

Acuerdo Plenario N° 25

Causa N° 21317, registro de Sala III, “Martínez, Luis Alberto s/ robo agravado”

//la ciudad de Mar del Plata, a los (21) veintiún días del mes de diciembre del año dos mil doce, siendo las diez (10) horas, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, en acuerdo plenario (art. 37, B de la ley orgánica del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires) con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 21317 caratulada “Martínez, Luis Alberto. Robo agravado”, y habiéndose practicado oportunamente el sorteo de ley, del mismo resultado que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: Señores Jueces Doctores Marcelo A. Riquert, Raúl Alberto Paolini, Walter J. F. Dominella, Juan Manuel Fernández Daguerre, Esteban I. Viñas, Pablo Martín Poggetto, Marcelo A. Madina y Javier G. Mendoza.

El tribunal resuelve plantear y votar la siguiente

CUESTION:

¿ES APLICABLE EL INSTITUTO DE JUICIO ABREVIADO, PREVISTO POR EL CAPITULO III, DEL TÍTULO II DEL LIBRO III DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL CUANDO EL IMPUTADO ES MENOR?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. MARCELO A. RIQUERT:

I. Conforme ha sido fijado el interrogante a dilucidar en la convocatoria por la que se accede a la solicitud de plenario formulada por la Sra. Defensora General departamental, Dra. Cecilia Margarita Boeri, la cuestión sobre la que puntualmente corresponde expedirse es la atinente a la aplicabilidad del instituto del juicio abreviado en el marco del régimen de responsabilidad penal juvenil “cuando el imputado es menor”.

Esto, lejos de ser una redundancia, deja expresado con claridad que no media discordancia alguna entre las Salas en cuanto a la admisibilidad de la vía consensual cuando su presentación se concreta una vez que el causante alcanza los 18 años de edad.

La requirente, en cambio, ha advertido la adopción de criterios contradictorios sobre el particular en esta Cámara cuando el acuerdo de juicio abreviado es logrado con anterioridad a que el imputado alcance tal edad, acompañando copias certificadas de resoluciones que confirman el aserto. Siendo insoslayable destacar que la Sala 2 sólo se expidió incidentalmente sobre la cuestión, brega en definitiva por la unificación de aquellos en el sentido del fijado por la Sala que integro, en la inteligencia de que resulta el que compatibiliza y respeta “acabadamente los derechos y garantías de los jóvenes en conflicto con la ley penal con el régimen legal aplicable (CIDN arts. 3, 37 y 40; Ley 22278 art. 4; Ley 13634 arts. 1, 33 y 43; Ley 11922 art. 372)”, haciendo cesar la situación de desigualdad que se verifica en casos como aquel en que se convoca “frente a sus pares que han podido acceder a esta solución alternativa e incluso demostrar –a lo largo del plazo que demande la cesura de juicio– que han reencausado su vida”. El sostenimiento de la situación de tratamiento disímil que patentiza con ejemplo concreto, concluye que resulta violatoria de los arts. 16, 18, 33 y 75 inc. 22 de la Carta Magna; 2, 8 y 24 de la CADH; 2, 7 y 11.1 de la DUDH; 14 del PIDCyP; 3, 37 y 40 de la CIDN; 11 de la Const. Provincial; 1 y 3 de la Ley 11922; 1, 6, 33, 43 y 58 de la ley 13634; 1 y 10 de la Ley 13298 y 2, 5, 7, y 17.d de las Reglas de Beijing (ver fs. 7/8 de la incidencia).

II. Desbrozando en lo posible el aparato dogmático y normativo invocado, entiendo que pueden sintetizarse las soluciones contrapuestas del siguiente modo:

a) Favorable a la aplicabilidad de la abreviación del proceso (cf. resoluciones en causas N° 18562, “D.M., G.M.” –fs. 12/16–, y N° 18898, “C.,E.F.” –fs. 31/40–):

a.1. Tanto el sistema de enjuiciamiento penal para adultos como para menores prevén dos procedimientos alternativos respecto de los delitos cuya pena en expectativa no exceda de los quince años de prisión: el juicio oral y el juicio abreviado.

a.2. Cada uno tiene sus particularidades y, en la forma que está regulado en nuestra provincia, optar por una u otra vía no puede ser tomado más que como un derecho del justiciable, nunca como una obligación.

a.3. Los recaudos fijados por el art. 4 de la Ley 22278 para la imposición de una pena al menor, no son incompatibles ni resulta imposible su armonización con un acuerdo de juicio abreviado con relación a un causante punible menor de 18 años de edad.

a.4. Resulta impropio del sistema acusatorio que el Juez pretenda componer el conflicto más allá o de modo diferente a lo pretendido por las partes cuando no existe un interés preponderante de política criminal.

a.5. La cesura entre aquello que quedaría comprendido en el juicio de responsabilidad (existencia del hecho, participación del encausado, calificación legal, presencia o no de eximentes) y el de la eventual necesidad de pena una vez cumplidos los requisitos del citado art. 4 de la Ley 22278, es el modo efectivo de compatibilización entre dispositivos normativos que responden no sólo a diversos momentos históricos sino también paradigmas ideológicos distintos en lo fondal (paternalismo o patronato vs. responsabilidad juvenil; en otras palabras, el niño como objeto de protección o tutela vs. el joven como sujeto responsable portador de derechos) y en lo formal (inquisitivo vs. acusatorio).

a.6. La pena convenida en el acuerdo de juicio abreviado, sólo cumple la función de tope o límite máximo para el supuesto de que llegara a determinarse que, en el caso concreto, resulta necesaria la imposición de una. Además, sin que integre el interrogante a discernir, no sólo nada impide sino que, en mi opinión, debiera comprender la escala reducida que habilita el propio art. 4° ya citado.

También se ha pronunciado a favor de la admisibilidad del juicio abreviado en el fuero penal juvenil la Sala I de la CAyGP de Quilmes, en causa “Márquez, Néstor Osvaldo”, resuelta el 30/9/10, según informa Elbio R. Ramos (en su trabajo “El principio acusatorio y el derecho penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires”, pub. en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. La Ley, Año I, N° 4, diciembre de 2011, pág. 235 y nota al pie N° 29, donde aclara que la causa llega a la Alzada a raíz de que el Juez al dictar sentencia en juicio abreviado desechó el calificante del uso de armas en un robo, contraviniendo lo concordado por las partes).

En el ámbito nacional, igual admisión consagró la Sala IV de la CNCasP, en causa “C.,J.E. s/recurso de casación”, resuelta el 18/5/09, con voto mayoritario de los Dres. Hornos y González Palazzo y disidencia de Díaz Ojeda (pub. en la sección “Jurisprudencia agrupada y sintetizada” -a cargo de Gustavo Salvador y Cecilia Superti- en “Doxa Penal. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Daniel Erbetta y Gustavo Franceschetti, Ediar, Bs.As., N° II, 2010, págs. 177/181; tiene comentario crítico por Jorge D. Pirozzo, bajo el título “Procedimiento abreviado, monto y unificación de penas y juicio de menores”, pub. en LL, tomo 2010-B-211).

b) Contraria a la aplicabilidad de la abreviación del proceso (cf. resoluciones en causas N° 17618, “P.,C.E.” –fs. 17/30–, y N° 20069, “S.,E.A.” –fs. 41/46vta.–):

b.1. El acuerdo de juicio abreviado incluye tanto la calificación de los hechos imputados como la pena que a ellos correspondería.

b.2. El art. 4° de la Ley 22278, más allá de los reparos constitucionales que en su conjunto pudiera merecer, establece que el joven debe ser declarado autor penalmente responsable como primer requisito para establecer si es procedente aplicar una sanción al causante joven (regencia del “nulla pone sine culpa”).

b.3. La segunda condición fijada en dicha norma es que el causante haya cumplido 18 años de edad.

b.4. En el interregno entre los 16 y los 18 años se habrán de realizar todas las medidas tendientes a promover la reintegración del niño y que asuma una función constructiva en la sociedad.

b.5. Por eso, quien no llegó a los 18 años no puede ser pasible de una pena privativa de la libertad por un delito que cometió cuando resultaba un menor punible ni llegó a la madurez que es dable exigir a quien admite un trámite abreviado, de lo que se deriva la imposibilidad de receptar un acuerdo de pena como parte integrante del juicio abreviado. A su respecto, habrá de realizarse el juzgamiento en tiempo oportuno por el método que de manera más eficaz garantiza los derechos del menor, en particular, la defensa en juicio: el debate oral.

