integral de procedimiento en el marco del régimen penal juvenil no puede ser empleado como fundamento suficiente para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Observó que, si bien tanto esta norma, como sucedió con las que regulan la suspensión del proceso a prueba o el juicio abreviado, no contempla supuestos específicos sobre su aplicación a menores de edad, no puede ello significar privarlos de los beneficios podría conllevar, y que, en la práctica y en la jurisprudencia, se han logrado conciliar los lineamientos propios del sistema de menores con las referidas normas.

II. Garantías y principios específicos del régimen penal juvenil y su conciliación con el proceso de flagrancia en el fuero penal nacional

A fin de identificar las garantías específicas de este régimen deberán tenerse presentes los instrumentos locales e internacionales, como también la jurisprudencia en la materia, que han colaborado a delimitar los estándares de la justicia juvenil.

Su individualización permitirá analizar si el procedimiento de la ley 27.272 puede conciliarse con tales cánones.

Así, y más allá de los principios y garantías que se aplican a la generalidad de los procesos penales, se suman al régimen penal juvenil:

- Aplicar en todas las decisiones el principio de “interés superior del niño” (art. 3.1, CDN; art. 3, ley 26.061²; art. 19, CADH³; Opinión Consultativa 17/2002, CorteIDH⁴, 28/08/2022; Fallos: 324:975, 335:1838, 334:913, 344:2647; 344:2669, 345:905);
- Derecho a ser oído durante todo el proceso y que su opinión sea tenida en cuenta (art. 12, CDN; art. 24, art. 27 incs. a) y b), ley 26.061; Observación General 12, Comité de los Derechos del Niño; Fallos: 344:2669);
- Intervención del Asesor de Menores durante todo el proceso y en todas las instancias (art. 12.2 y 40.2.b.iii, CDN; art. 27, inc. c), ley 26.061; art. 411, 412 y 413.3, CPPN; Fallos 318:1269, 341:424, 333:1152);
- Derecho a la intimidad y garantía de privacidad (art. 9, 10 y 22, ley 26.061; art. 413.1, CPPN; art. 16 y 40.2.b.vii, CDN; art. 12, DUDH⁵; art. 11, CADH; Regla 8, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores);
- Principio de especialidad y de trato diferenciado: estándar de protección especial por su condición de menor de edad garantizando el debido proceso penal juvenil (Título II, Capítulo II, CPPN; art. 27, ley 26.061; art. 5.5, CADH; Observación General 10 y 24, Comité de los Derechos del Niño; Opinión Consultativa 17/2002, Corte IDH, 28/08/2022; Reglas 2.3, 6.2, 6.3, 12 y 22, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores; Directriz 52, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; Fallos: 328:4343);
- Principio de *última ratio* y máxima brevedad de la privación de libertad (art. 19.c, párr. 2 y 3, 36 y 41, ley 26.061; art. 37 y 40, CDN; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; ap. 5, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Regla 19, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores);
- Principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal (art. 40.3.a, CDN; Reglas 5 y 17, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores);
- Principio de revisión periódica (art. 412, CPPN; art. 38, ley 26.061)

² Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, B.O. del 26/10/2005.

³ Siglas para “Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁴ Siglas para “Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁵ Siglas para “Declaración Universal de Derechos Humanos”.

La mayoría de los puntos enlistados han sido abordados por el Procurador General en el dictamen en análisis. Sin embargo, una profundización en el estudio individual de cada una revela que no todos los principios y garantías incorporados para los jóvenes en conflicto con la ley penal pueden armonizar con el actual proceso para casos de flagrancia.

Por un lado, nos encontramos con principios que, al no contradecirse con la norma, poseen entidad suficiente para ser aplicados sin entrar en conflicto, tal es el caso de la presencia del Asesor de Menores –como indica Casal, al no prohibirse no puede interpretarse no está permitido–, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído –al igual que en cualquier proceso, el imputado conserva el derecho para solicitar ser oído por el juez cuando así lo desee–, la aplicación del principio del “interés superior del niño” en todas las decisiones que se adopten –nada prohíbe su empleo–, y el principio de especialidad y de trato diferenciado –en el caso de la justicia nacional ordinaria, los procesos de flagrancia pueden desarrollarse ante los Juzgados Nacionales de Menores, con sus respectivas Fiscalías y Defensorías, los Asesores de Menores para los legajos tutelares, y Tribunales Orales de Menores con sus correspondientes representaciones de los Ministerios Públicos–.