En línea con esta tesis puede citarse la de la Sala III de la CNCasP, en causa "N.J.", rta. el 12/8/04 (pub. en J.A., tomo 2004-IV-829) que, en la parte pertinente sostuvo: "El procedimiento de juicio abreviado no se encuentra previsto en el Régimen Penal de Menores, es decir, para quienes no tienen capacidad de hecho, justamente porque se encuentran en juego el propio reconocimiento del hecho delictivo, la aceptación de la pretensión fiscal y la expresión de voluntad de someterse a este tipo de procedimiento simplificado en el trámite; la aceptación de todo aquello requiere de la expresión de una voluntad que quien es menor de edad no se encuentra en condiciones de brindar". Más allá de las asimetrías entre la regulación nacional y local del instituto del juicio abreviado –que favorecen a la última en cuanto al respeto de garantías al no exigir, por ejemplo, el reconocimiento del hecho delictivo-, lo central del argumento coincidente radica en la afirmación de que el menor de 17 años de edad (como era el caso) no puede expresar válidamente su voluntad de optar por la vía abreviada.

III. No descarto la existencia de algún otro argumento entre líneas o de adicionales posteriores con motivo de este mismo plenario pero, en trazo grueso, los expuestos son aquellos que han nutrido la discrepancia plasmada en

las resoluciones generadoras del uso del mecanismo reglado por el art. 37 de la Ley 5827.

Por citar algún ejemplo de los segundos, puede citarse la opinión del Defensor de Casación Penal, Dr. Mario Coriolano, quien tras recordar que por vía del art. 43 de la Ley 13364 se abre la posibilidad de aplicación de todas las normas de la Ley 11922 relativas al juicio abreviado o directísimo al procedimiento respecto de niños, deriva de la Observación General 10/2007 del Comité de los Derechos del Niño –relativa a la confesión del menor–, una línea de interpretación que le lleva a sostener como “difícilmente compatible el juicio abreviado con el procedimiento para niños/as, pues si bien éste no exige la confesión del menor lo cierto es que obliga a renunciar a la garantía de un juicio oral a cambio de una ‘promesa de recompensa’ traducida en una sanción más leve. Es decir, el carácter extorsivo que resulta inherente al juicio abreviado, se incrementa en el caso de los niños” (en su trabajo “Garantías procesales mínimas. Necesarias e insuficientes”, pub. en AAVV “Infancia y Democracia en la Provincia de Buenos Aires. Comentario crítico sobre las leyes 13298 y 13634”, Emilio García Méndez y Gabriel M.A. Vitale compiladores, Editores del Puerto, Bs.As., 2009, págs. 75/76).

Rescato en particular que no se llega a afirmar la incompatibilidad, sino que se reconoce la enorme dificultad que conlleva un intento de armonización (que el autor citado no propende, como sí se hace en la tesis a la que adscribo).

En cambio, me aparto expresamente de su conclusión acerca de un incremento del carácter extorsivo del juicio abreviado en el caso de admitirse respecto de los jóvenes porque, aunque probablemente esto merecería otro espacio de discusión, creo que las posibilidades de individualizar la pena que permite el régimen penal juvenil que, lejos de la rigidez de la conminación en abstracto de los tipos o figuras penales enrostradas, admite la posibilidad de reducción a la escala de la tentativa e incluso la eximición de pena por no estimarla necesaria en el caso, hacen que la expectativa sobre la sanción a

imponer no juegue el mismo papel que en los procesos de mayores. En adición, tanto el art. 37 de la CIDN como el 7 de la Ley 13634 asignan a la privación de libertad (alojamiento institucional cualquiera sea el nombre que se le de), carácter excepcional, debiendo ser aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada.

No obstante, quede claro que siempre estamos hablando de “derecho penal” o, como resalta el prof. Raúl H. Viñas, “de un ‘verdadero derecho penal’, que en sustancia se caracteriza porque sus normas y principios jurídicos abarcan las imposiciones de penas, medidas de seguridad y otras consecuencias accesorias originadas en la comisión de delitos, pero que, en este caso, son específicamente perpetrados por menores” (en su reciente obra “La responsabilidad penal de los menores en el tercer milenio”, Ed. Suárez, M.D.P., 2011, pág. 9; manteniendo lo oportunamente sostenido en la ya clásica “Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores”, EDIAR, Bs.As., 1983, pág. 11/16). Luego de evocar la opinión de Albrecht (“Se hace cada vez más evidente que el derecho penal de menores es derecho penal. No es derecho social, no está programado para la ayuda, sino que sirve al control social”), destaca que su finalidad “apunta con más énfasis a la reeducación y a la reinserción social del menor” (ob.cit., pág. 11).

Como señalaba Zaffaroni, ya en la década de los ochentas, aún dentro del paradigma de la tutela del menor “no puede negar(se) todos los derechos del sometido a ella, puesto que en tal caso llegaría a ser más tremenda que la pena. Esta consideración se ha impuesto como una reacción lógica ante los abusos del criterio tutelar y ha llevado a una mayor ‘juridización’ del derecho del menor en el derecho comparado de los últimos años”. Tras recordar que en Chicago se creó el primer tribunal tutelar de menores –naturalmente, con criterio tutelar paternalista– en 1899, tradición que se mantuvo hasta que en 1967 la CSJ de los EEUU declaró inconstitucional la ley de New York que privaba de defensa a los menores (caso “Gault”), enfatizaba el nombrado que “El derecho del menor no puede pasar por alto que éste es también un ‘habitante

de la Nación” (en su “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs.As., 5º edición, 1987, pág. 107).

Sin perjuicio de mantener el recordatorio en obras más recientes, ahora lo señala como el punto de inflexión a partir del que se inicia un movimiento de juridización del derecho penal de niños y adolescentes que está en pleno apogeo y que, como señala Bobbio, afirma la idea de que “el futuro de la democracia no está ligado al niño como ciudadano futuro sino como ciudadano actual, en el sentido pleno de la palabra”. Entre los instrumentos básicos que determinan ese cambio de perspectiva en el plano internacional, destacan la CIDN (incorporada a nuestro derecho interno mediante la Ley 23849/90), las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad (cf. Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs.As., 1º edición, 2000, pág. 179).

En esta línea, Esteban Righi resalta que en el derecho contemporáneo se han expresado puntos de vista que pugnan por reinstalar al menor en el escenario del “derecho penal criminal”, no para represivizar el sistema, sino todo lo contrario: “Lo que se procura es asegurar las garantías del menor en las instancias de control estatal, advirtiendo que el fin tutelar que orienta el sistema que los rige (se está refiriendo a la Ley 22278) pone de manifiesto escasa incidencia correctiva y se traduce en cambio en una flexibilización de derechos, que es consecuencia de una consideración unidimensional y por los mismo inaceptable, de puntos de vista preventivo-especiales” (en su “Derecho Penal. Parte General”, LexisNexis, Bs.As., 1º edición, 2007, pág. 318).