No obstante, otros principios como el de proporcionalidad, de mínima intervención penal, de intimidad y privacidad, y de delimitación temporal o plazo razonable, dificultan una conciliación de carácter general.

44

Debe recordarse que, al momento de tomar conocimiento del hecho ilícito, es el Ministerio Público Fiscal el encargado de decidir si un caso será o no caracterizado como de flagrancia. En tal oportunidad, no podrá el Fiscal simplemente tomando conocimiento del hecho –y con esto me refiero a que no puede hacerlo porque es humanamente imposible, no porque no cuente con la capacidad suficiente– determinar si alguno de los principios enumerados en el párrafo anterior podría verse vulnerado. Sólo un estudio de la situación en particular, con constancias suficientes, intervención de personal especializado y conocimiento interiorizado del presunto infractor, permitirán evaluar, por ejemplo, si los plazos del procedimiento de flagrancia son suficientes para una medida tan sencilla como determinar fehacientemente la edad del imputado. La práctica diaria en los Juzgados de Menores ha demostrado que no en todas las oportunidades siquiera veinte días resultan suficientes, atento a la situación de vulnerabilidad que muchos de los jóvenes imputados atraviesan.

En idéntico sentido, es decir, cuestionando los acotados plazos, el interés superior del niño podría verse afectado por el plazo de caducidad establecido por el art. 353 sexies del CPPN, que dispone un límite temporal para la aceptación de una suspensión de proceso a prueba o de un juicio abreviado. Ello, lejos de ser un hipotético caso, ha acaecido en la realidad, llegando tal cuestionamiento a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

Ingresó ante la Sala 7 la causa “G., R. A.”⁶. Se le atribuía a “G.” ser autor del delito de robo simple tentado. Registraba además una causa radicada ante un Tribunal Oral de Menores por robo en poblado y en banda. Al momento de votar el juez Divito, luego acompañado por Rimondi, explicó que desde el punto de vista formal y conforme los lineamientos en “Acosta” (CSJN), el joven contaba *a priori* con la posibilidad de acceder a una suspensión del proceso a prueba. Destacó que su aplicación armonizaba de mejor modo con el principio de subsidiariedad de la pena del art. 37.b) de la CDN. Sin embargo, en razón del plazo de caducidad del art. 353 sexies, no se permitiría su introducción, lo que no atendía a su interés superior, y que optar por el procedimiento de trámite común sería mucho más adecuado.

Se aprecia así la dificultad de que varios de los principios y garantías propios del régimen penal juvenil sólo puedan ser armonizados con el procedimiento de flagrancia luego de que se introduzca una interpretación del magistrado actuante para una situación individual, empleándose tal criterio para continuar o no con la aplicación del proceso de flagrancia, desconociéndose el carácter general de las leyes y utilizando criterios que no se encuentran en la norma y, por tal, no han sido pretendidos por el legislador.

Sin embargo, el mayor cuestionamiento que se presenta en cuanto a la aplicación del procedimiento de flagrancia es el vinculado con la privación de libertad establecida en el art. 353 ter, CPPN. El segundo párrafo del referido artículo establece:

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

A diferencia del procedimiento común, la regla en flagrancia es que la persona detenida por la presunta comisión de un hecho ilícito arribe a la audiencia inicial privado de su libertad. Es por ello además que establece plazos tan breves para la realización de ese primer acto.

El problema que se presenta es que justamente en los casos de menores de edad todo el *corpus iuris* en materia de niñez establece que la privación de libertad debe ser una medida de *ultima ratio* y debe tener la máxima brevedad posible.