Por su precisión en la delimitación y didáctica exposición, es sumamente recomendable un rápido vistazo del cuadro que elaboraron a inicios de la década pasada Ernesto E. Domenech y María Liliana Guido, contraponiendo el “paradigma de la minoridad” y el vigente “paradigma del niño”, discriminando los supuestos subyacentes, políticas sociales, legislación (en este caso, teniendo en cuenta que no está incluida por ser posterior la Ley 13634), corpus teórico, actores y contexto de surgimiento (en su obra “El

paradigma del patronato. De la salvación a la victimización del niño”, Editorial Universidad de La Plata, 2003, págs. 82/84). No menos útil, la sistematización entre los caracteres esenciales de la “doctrina de la situación irregular” y la “doctrina de la protección integral”, que formulan Eduardo P. Jiménez y Gabriela García Minella, así como su acertada conclusión de que una lectura del llamado “interés superior del niño” a la luz de la última, indica que en su operatividad “no debe ser realizado autoritariamente por alguien más en su nombre [juez, legislador o autoridad administrativa], sino articularse en el mandato de la Convención, que formula al principio como una garantía que hace a la vigencia de sus demás derechos, orientando el ejercicio del poder que la autoridad detenta” (en su trabajo “Los niños y adolescentes argentinos, el nuevo milenio y sus derechos constitucionales. ¿Interés superior del niño?”, pub. en AAVV “El Derecho Constitucional del Siglo XXI: diagnóstico y perspectivas”, Bidart Campos-Gil Domínguez coordinadores, EDIAR, Bs.As., 2000, págs. 75/77 y 82). Sobre esto último se profundizará más adelante.

Vuelvo entonces con la dificultad de armonizar afirmada en el tercer párrafo de este considerando. En la base del problema interpretativo, omnipresente, se encuentra la asimetría entre una legislación nacional procedente de la época de la dictadura, el “Régimen penal de la minoridad” consagrado por Ley 22278 (pub. en el B.O. del 28/8/80) –con una ideología y contexto histórico determinados–, e institutos y normativa (nacional y local) posteriores, poseedores de otra impronta, que debió haber sido solucionada mediante oportuna intervención del legislador (al adoptar los últimos). Sin ir más lejos, la Sala III de la CNCasP, en autos “García Méndez, Emilio y Musa, Laura”, tras declarar inconstitucional el art. 1º de la Ley 22278, exhortó al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la Ley 26061 (“Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” que en octubre de 2005 derogó la vieja “Ley de Patronato”, N° 10903). El caso llegó a

la CSJN, por vía de recurso de hecho que, luego de ser admitido, por fallos que levantaron algún grado de polémica fechados el 18/03/08 y el 02/12/08, primero, sin pronunciarse sobre el fondo, dejó en suspenso la resolución recurrida y, luego, revocó la sentencia apelada validando la vigencia de la ley citada, aún cuando sí se mantuvo el requerimiento al P.L. para que en un plazo razonable produzca la mencionada adecuación de la legislación.

IV. A su vez, en lo central del problema operativo local que se produce a partir de los criterios contrapuestos en esta instancia “supra” reseñados, aparece evidente que tanto el régimen penal de la minoridad nacional como el instituto del juicio abreviado poseen, individualmente considerados, su propia historia de discusión acerca de una posible incompatibilidad constitucional.

Adelanto que prescindo de memorarla en virtud de no formar parte del núcleo argumental de ninguna de las posiciones, al menos, hasta ahora. Ninguno de los votantes en las resoluciones tomadas en cuenta ha incorporado entre los motivos de su decisión –en uno u otro sentido– que lo normado en la Ley 22278 o el instituto del juicio abreviado sea inconstitucional, lo que resulta palmario del dato básico de que no hay voz discordante en cuanto a que, presentado el acuerdo de abreviación cuando el joven alcanza los 18 años, sería viable. Es claro que si se afirma la contraposición constitucional del régimen penal de la minoridad o del instituto del juicio abreviado, no sólo cambia el sentido de la discusión sino que la respuesta al interrogante que abre el plenario decantaría hacia la negativa pero sobre la base de una argumentación distinta a la que sirve de sostén al criterio expuesto por los distinguidos colegas de la Sala III.

Así, el repudio general por la abreviación parece ser uno de los aspectos centrales de la negativa de Mary Beloff a su admisión respecto de los menores. En concreto, afirma: “Quiero dedicarle un párrafo aparte al juicio abreviado. Este instituto –a mi entender– es al menos problemático en su aplicación porque riñe con la preservación cabal de las garantías. Sobre todo

porque está siendo agregado en todos los códigos penales de América Latina al solo efecto de descomprimir el sistema de justicia penal. Así, las garantías desaparecen. Me opongo enfáticamente a cualquier utilización de juicio abreviado para adolescentes... Otro punto conflictivo que me interesa destacar con relación a todos estos institutos es la adopción de medidas como consecuencia de las negociaciones. ¿Cómo se ejerce allí el control de legalidad de esos acuerdos o medidas? Si no se establece acabadamente la necesidad de la asistencia técnica o si no se prevé el abogado defensor no hay control de legalidad y volvemos al problema de la derivación automática” (en “Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos”, ponencia presentada en el “II Curso de Especialización Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”, org. por UNICEF/UBA, realizado en sede de la Facultad de Derecho de la última, del 22 al 26 de noviembre de 1999; versión digital disponible en http://ajunaf.com.ar/aportes_y_reflexiones_nacionales_derecho_sub1_archivo_004.pdf).

Me apresuro en aclarar que, para la época en que se dijo lo transcripto, en lo personal coincidía en la dura crítica del entonces novel instituto formulada, en particular, por los Dres. Niño y Magariños (véase mi artículo “El debido proceso y algunas cuestiones conexas en el denominado “juicio abreviado” (Ley 24.825)”, pub. en E.D., diario Nro. 9541 del 13/07/98, págs. 1/4). Años después, influido por la percepción de su operatividad y los trabajos de Bruzzone, sin llegar a ser un abierto propulsor de una modalidad de trámite a la que más que reconocer virtudes tomo como suerte de amarga necesidad, advertí que había un punto de inflexión en que la búsqueda de eficacia, economía de recursos del sistema y celeridad podía no contraponerse con el ideal de un juicio oral pleno: cuando se trata del real interés/conveniencia del sujeto sometido a proceso y se trata de casos en que no media extrema gravedad (véase el cambio en “Límites constitucionales a la simplificación del proceso penal”, pub. en “Verba Iustitiae”, revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón, N° 18, noviembre de

2004, págs. 15/38; al que habría que agregar la crítica a la reforma del art. 395 del CPPBA por vía de la Ley 13943/09 que amplió el universo de posibles casos a todos aquellos en que se estimare la pena no excederá de quince años). Habiendo dejado en claro la incomodidad propia de aparecer como favorecedor de que se recorte el debate que, en lo personal, prefiero se celebre, lo cierto es que estimo es verificable aquella posibilidad en el proceso penal juvenil atendiendo al interés del sujeto singular al que se le sigue. Es sobre lo que volveré luego. Sin embargo, el interrogante que se planteaba Beloff recibe hoy rápida respuesta: el control sobre el acuerdo –al igual que todo acto de trascendencia en el proceso penal juvenil vigente– debe realizarse en audiencia oral y con asistencia técnica, por lo que es un obstáculo fácilmente salvable o, en otras palabras, no hay problema práctico para un adecuado ejercicio de tal control.

La necesidad de evitar el abreviado en la materia que nos ocupa también ha sido fundada por la profesora de la UBA desde otra perspectiva, cuando sostiene: “La dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone el sistema de responsabilidad penal juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central y esto es así especialmente en el caso de los adolescentes. Sin rito de proceso, sin instancia simbólica de conflicto para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también se pueda desprender de esto. En el marco del juicio abreviado toda la temática pedagógica pierde sentido” (en el trabajo antes citado). Sin ingresar a discutir una premisa (hay que realizar un proceso penal completo al joven para educarlo), al menos, controvertible, entiendo que si lo afirmado se contextualiza en el tiempo y respecto del régimen que se tuvo en cuenta, el nacional, median diferencias sustanciales que relativizarían severamente el aserto. Hoy y en nuestra provincia, la inmediatez que asegura la percepción del conflicto por el adolescente se garantiza por la expuesta obligación de celebrar audiencia oral con la presencia de las partes. La opción por abreviar no conlleva

la pérdida de contacto propia de un modelo de base escritural, como es el del rito federal.