En su dictamen el Procurador General refirió que ello puede ser solucionado aplicando la normativa específica de justicia juvenil al régimen de flagrancia, porque la privación de libertad de la persona menor de edad puede cesar si no existieran alguno de los supuestos del art. 411 del CPPN o si el juez decidiera no

⁶ CNACC, Sala VII, “G., R. A.”, Expte. N° 16358/2017/CA1, sentencia del 19/04/2017.

tomar ninguna medida de privación de libertad en el legajo tutelar⁷ —cabe destacar no hace mención a que el Decreto Ley 22.278 se encuentra asentado en la doctrina de la “situación irregular”, por lo cual las medidas de privación de libertad merecen un fuerte cuestionamiento desde el análisis convencional por existir una significativa discrecionalidad en las decisiones—.

La problemática en este punto es que la solución brindada es una adaptación pretoriana del procedimiento de flagrancia al régimen de menores de edad. No se concilian o armonizan las normas, sino que se aplican —como en el supuesto anterior—, las normas que mejor se adecúan al caso particular. Se desconoce el sistema normativo y se crea un sistema paralelo en el cual cada juez decide la mejor interpretación conforme, no sólo el caso particular del imputado, sino también del criterio propio. Ello no sólo desnaturaliza la norma sino además a todo el sistema de división de poderes, pues el ejercicio de sanción de leyes se encuentra a cargo del Poder Legislativo.

Sumado a ello, se atentará contra el lineamiento acusatorio del actual procedimiento de flagrancia, puesto que el juez será quien finalmente tendrá la potestad para aplicar o no el procedimiento de flagrancia a un caso.

Así, resultan demasiados los focos de conflicto incluso excediendo los espacios de análisis relacionados con debido proceso penal juvenil, involucrándose garantías del sistema en general, en franca violación a las mismas. A causa de ello subsiste la incertidumbre ¿debe la norma ser declarada inconstitucional o debe ser declarada su inaplicabilidad?

La jurisprudencia nacional tampoco ha logrado dar una efectiva respuesta a tal cuestionamiento. Tanto en el caso de la Cámara Nacional de Apelaciones como en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, las distintas Salas han proporcionado diferentes y distantes soluciones.

La Sala 1 de la Cámara del Crimen ha resuelto no aplicación de la ley 27.272 por inaplicabilidad del régimen penal juvenil; la Sala 7 ha revocado las resoluciones por las cuales se aplicaba la ley 27.272 luego de analizar cada caso con sus particularidades y por tal comprender a tal situación concreta no beneficiaba al joven y su interés superior los plazos perentorios, pero a la fecha no ha resuelto inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la ley; la Sala 4 ha confirmado la constitucionalidad de la norma; la Sala 5 ha rechazado todos los planteos traídos por la defensa en los cuales se cuestionaba su aplicación. En varios de estos distintos votos se repite un párrafo que confirma el conocimiento de esta situación de incertidumbre:

“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

⁷ Decreto Ley 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad, B.O. del 28/08/1980, art. 1.

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”⁸.

La situación tampoco reviste armonía en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC). Conforme surge de un informe elaborado por el Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal (MPF) ante la CNCCC, al 30 de julio de 2017, estos eran los criterios de los jueces que hasta entonces conformaban el referido órgano:

Magistrado / Juez	Aplica la ley 27.272 a personas menores de edad	No aplica la ley 27.272 a personas menores de edad	Inconstitucionalidad del artículo 353 <i>ter</i> CPPN
Bruzzone	X “Calderón”, “Cáceres”, “G.M.C.”, “V.” y “P.”		
Días	X “F., J.E. o M”		
García	X “Calderón”, “Cáceres”, “G.M.C.”, “V.” y “P.”		
Garrigós de Rébora	X “Calderón”, “Cáceres”, “G.M.C.” y “P.”		
Jantus		X “C.M.”, “G.” y “G.2”	
Magariños	X “C.M.”, “G.” y “G.2”		
Mahiques	X “C.M.” y “G.”		
Morín		X “F., J.E. o M”	X “F., J.E. o M”
Niño		X “V” y “G.2”	
Sarrabayrouse		X “F., J.E. o M”	X “F., J.E. o M”

47

Conforme a la nueva configuración de la CNCCC, algunos de los magistrados que al momento de tal informe se encontraban en funciones han cesado en las mismas, tal es el caso de la Dra. Garrigós de Rébora, el Dr. Niño, el Dr. Mahiques

⁸ Ibíd, 7. Como también en la causa “S.P., F.R.”, Expte. N° 78945/2018/CA1 del registro de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (la cursiva me pertenece).

y el Dr. García. Asimismo, no se han registrado a la fecha votos en relación del Dr. Huarte Petite.

Por su parte, con posterioridad al relevamiento del MPF, se incorporaron a la Sala 1 los Drs. Divito y Rimondi quienes, aunque en esta instancia no han tenido oportunidad de emitir un voto al respecto del tema en análisis, sí cuentan con precedentes cuando ambos integraban la Sala 4 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional –tal como el fallo “G., R. A.”, citado en este trabajo– por lo que podría concluirse sus posturas tendrían que tender a la misma del Dr. Jantus, Morín y Sarrabayrouse.

Mientras tanto, como criterios rectores, la Sala 2 ha declarado la inconstitucionalidad, en el marco de los procesos seguidos respecto de personas menores de edad, del art. 353 ter del CPPN, como así también la inaplicabilidad de la ley 27.272 a tales supuestos.

Finalmente, la Sala 1 es la que trató el caso del recurso de casación interpuesto por el Fiscal General que posteriormente interpuso el extraordinario que el Procurador General solicitó se deje sin efecto, por lo que podemos extraer de su dictamen, que el criterio de esta Sala es la aplicabilidad del proceso de flagrancia –puesto que desistido el recurso pasó a constituirse en sentencia firme–, pero tal resolución fue adoptada con una integración diferente a la actual (Bruzzzone, Divito, Rimondi), por lo cual podría cuestionarse si con estos dos nuevos integrantes el criterio podrá verse modificado.

Así, de todo lo expuesto con relación a la jurisprudencia nacional, se concluye que la misma no ha dado una efectiva respuesta al cuestionamiento sobre la aplicación o no de la ley 27.272.

Casal en su dictamen frecuentemente se refiere a cómo “la práctica y la jurisprudencia” han sido las herramientas que han colaborado con la conciliación del régimen penal juvenil con otros institutos que no contenían normas particulares sobre los jóvenes infractores, como en el caso de la suspensión de juicio a prueba y el juicio abreviado, y que ello ha resultado en su aplicación sin inconvenientes.

A pesar de ello, la falta un criterio jurisprudencial equilibrado finalmente no hace más que demostrar que la conciliación entre el nuevo régimen para procesos de flagrancia establecido por la ley 27.272 y las normas que rigen el sistema penal juvenil es una simple falacia: la armonía no existe porque no se ha logrado una única interpretación judicial de la norma respetando el *corpus iuris* en materia de niñez. El rol que deben cumplir los jueces se desvirtúa pues nuevamente nos encontramos ante supuestos en los cuales el destino o la suerte del imputado menor de edad se vinculará con la Sala que por sorteo le toque al recurrir, lo que claramente, más allá de la inseguridad jurídica, también no logra ajustarse a la aplicación del interés superior del niño.

III. Conclusiones y apreciaciones personales

Una de las grandes deudas de nuestro país a nivel legislativo es la sanción de un régimen penal juvenil compatible con la CDN y las normas internacionales en la materia.

En el año 2010 el Comité de los Derechos del Niño, aunque celebró la sanción de la ley 26.061, recomendó la derogación del Decreto Ley 22.278, por tratarse de una norma basada en la doctrina de la “situación irregular” la cual no distingue –en los procedimientos judiciales y en cuanto al trato– a los niños que necesitan atención y protección, y a los que tienen un conflicto con la ley penal.

En junio de 2018, el Comité reiteró su preocupación. Explicó que el Decreto Ley 22.278 es inconsistente con la CDN, que permite una práctica discrecional de detener niños y adolescentes únicamente con la finalidad de “protegerlos” y no porque presuntamente hayan cometido un delito. Reiteró su solicitud a nuestro país del establecimiento de un régimen penal juvenil compatible con la CDN y los instrumentos internacionales en derecho penal juvenil. Ello teniendo presentes “las reflexiones de la Observación General N° 10”, mediante la cual se instó sobre a los Estados Parte a la sanción de dicha normal, adoptando todas las medidas necesarias, incluido el reforzamiento de la política de sanciones alternativas y medidas de reintegración para los menores infractores, garantizando que los niños sean privados de la libertad como último recurso y durante el menor tiempo posible.