V. Avanzando, una detenida lectura de lo “supra” resumido como II.a) y II.b), verificaría que tampoco ha sido sostenido por nadie que quien no llegó a los 18 años pueda ser pasible de una pena privativa de la libertad por un delito que cometió cuando resultaba un menor punible sino que, de este requisito objetivo del art. 4 de la Ley 22278, unos derivan la imposibilidad de aplicar en el proceso minoril el juicio abreviado en cuanto este contiene un acuerdo sobre la pena y otros (entre los que me incluyo) entienden que es aplicable el juicio abreviado adoptando, de ser necesario en atención a los plazos procesales y exigencias del sistema de enjuiciamiento juvenil vigentes, el mecanismo de cesura (art. 372 del CPPBA), separando el juicio de responsabilidad del juicio sobre la necesidad de pena.

Lo último ha quedado particularmente patentizado en la explicación brindada por la mayoría en la causa “P.,C.E.” cuando puso de resalto que, a la luz de los plazos que fija la Ley provincial N° 13634 (que creó el “Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil”), es perfectamente posible que la “cesura” deba de todos modos utilizarse aún cuando se rechace el acuerdo de abreviación y se celebre el debate oral que las partes querían evitar, ya que en el caso de un menor que comete un hecho punible con 16 años de edad, el Tribunal de Responsabilidad Juvenil debiera concretar tal juicio pleno antes de que cumpliera los 18 de años y, en definitiva, expedirse sólo sobre la responsabilidad postergando expedirse sobre la necesidad y eventual graduación de la pena hasta que el joven alcanzara aquella edad (me remito a lo expuesto por el juez Esteban Viñas a fs. 24/26 de la incidencia).

Dicho de otro modo, que el compulsivo pasaje por el juicio oral producto de que el causante no alcanzó la mayoría de edad no cambia la realidad de la necesidad de la cesura cuando el debate se celebra antes o, aún cuando fuera después, restare alguno de los requisitos de la Ley 22278. Tampoco que, a la luz del citado art. 372 del ritual bonaerense, existe siempre la posibilidad de

diferir el pronunciamiento respecto de la sanción imponible. Aún cuando es cierto que la cesura es considerada, por algún sector doctrinal, como un mecanismo controvertido, no lo ha sido en sí mismo en el marco de la discusión precedente a este plenario y creo que lleva razón Gabriel H. Di Giulio cuando afirma que “abre un escenario que ha pasado desapercibido a la hora de considerar el debido proceso en el sistema penal implementado, como lo es la posibilidad de postulación, contradicción, prueba y debate de las circunstancias de los arts. 40 y 41 del Código Penal, incluso del art. 26 del mismo cuerpo legal, relegadas a la fase de alegación, cuando ya no es posible postular, controvertir ni probar” (en su presentación a un proyecto de investigación en la UNICEN sobre “Cesura de juicio. Determinación de la pena”, pub. en la revista “Derecho Penal”, dirigida por Alagia-De Luca-Slokar, N° 1 “Alternativas a la prisión”, ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación/INFOJUS, Bs.As., 2012, pág. 346).

VI. Aquella nota destacada de la obligatoriedad de realización del juicio en la tesis que limita la viabilidad del juicio abreviado podría entenderse que contraría la regla general del art. 36 de la Ley 13634 (“El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores”). Me explico. Siempre desde la perspectiva del reconocimiento de que el Estado le “debe” al ciudadano un proceso que, correlativo, tiene un “derecho” al juicio, en mi opinión, acierta Gustavo Bruzzone cuando plantea la distinción entre tener derecho al juicio con el deber de estar sometido al juicio, lo que da lugar a la pregunta por si está obligado a ir al juicio y sentarse en el “banquillo” o el derecho a la oralidad plena y contradictoria (no pública para los menores) es, como tal, renunciable. Porque si no pudiera renunciarlo (del mismo modo que puede hacerlo al derecho a guardar silencio o no decir nada en su propia contra), pareciera que la garantía que tiene por ser imputado terminaría invocándose para operar en contra de su voluntad (puede ampliarse en el artículo del nombrado titulado “Juicio abreviado y suspensión del juicio a

prueba: una solución equivocada pero con importantes derivaciones”, pub. en LL, SJP del 23/2/01, pág. 17 y ss.).

Retomo. En la postura restrictiva, cuando el causante cumple 18 años puede presentar un acuerdo de juicio abreviado y evitar la llamada “pena de banquillo” pero, un día antes de eso, aunque las circunstancias objetivamente son las mismas, no. En concreto se restringe los alcances del ejercicio de un derecho con relación al modo en que podría hacerlo como mayor.

Recientemente la SCJBA, en causa “M. J. L. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 8313 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal – Sala Primera – Bahía Blanca” (pub. en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, Buenos Aires, Año II, N° 3, abril 2012, pp. 201/206), recordó la regla citada cuando señaló que el techo de las garantías de que goza el mayor procesado representa el piso de las condiciones de enjuiciamiento del menor. En el caso concreto, no vinculado al que ahora me ocupa, sirvió para abrir la intervención del TCPBA respecto de un auto dictado por la CAyGP bahiense que revocó la libertad de un menor concedida en la instancia de Garantías Juvenil, considerándola merecedora del examen que habilita el artículo 450 del CPP.

Esta línea de interpretación, coherente con la doctrina de la protección integral de derechos viene siendo sostenida por la CSJN, desde la causa “M.,D.E.”, fallo del 7/12/05, siguiendo básicamente lo establecido por la CIDN. En particular, me interesa destacar que en el considerando 32 se brinda una precisión o matiz relevante en cuanto al alcance que debe dársele la regla, cuando dice que: “...partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los

mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes especiales de la familia, la sociedad y el Estado (CIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)”.

Si la restricción a la admisibilidad del juicio abreviado presentado antes de que el causante cumpla los 18 años radica en que no llegó a la madurez que es dable exigir para que comprenda acabadamente las consecuencias y consienta la vía con conocimiento y libertad, el argumento, de ser consistente, llevaría como consecuencia necesaria que el joven tampoco estaría en condiciones de serle intimado el hecho, declarar y participar en el juicio propiamente dicho o debate pleno que no podría sortear (pasar por alto), justamente, por carencia de madurez suficiente. Lo que demuestra que no tiene la fortaleza pretendida: habría que esperar a que cumpla 18 años para celebrarlo. Sin embargo, no se ve en la realización del debate cuando el joven tiene 16 o 17 años un problema al punto que se manda celebrarlo negando se pueda abreviar el proceso. Y es que no lo hay. Al menos, en los términos que se infiere de la tesis restrictiva, que no vería inconvenientes de madurez para el juicio pleno sino para expresar conformidad con el abreviado.

Sin embargo, creo respetuosamente que esta conclusión que se derivaría por vía de principio (¿interés superior del niño?), no sólo carece de sustento normativo expreso (no hay regla adjetiva prohibitiva vigente, según ya se individualizó), sino que resultaría contradictoria con las normas que mandan tener en cuenta el parecer del joven. En efecto, la CIDN, en su artículo 12 consagra como una obligación estatal la de garantizar al niño no sólo la posibilidad de expresar sus opiniones, sino a que estas se tengan en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo, sea que lo haga directamente o por medio de sus representantes. El texto dice: “1. Los Estados Partes garantizarán

al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

Ya en el nivel nacional, la regla tiene correlato en el art. 24 de la Ley 26061, que reza: “Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

Llegados al ámbito provincial, la Ley 13634, en el marco de su Título I –dedicado a los “Principios generales del fuero de familia y del fuero penal del niño”–, establece en su art. 3: “Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a petitionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El Juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho”. Comentándolo, Cecilia I. Abalos, Flavia B. Centurión y Gabriel M.A. Vitale lo señalan como uno de los principales postulados que enarbola la Convención sobre los Derechos del Niño. El derecho a ser escuchado “se trasluce en la posibilidad cierta de que una persona que no haya cumplido los 18 años de edad, tenga la oportunidad de expresar sus opiniones, necesidades y de que se tomen en cuenta para las decisiones que le conciernen... es el mecanismo más firme de reconocer a la persona como sujeto de derechos. Si los

responsables administrativos y/o judiciales escuchan al niño/a joven, y sobre la base de esas manifestaciones fundamentan sus decisiones, se materializa y se le otorga contenido al postulado constitucional. El derecho a ser escuchado es el derecho a ser reconocido... no constituye un derecho más, sino que es la base sobre la cual todo el paradigma se construye, ya que no puede pretenderse defender la condición de persona de un sujeto, sin permitirle expresarse en la forma más incondicionada y libre posible” (cf. AAVV “Infancia y Democracia en la Provincia de Buenos Aires. Comentario crítico sobre las leyes 13298 y 13634”, antes citado, pág. 102).

VII. Síntesis de lo anterior: el joven no puede ser inhabilitado para ejercer un derecho en la forma que se le reconoce podría hacerlo como mayor, contra su expresa voluntad, su consentimiento informado y libre, a través del que manifiesta su opinión acerca de lo que le resulta más conveniente como sujeto responsable.

Es que el menor adulto tiene capacidad para afrontar un proceso... o no la tiene. No puede ser maduro para prestar declaración (o decidir no hacerlo) sobre el hecho ilícito atribuido, para asumir compromisos procesales o, en caso de pensarse que no los cumplirá, ser privado preventivamente de libertad durante el proceso, para estar sentado en el banquillo en un debate pleno y no para, debidamente asesorado, expresar su voluntad de abreviar el trámite. Se trata de la puesta en conocimiento de qué es lo que estima mejor para él, para su propio interés. En la tesis que acepta el acuerdo, estimo que es en la que realmente se respeta el mandato del art. 3.1. de la CIDN: “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 atenderá será el interés superior del niño”.

Venimos de décadas de lectura de esta cláusula desde perspectiva tutelar, lo que ha patentizado Luigi Ferrajoli en los siguientes términos: “El tradicional paradigma paternalista del derecho minoril resulta de hecho por su

naturaleza informal y discrecional, siempre consignado a un supuesto poder ‘bueno’ que invariablemente actuaría en ‘el interés superior del niño’. Es justamente este presupuesto el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en la ausencia absoluta de reglas, que ha posibilitado y legitimado los peores abusos y arbitrariedades” (en su “Prefacio” a la compilación de García Méndez y Beloff, “Infancia, ley y democracia en América Latina”, pág. XIII, cf. cita Juan Schabas Madueño en “La jurisprudencia de la CIDH: acerca de la subestimación del ‘interés superior del niño’”, pub. en AAVV “El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos”, dirigida por Daniel R. Pastor y coordinada por Nicolás Guzmán, Ad-Hoc, Bs.As., 2009, pág. 406).

Coincido plenamente con Mary Beloff cuando, coherente con lo anterior, denuncia que “El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado –ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo... etc.– obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales” (en su obra “Los derechos del niño en el sistema interamericano”, Editores del Puerto, Bs.As., 2004, págs. 15/16). Es claro, como resalta Diego Freedman, que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, cuestionado por su vaguedad y ambigüedad pero que, a la vez, resulta inconveniente formular definiciones generales o proponer criterios definitivos porque es aplicable en diferentes ámbitos (legislación, administración, casos judiciales) y distintas cuestiones (familiares, sociales, conflictos con la ley penal), lo que puede significar que las consecuencias jurídicas del principio varíen según el ámbito y cuestión (cf. su trabajo “La interpretación del interés superior del niño”, pub. en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Pedro J. Bertolino y Patricia Ziffer, Abeledo Perrot, Bs.As., N° 11, noviembre de 2011, págs. 1921/1922).

En definitiva, entiendo que limitar ex ante, en abstracto y en todo supuesto en que no hubiere llegado a cumplir 18 años de edad, la posibilidad de que el joven sometido a proceso penal exprese a través de su conformidad con el acuerdo que lo abreviaría aquello que estima es lo mejor para él, significa en alguna medida definir su “interés superior” desde afuera y prescindiendo de toda consideración acerca de su propia voluntad como válido canal de expresión de lo que es aquél para su directo beneficiario. Con lo dicho, quede cristalino que, en lo personal, a contrario, tampoco habilitaría una admisión del acuerdo en forma irrestricta, vale decir, sin una cabal corroboración de la plena información y libertad con que el joven concurre al acuerdo.

La aclaración se impone para evitar la eventual atribución de confundir la opinión del niño, derivada de su derecho a ser oído, con su interés, distinción que es bien resaltada por Freedman cuando dice: “Debe aclararse que la opinión del niño no es idéntica a su interés, lo cual depende del peso de su opinión de acuerdo con su edad, su madurez y las circunstancias del caso. Evidentemente, resulta necesario que los operadores tengan la debida capacitación y herramientas para poder entrevistar y conocer la opinión de los niños, incluso desde edades muy tempranas. A la vez, los niños deben estar suficientemente informados de la posibilidad de participación y de sus potenciales consecuencias” (ob.cit., pág. 1933).

En esta dirección, vale la pena enfatizar que si bien se ha sostenido – con acierto– que el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 18, C.N. y 36 inc. 1º, Ley 13634), en el caso del niño, recibe el refuerzo –vía art. 75 inc. 22– de los arts. 8.2.g de la CADH, 14.3.g del PIDCyP y 40.2.b de la CIDN, en cuanto agregan “ni a declararse culpable” o “ni confesarse culpable” (así, Abalos-Centurión-Vitale, antes citados, pág. 207), no puede soslayarse que el trámite del juicio abreviado, conforme prevé el art. 396, 2º párrafo del ritual bonaerense, no exige tal declaración o confesión, sino que limita la conformidad a la calificación legal y pedido de pena del Agente Fiscal. Precisamente, los autores antes mencionados, al comentar la audiencia instaurada por el art. 52 de

la Ley 13634 (símil del art. 338 del CPPBA), señalan que “nada impide que se peticione en su transcurso la aplicación de los institutos de suspensión de juicio a prueba o abreviado” (ob.cit., pág. 276).

Tampoco puede dejarse fuera del análisis que, insisto, en la audiencia en la que se pone a consideración del magistrado de intervención el acuerdo, tal como sucede en el ámbito de los mayores, una de las tareas centrales de éste será la verificación de que el joven ha concurrido a la conformación de aquél expresando su consentimiento “informado”, es decir, con cabal comprensión de sus alcances y consecuencias. Y habrá de ser una audiencia oral con presencia del joven, su defensor y acusador (arg. cf. arts. 36 inc. 7° y 43, Ley 13634 –en particular, el primero impone la modalidad bajo pena de nulidad cuando se deban tratar “medidas cautelares, salidas alternativas al proceso y requisitoria de elevación a juicio”–). El cumplimiento de esto garantiza, a la vez, que no medie confrontación entre el criterio de quien lo representa (la presencia inmediata de padres, tutores o responsables y defensor es derecho garantizado en el citado inc. 1° del art. 36 de la Ley 13634) y el niño representado, ni que este último preste conformidad víctima de una suerte de “mala praxis” del representante técnico. En adición, no es más que el mandato del antes citado art. 36, en su inciso 3°, en cuanto fija el derecho del niño a “Recibir información clara y precisa de todas las autoridades intervinientes del Fuero, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y de las razones, incluso ético-sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa”.

En función de lo antes expuesto, entiendo que la respuesta afirmativa al interrogante que convoca a este plenario es aquella de mejor modo se ajusta a los paradigmas ideológicos que al presente nos rigen en lo fondal (el joven como sujeto responsable portador de derechos) y en lo formal (sistema acusatorio).