49

Sin embargo, a la fecha tales recomendaciones no han sido cumplidas. A pesar de que la 26.061 se encuentra próxima a cumplir veinte años desde su sanción y promulgación, las reformas propuestas en torno al régimen penal juvenil siempre tienen como finalidad primaria la modificación de la edad mínima de punibilidad, debatiéndose tal punto por sobre cualquier otro debate que pudiera darse en torno al cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el Comité.

Recomendaciones de este tenor no han sido únicamente realizadas por organismos internacionales, en el plano local, la CSJN ha señalado en varias oportunidades la incompatibilidad del Decreto Ley 22.278 con la CDN. En oportunidad de intervenir en la causa “García Méndez” (2008), se recomendó el tratamiento en un plazo razonable por parte del Congreso de una norma que se adecuara a la Convención, dejando de lado el paradigma de la situación irregular e ingresando al ámbito de la protección integral reconociendo al niño como sujeto de derecho.

De ello se desprende que la necesidad de una reforma integral del sistema penal juvenil se vincula con los objetivos que por éste deben perseguirse. El art. 40 de la CDN brinda una base de los objetivos perseguidos: se busca que los jóvenes en conflicto con la ley penal puedan rehabilitarse y reingresar a la sociedad a fin cumplir un papel constructivo y productivo, abandonándose todo

criterio retributivo⁹. Así, la pena sólo resultará necesaria cuando cumpla un fin de resocialización y de reintegración social, pues la sanción penal juvenil debe “cumplir predominantemente una finalidad de prevención especial positiva”¹⁰.

Ahora bien, los objetivos perseguidos por el legislador al momento de sancionar la ley para casos de flagrancia resultan claramente disímiles. En palabras del juez Divito “el nuevo procedimiento [de flagrancia] mira hacia el pasado, en la búsqueda de una respuesta judicial útil y expedita para la averiguación de la verdad ante la comisión de un hecho ilícito cometido y la sanción penal de sus intervinientes. El régimen penal juvenil mira, además, hacia el futuro, es decir, su reinserción en la sociedad de manera constructiva, por su especial condición de personas en desarrollo, con hincapié en su bienestar y para garantizar que cualquier respuesta a los menores delincuentes sea en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito (Regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores)”¹¹.

Los diferenciados objetivos de ambas normas resultan en la manifestación de procedimientos que no concuerdan, no armonizan, ni concilian, sino a la fuerza y por una interpretación pretoriana. Y es que es lógico que si dos normas poseen objetivos tan diferenciados empleen prácticas y herramientas distintas también.

50

En el caso de los procesos penales seguidos a menores de edad, la aplicación del principio rector del interés superior del niño determinará los beneficios que un régimen distinto al particular creado para ellos podría traer. Esos beneficios deben reportarse a lo largo del proceso y desde su inicio, no transitoriamente en alguna oportunidad aislada, pues deben compatibilizar con el propósito de garantizar a los jóvenes los derechos especiales que le asisten.

De este modo, un análisis de la ley 27.272 y de las normas que conforman el sistema penal juvenil, permiten concluir que ambos sistemas son inconciliables.

En concordancia con lo establecido en el fallo “Maldonado”:

“La Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (artículo 40.3).

Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas

⁹ Comisión IDH, “Menores detenidos, Honduras” (Caso N° 11.491), Informe N° 41/99 del 10 de marzo de 1999, párr. 113 - Comisión IDH “Michael Domingues, Estados Unidos” (Caso N° 12.285), Informe N° 62/02 del 22 de octubre de 2002.

¹⁰ Freedman, Diego, “Reflexiones sobre el fallo “Maldonado” (2005) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia*, 2021, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/0206_-_dinai_-_jurisprudencia_-_fallos_comentados_-_freedman_-_web_2.pdf

¹¹ *Ibíd.*, 7.

por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas”¹² (del voto de la Dra. Argibay, consid. 19).