Voto por la afirmativa.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAUL ALBERTO PAOLINI DIJO:

Emitido el primer sufragio en este plenario, y leído atentamente el mismo, adelantaré que la posición del suscripto al respecto es diametralmente opuesta a la sostenida por el primer votante, sin perjuicio de ello me eximiré, de citar conocidas normas, tratados y convenciones que rigen la materia, a los fines de no generar una innecesaria repetición de ellos.-

Sin embargo, necesariamente tendré que recurrir a algunos de los precedentes de la Sala que integro, los cuales ya obran en copia, lo que pone de manifiesto con ello, la divergencia de criterios existentes entre las Salas, y que diera sustento para la convocatoria del presente plenario.-

En ese cometido, no puede soslayarse que el procedimiento abreviado consiste en un acuerdo entre las partes por el cual el imputado renuncia a su derecho a ser juzgado en un debate oral, público y contradictorio, optando por la obtención de un pronunciamiento fundado en los actos de investigación (detenidos en actos de prueba por voluntad de los interesados); exigiéndose a tales fines la conformidad del imputado respecto de la calificación legal y el monto de pena propuesto por el Agente Fiscal sobre la base de la hipótesis fáctica que constituye el objeto de la imputación (arts. 395 y 396 CPP).-

Así, "Las partes negocian el proceso y, sobre todo, la determinación de la pena pues en el juicio abreviado la consecuencia es, en buena parte de los casos, una sentencia de condena pero que, a partir del acuerdo, tiene limitado su monto de pena a lo petitionado por el fiscal actuante. En consecuencia, para la fiscalía hay una importante probabilidad de pronunciamiento favorable a su pretensión punitiva y la defensa, que admite este procedimiento mediante el cual se convalida un juicio basado en prueba recogida en la IPP por su contraparte, lo hace por propia conveniencia ya que, sin dudas, evalúa entre las posibilidades concretas que se presentan y opta por una sentencia r pida y un monto de pena siempre menor" (GRANILLO FERNANDEZ, Héctor M. y HERBEL, Gustavo A. Código de procedimiento

penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado Ed. La Ley, Bs. As. 2009, T. II, p. 347).-

Asimismo conviene recordar que el régimen penal minoril normado en la ley 22.278 y sus modificatorias prevé pautas específicas con relación al modo y tipo de sanciones penales - como respuesta punitiva estatal ante la constatación de un delito y determinación de un autor - a imponer a un causante menor de 18 años. Y ese sistema, más allá de los reparos constitucionales que en su conjunto pueda merecer (ver por todos GARCIA MENDEZ, Emilio "Infancia. De los derechos y de la justicia" Ed. del Puerto, Bs. As. 2004, pp. 123- 139), en el caso de autos puede ser interpretado a la luz de la normativa supranacional específica que trae la Convención sobre los Derechos del Niño cuando, primordialmente, manda en el artículo 40.3 "...Los Estados Partes tomar n todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes...".-

Así, en este contexto, el primer requisito legal contenido en el artículo 4 de la ley 22.278, establece que el joven debe ser declarado autor penalmente responsable. El, sin dudas elemental y tributario de la manda fundamental (CN, 18, 19 y 75 inc. 22; éste último con relación al 37 y 40 CDN, y cctes.) que se sintetiza en el adagio "nulla poena sine culpa", constituye el primer escalón analítico al momento de determinar si es procedente aplicar una sanción al causante joven.-

Como segunda condición el artículo 4 de la ley 22.278 y modif. prev, que el causante haya cumplido 18 años de edad.-

En el interregno, entre los 16 años y los 18 (art. 2 y 4 ley 22.278 y modif.) deben propenderse a la realización de distintas medidas, una vez declarada la autoría penalmente responsable del joven (ley 22.278 y modif. 4 inc. 1), que tiendan a "la importancia de promover la reintegración del niño y

de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (CDN, 40. 1 in fine; ley 13.634, art. 68 y cctes.).-

Consecuentemente, un joven que aún no llegó a los 18 años de edad no puede ser pasible de una pena privativa de la libertad por un delito que cometió cuando resultaba un menor punible (ley 22.278, art. 2 y 4 inc. 1; CDN, 37, 40 y cctes.; ley 13.634, 68 y cctes.)" (del voto en minoría del Dr. Fernandez Daguerre, en causa 17.509 "R.J.O s/ Robo agravado, Sala III).-

También es dable considerar que en el proceso minoril la denominada "cesura de juicio" conceptualmente consiste en la división del debate penal en dos partes, la primera reservada al análisis de la existencia del hecho investigado, la calificación legal que corresponde dar al mismo, y al conocimiento y decisión de la responsabilidad del imputado respecto del mismo; y la segunda parte, dedicada a la determinación o individualización de la sanción penal correspondiente. La finalidad de dicho instituto radica en que se faculta al Tribunal a examinar con mayor detenimiento la proporcionalidad de la sanción penal frente al delito (ver LL Buenos

Aires, 2001, sección doctrina, pp. 1155/64); a ello, como quedó plasmado arriba, en el peculiar proceso minoril cabe agregar la especial y concreta posibilidad de que el Juez eventualmente entienda que no resulte pertinente aplicarla (arg. art. 40 CDN; art. 4 ley 22. 278).

Así nótese que en el pacto de juicio abreviado que las partes proponen, precisamente están determinando la sanción a imponer al eventual/es enrostrado/s, y ello a mi entender no puede actuar a futuro como techo de pena a imponer en caso de que la misma sea considerada como necesaria, y ello encuentra su razón de ser en que el análisis de las atenuantes y agravantes como condición para la imposición o no de pena deben ser actuales, complementándose con el necesario e imprescindible sometimiento a un

período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año conforme reza el inc. 3ro. del art. 4 de la ley 22.278.-

Por otra parte, la ley de menores 13.634 no prevee como en otras provincias, la posibilidad de aplicación del instituto del juicio abreviado, aún cuando solapadamente para aquellos que propician su aplicación lo hagan so pretexto que en el proceso minoril instaurado en la Provincia de Buenos Aires rigen supletoriamente las normas de la ley 11.922. Así, entiendo que "las normas aplicables a las causas seguidas respecto de niños en cuanto no sean modificadas por la presente", según reza el art. 1ro de la ley 13.634, se refiere a las normas generales que regulan la etapa de instrucción y debate, más no respecto de aquellas que posibilitan la aplicación de procedimientos especiales como lo es el procedimiento de juicio abreviado instaurado expresamente por la ley 13.811 (B.O. 07/04/08) para los casos declarados en flagrancia, por lo que en todo caso el legislador debió haber señalado expresamente que dicho instituto es de aplicación al proceso minoril.-

Cabe realizar otra consideración respecto del contenido de la última parte del art. 43 de la ley 13.634 cuando señala que "Bajo pena de nulidad la decisión sobre prisión preventiva, su prórroga y su cese serán resueltas en audiencia oral con la presencia obligatoria del niño imputado, Agente Fiscal, y Defensor del niño. En esta audiencia se discutirán y tomarán además, todas las decisiones alternativas que pongan fin a la etapa preliminar o al proceso, en especial, la suspensión de juicio a prueba, el archivo, el juicio abreviado, el juicio directísimo, el sobreseimiento o la mediación del conflicto". Repárese que el archivo al que se hace alusión es una facultad que solo posee el representante del Ministerio Público Fiscal. De ese modo tampoco se indica ni se encuentra reglamentado con relación a la mediación del conflicto ni que intervención le compete al órgano jurisdiccional. Respecto al juicio abreviado y directísimo, como se mencionara precedentemente, fue introducido por ley

13.811 y para los procesos en flagrancia, y como tal es un procedimiento especial, con reglas particulares, y la ley 13634 no lo contempla.-

Como se advertirá, y de acuerdo a lo precedentemente reseñado, el pacto que las partes denominan juicio abreviado en el proceso de menores, se encuentra totalmente desnaturalizado, ya que el mismo instituto normado en el art. 395 y sgtes. del CPP no admite el desdoblamiento para la aplicación de pena, la cual debe individualizarse y ser concreta a tales efectos, y no una prognosis o techo como quiera llamárselo que para el caso de necesidad de aplicación de pena no pueda ser superada por el Tribunal.-

Amén de lo expuesto, cabe adunar otro elemento que resulta esencial a los ojos del suscripto para analizar la pertinencia del juicio abreviado, y es el que radica, o mejor dicho, tiene directa relación con la edad y capacidad de quien va a consentir tanto la calificación legal como la pena que se le impondrá.-

Ya en el marco de la causa 20.498 "Saleh, Eneas Adrián s/ incidente de excarcelación", se sostuvo que "...de los argumentos vertidos en la citada resolución del 25 de agosto se deduce que la aludida forma de juzgamiento implica, en el caso concreto de menores, la violación del principio "nulla poena sine culpa", al igual que la garantía de defensa en juicio, dada la madurez que es dable exigir a quien admite dicho trámite..."-.