Sumado a ello, los ajustes propuestos en su dictamen por el Procurador General a fin de que la ley 27.272 pueda ser efectivamente aplicada “demuestran que el trámite de [una] causa se ha fundado en disposiciones procesales que, en realidad, sólo se aplica[n] de manera parcial, en una suerte de adaptación pretoriana del procedimiento de flagrancia al régimen especial de los menores de edad”¹³ por lo que “no estamos aplicando esta ley, sino que estamos aplicando una nueva ley creada para tratar de convalidar que esta ley se aplique al sistema”¹⁴ (del voto del Dr. Pablo Jantus).

¿Y mientras tanto qué sucede en la realidad? La práctica en tribunales no se encuentra colaborando con la propuesta de Casal de realizar ajustes como se ha realizado en otros casos desde “la práctica y la jurisprudencia” y evaluando el beneficio que su aplicación podría traer a la persona menor de edad. La jurisprudencia no ha logrado darnos aún una guía unánime acerca de la aplicación o no de la ley 27.272 en los casos de menores de edad. Se suma a ello, además, la práctica de casos en la realidad del fuero nacional de menores.

Lo cierto es que en los Juzgados Nacionales de Menores actualmente no se está aplicando el procedimiento de la ley 27.272. Tal afirmación se encuentra apoyada en la consulta oportunamente realizada para este trabajo con las Defensorías Públicas de Menores del Ministerio Público de la Defensa, como también con varias de las Asesorías de Menores. Todos los procesos se rigen por las reglas del trámite común. En un acuerdo tácito los integrantes de la órbita jurídica del fuero aceptaron mutuamente la inaplicabilidad de la ley.

No se ha logrado resolver si la norma es inaplicable, inconstitucional o si puede aplicarse juntamente con el sistema penal juvenil. Pero en la práctica se ha decidido proceder de tal manera.

Bibliografía

CNACC, Sala 3, “G., A. N. y P., K. A. s/ robo con armas”, Expte. N° 5478/2017/CNC1, sentencia del 04/04/2017

¹² CSJN, “Maldonado”

¹³ Ibid, 7.

¹⁴ CNCCC, Sala 3, “G., A. N. y P., K. A. s/ robo con armas”, Expte. N° 5478/2017/CNC1, sentencia del 04/04/2017.

CNACC, Sala I, “S. P., F. R.”, Expte. N° 78945/2018/CA1, sentencia del 20/12/2018

CNACC, Sala VII, “G., R. A.”, Expte. N° 16358/2017/CA1, sentencia del 19/04/2017

Código Procesal Penal de la Nación

Código Procesal Penal Federal

Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Michael Domingues, Estados Unidos” (Caso N° 12.285), Informe N° 62/02 del 22 de octubre de 2002

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Menores detenidos, Honduras” (Caso N° 11.491), Informe N° 41/99 del 10 de marzo de 1999

Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Argentina del 21 de junio de 2010

Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina del 1 de octubre de 2018

52

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de los Derechos del Niño

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultativa 17/2002 del 28/08/2002

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “García Méndez”, 2008

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Maldonado”, 2005

Declaración Universal de Derechos Humanos

Decreto Ley 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad, B.O. del 28/08/1980

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil

Freedman, Diego, “Reflexiones sobre el fallo “Maldonado” (2005) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, 2021, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/0206_-_dinai_-_jurisprudencia_-_fallos_comentados_-_freedman_-_web_2.pdf

Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, B.O. del 26/10/2005

Ley 27.272 de Modificación del Código Procesal Penal, B.O. del 01/12/2016

Ministerio Público Fiscal, Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal ante la CNCCC, 30 de julio de 2017. https://www.mpf.gob.ar/area-mpf-ante-cnccc/files/2019/10/2018.09_-_Flagrancia._Ley_27.272._Aplicaci%C3%B3n_a_imputados_menores_de_edad._Actualizaci%C3%B3n.pdf

Observación General 10, Comité de los Derechos del Niño

Observación General 12, Comité de los Derechos del Niño

Observación General 24, Comité de los Derechos del Niño

Procuración General de la Nación, “C., A. C. y otro”, Expte. N° CCC 2416/2017/I/CS1, dictamen del 28/06/2019

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