Es precisamente que aquí las cosas deben ser tomadas con mayor cuidado, dado que estamos frente a un imputado incapaz por la ley, aún cuando pareciera antipático que ese mismo derecho que tiene el adulto mayor no lo posea quien se encuentra próximo a cumplir con la mayoría de edad.-

En este sentido comparto con la Dra. Angela Ester Ledesma su disidencia en la causa 5789 -Reg. N° 583.05.3 "M.C:M. s/ recurso de revisión", resuelta el 8/07/05, de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, cuando sostuvo que: "En el caso se ha dictado sentencia sirviéndose del procedimiento de juicio abreviado contenido en el art. 431 bis del CPPN, sin que se encuentre previsto en nuestro ordenamiento para

los menores, es decir, para quienes no tienen capacidad de hecho (art. 126, 127, sptes. y cctes. del C.C.), justamente porque se encuentra en juego el propio reconocimiento del hecho delictivo, la aceptación de la pretensión fiscal y la expresión de voluntad de someterse a este tipo de procedimiento simplificado en el trámite. De tal modo el vicio incurrido resulta insubsanable, al no contar el menor con la edad requerida... El Estado no concedió al encartado la oportunidad de ser sometido a un tratamiento tutelar y obtener eventualmente la exención de pena. Por ello entiendo que la ineficacia de la persecución estatal y la anulación del juicio, aunado a la contingencia que haya sido sometido a un sistema penal de mayores, con la ignominia que ello le ha acarreado, deber ser evaluada a efectos de evitar mayores perjuicios a la ya desafortunada situación procesal que ha padecido el entonces menor. Repensando la solución que corresponde al sub exámine, estimo justo anular el juicio realizado y el veredicto de condena en todos sus extremos, sin que se practique un nuevo juicio dado que el error es atribuible al estado y la garantía no puede operar en contra del imputado". En síntesis la aceptación de todo aquello requiere de la expresión de una voluntad que quien es menor no se encuentra en condiciones de brindar.-

Bueno es traer a colación, lo referido por Mary Beloff al comentar el anteproyecto de reforma al CPPN cuando menciona que "...finalmente, la propuesta vuelve a consagrar la defensa de la garantía de especialidad en el art. 340, cuando regula que no origen para los menores de edad las reglas especiales sobre procesos complejos y juicio abreviado... con buen criterio se excluye la posibilidad de que el juicio abreviado sea aplicado a menores de edad.. en este sentido brevemente debe señalarse que este instituto es fuertemente cuestionado en general en la justicia penal de adultos porque riñe con la preservación cabal de las garantías y porque su única justificación se encuentra en la mayor eficacia del sistema. En relación con los adolescentes la institución tiene los mismos problemas que se señalan respecto de los adultos, pero además, conspira contra el postulado de

protección especial expresado, en materia penal juvenil, en la dimensión pedagógica del proceso. Sin el ritual del proceso, sin una instancia simbólica que administre el conflicto entre otros términos que el de la negociación y la eficacia, el adolescente no puede visualizar a quien le causó daño ni cuanto, ni entender cuales son las reglas de la comunidad a la que pertenece. De este modo la jurisdicción especializada pierde sentido, por lo que una reforma atenta de los derechos particulares de los adolescentes infractores hace bien en no incluirlo por estos motivos" (BELOFF M. "La justicia especializada para menores infractores. Pub.en Revista de derecho penal y procesal penal Lexis Nexis, 6/2008).-

Pero además soy de la idea en cuanto a que la eventual inclusión en el r, gimen minoril del juicio abreviado también desvirtúa los motivos que llevaron mediante la ley respectiva (13.634) a la creación de los Tribunales de Responsabilidad Penal Minoril, ya que estos fueron creados para la realización de los respectivos debates a los fines de asegurar los fines perseguidos por las Convenciones y tratados internaciones que rigen la materia, evitando la dilación de los procesos iniciados a menores.-

Lo cierto es que a los ojos del suscripto, si lo que se pretende con el juicio abreviado en menores es evitar la realización de debates, lo cual contraviene el espíritu de la ley que procedió a su creación, cuestión ésta que puede ser constatada con las estadísticas recibidas en el año 2010 y 2011 por la S.C.J.B.A. y enviadas por los Tribunales de Responsabilidad Penal de Mar del Plata -de las que surge a modo de ejemplo que el TRP Nø1 en el primero los años mencionados, sobre 138 causas ingresadas desde el inicio del sistema dictó una (1) sola sentencia por juicio ordinario, doce (12) mediante juicio abreviado mientras que por vía de la SJP (32), restando 94 en trámite. En el año 2011 ingresaron 90 causas, dictándose sentencia mediante juicio ordinario en 4 causas, por la vía del juicio abreviado en 25 procesos y 47 mediante la aplicación de la SJP. Por su parte del TRP Nø2 se cuenta con la estadística del año 2011, allí consta que ingresaron 104

causas, se finalizaron por juicio ordinario 4 causas, por juicio abreviado 18, y por SPJ 22, existiendo en trámite 49 procesos, entiendo que, sin ánimo de constituirme en instructor de como deben proceder las partes en un proceso de tal características, lo cierto es que se cuenta con otros elementos o alternativas viables a tal fin, como ser la incorporación por lectura (art. 366 CPP) de todas aquellas pruebas a utilizarse en el debate, seguidamente pasar a alegar y luego dictar sentencia; con ello creo que se acortarían notablemente los tiempos que demanda un debate y en definitiva se propendería al presupuesto fin perseguido, pero de ninguna manera incluir o hacer funcionar un instituto que es para la justicia de mayores y que por su esencia además ingresaría en forma anómala, desvirtuada y como único sostén de política criminal, cual es la no realización de debates.-

Con ello doy respuesta negativa a la cuestión planteada.-

A LA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. WALTER J.F. DOMINELLA, DIJO:

Analizados los argumentos que sustentan los ilustrados votos precedentes, voy a suscribir la postura sobre la admisión del juicio abreviado en el procedimiento de responsabilidad juvenil, que fuera propiciada inicialmente por el Dr. Marcelo A. Riquert.

Sin perjuicio compartir los argumentos del distinguido colega, no puedo dejar de destacar la solidez de la posición sostenida en el sufragio del Dr. Raúl Paolini, avalada por erudita doctrina especializada y jurisprudencia citada, en relación de la inconveniencia o, incluso, en la imposibilidad de hacer extensiva al procedimiento de responsabilidad juvenil la simplificación del rito conocida como juicio abreviado.

Tratando de aportar ideas al sustancioso debate iniciado por mis colegas preopinantes, considero que mi opinión debe ser precedida por algunas precisiones.

Estimo que a los operadores del sistema penal, oportunamente, nos puede haber generado ciertas reservas la implementación del procedimiento

abreviado para juzgar la hipotética conducta antijurídica de personas a partir de los dieciocho años de edad. El resquemor sobre la falta de control y contradicción por parte del imputado y su defensa en la producción de datos de investigación que se transforman, por imperio de las reglas de este proceso especial, en prueba en virtud de la cual el juez o tribunal se encuentra habilitado para resolver la cuestión atingente a los extremos de la imputación, y solapada sensación sobre el efecto intimidante que pudiera originar en la voluntad del procesado la posibilidad de recibir una respuesta punitiva más extensa si no llega a un acuerdo con el representante de la vindicta pública, siguen aún subyacentes.

Se sostiene que “este tipo de procesos se inscriben en lo que denomina “legislación de emergencia” con la que se pretende combatir la morosidad judicial descongestionando el número de casos penales a la espera de juicio. Al mismo tiempo el juicio oral y público se reserva para los casos más trascendentes, evitándole al acusado la pena del banquillo y convirtiendo de esta manera en un derecho disponible”(Roberto Falcone-Marcelo Madina. El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires Ed. Ad. Hoc 2007 pág. 486)

Pero indudablemente, esta herramienta procesal ideada para atemperar la crisis de recursos que campea sobre el sistema judicial, ha superado las objeciones de índole constitucional que le fueran dirigidos, por lo que a esta altura tienden a desaparecer los cuestionamientos sobre su legitimidad.

Dirigiéndonos en concreto al procedimiento de responsabilidad juvenil, surge a mí entender con claridad del texto de la ley 13.634 que el legislador provincial ha optado también por la implementación de la abreviación del rito.

Lo expuesto precedentemente no emerge solo de la genérica remisión efectuada por el artículo 1 de la mencionada ley a la aplicación de las normas procesales establecidas por la ley 11.922, con excepción de las específicamente modificadas por esta ley.

Más allá de no existir ninguna previsión especial sobre la inaplicación de la simplificación del rito en el proceso de responsabilidad juvenil, expresamente ley se refiere en el art. 36 inc. 7 obligatoria la presencia de los sujetos procesales y realización de una audiencia oral para resolver entre otras cuestiones las salidas alternativas al proceso. Por su parte, tal regulación es reiterada en el art. 43 “último párrafo” donde entre las decisiones alternativas al proceso que se pueden dictar en el marco de la audiencia oral, concretamente se refiere a que una de ellas es el juicio abreviado.

Lo señalado precedentemente adquiere relevancia en razón que es evidente que el legislador, en ejercicio de facultades no delegadas, ya ha efectuado la valoración concerniente a la conveniencia o no de establecer este especial mecanismo instrumental en el procedimiento de menores, por lo que cualquier discusión al respecto, al menos en el ámbito provincial, debe considerarse superada.

Existiendo una específica previsión legal sobre la posibilidad de adoptar la opción procedimental analizada, solo queda al poder judicial determinar si tal regulación afecta concretamente alguna garantía emanada del plexo constitucional (Art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional), con especial consideración de los Convenios relativos a los Derechos de Niño o si contraviene alguna norma de rango superior de acuerdo a la graduación de la pirámide jurídica establecida por el art. 31 de la Carta Magna, lo que derivaría en una inevitable declaración de inconstitucionalidad.

Otra cuestión en la que es importante insistir es, a mi criterio, en que al menos en el Código de Procedimientos vigente en la Provincia de Buenos Aires el imputado que acuerda un juicio abreviado no abdica al juicio previo ni a su estado de inocencia. No constituye una confesión, una transacción o un allanamiento a las pretensiones del actor penal. Sólo admite como adecuadas al hecho hipotético contenido en la acusación una calificación legal y una pena, renunciando a la publicidad, a interrogar públicamente a los testigos de cargo, o

cuestionar también públicamente los fundamentos de la acusación (ver Falcone –Madina ob. Cit. Pág. 486).

Bajo las premisas desarrolladas en los párrafos precedentes, debemos puntualizar que los instrumentos internacionales relativos a los derechos del niño establecen que se debe garantizar al menor imputado en un proceso penal que no sea obligado a declararse culpable y a la posibilidad de interrogar o hacer que se interroguen a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de los testigos de descargo en condiciones de igualdad (art. 40 inc. 2 b) IV de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Regla 7.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –Reglas de Beijing-). Sin embargo, esas prerrogativas no impiden que el menor, con el debido asesoramiento legal, renuncie a esos derechos cuando lo considere más conveniente a su situación personal o procesal.

Precisamente el modelo de protección integral, vigente en la actualidad, establece que el menor es un sujeto de derechos, no un objeto de tutela, y uno de ellos, de índole estructural, es el de ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. (Art. 3 ley 13.634)

Es por ello que no se justifica que el estado, bajo un sesgo de actuación paternalista propio de la teoría de la situación irregular, utilizara los derechos y garantías del joven procesado en su contra, obligándolo a someterse a un debate oral cuando ello no responde a su superior interés.

En relación a la posible afectación del juicio abreviado a la dimensión pedagógica del rito dentro del sistema de responsabilidad juvenil, estimo que ello no es necesariamente así.

Todo el procedimiento establecido por la ley 13.634 tiene una impronta pedagógica, no solo el debate oral. Así el artículo 6 de la citada normativa impone, el consonancia con los postulados de los convenios internacionales, que “...En niño al que se atribuya haber infringido leyes penales, o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser

tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño, la importancia de promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad...”

Por su parte el artículo 36 que el niño sometido a proceso penal tendrá todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho a : inc. 3 Recibir información clara y precisa de todas las autoridades del fuero, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y de las razones, incluso ético-sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa...”

Precisamente es por ello es que se establece que todas las decisiones que deben adoptarse el proceso de responsabilidad (medidas cautelares, decisiones alternativas que pongan fin a la etapa preliminar o al proceso, en especial, la suspensión del juicio a prueba, abreviado, juicio directísimo, el sobreseimiento o la mediación del conflicto) deberán discutirse y dictarse, bajo pena de nulidad, en audiencia oral con la presencia obligatoria del niño, su defensor, acusador y demás intervinientes, de manera de tornar efectivo el propósito pedagógico del procedimiento. (arts. 2, 36 inc. 7 y 43”in fine” ley 13.634).

A consecuencia del acuerdo sobre la simplificación del proceso, se permite solo prescindir del juicio oral. Y es mi entender, en la audiencia de debate donde precisamente aparece con menor acentuación ese rasgo formativo, dado que específicamente en ella se debe recibir los elementos de convicción para resolver las cuestiones establecidas por el artículo 371 del CPP o las relativa a la necesidad y monto de la pena. Y además, la misma es de carácter reservado, y el imputado menor tiene derecho a permanecer o retirarse durante la sustanciación de la causa (art.54 “segundo párrafo ley 13.634).

Va de suyo entonces que no puede asignarse un insoslayable fin educativo a la única audiencia donde, de acuerdo a nuestra legislación, el supuesto receptor no esta obligado a estar presente.

Seguidamente, quedaría analizar si la posibilidad de realizar acuerdos de los cuales se puedan derivar consecuencias jurídicas para el menor no violenta lo establecido por los artículos 126 y 127 del Código Civil, sobre ausencia de capacidad de hecho de los mismos

Más allá que como ya lo referenciara “ut supra” el acuerdo en cuestión solo implica la renuncia al derecho de contestar y criticar los fundamentos la acusación e interrogar a los testigos de cargo en una audiencia publica que son garantías procesales, y no significa que se admita la intervención en el suceso criminoso y se acepte la pena pedida por el fiscal, corresponde conforme al interrogante señalado, analizar lo concerniente a la capacidad para estar en juicio, esto es, para ser imputado en un procedimiento penal.

Siguiendo las enseñanzas de Julio B. Maier se puede sostener que la capacidad procesal se estudia desde dos sentidos: como capacidad general para ser colocado en la condición de imputado en un proceso penal o como capacidad específica respecto de los actos singulares que contiene un procedimiento penal

Desde el primer punto de vista, la exigencia es regulada por el derecho penal y deriva del hecho punible y de su autor o participe. Así un autor que no reúne la personalidad, madurez y aptitud intelectual suficientes para poder adjudicarle capacidad de acción o de ser considerado culpable, tampoco reúne la condición necesaria para poder ser perseguido penalmente. Esta condición falta cuando no se trata de una persona física o el imputado no alcanza la edad limite para ser perseguido penalmente en el momento en que sucede el hecho punible o cuando en ese momento, no posee la aptitud síquica mínima necesaria que permite imputarle un comportamiento como suyos

En cuanto a la capacidad especifica, esta se vincula con la aptitud para realizar actos jurídicos, los actos del procedimiento. Esta aptitud esta

referida a la comprensión del acto a realizar y a la posibilidad del imputado de tomar decisiones acerca de su comportamiento en el acto y ejecutar esa decisión, conforme a esa comprensión. El juicio sobre esta capacidad comparece solo ante las reglas del derecho procesal penal

Esta capacidad procesal ha sido definida por Vélez Mariconde como "la aptitud de entender, querer y obrar validamente en el proceso seguido en su contra". En ese, orden es capaz para intervenir en los actos procesales toda persona que posea suficiente aptitud para comprender el acto que realiza o que es realizado con su intervención (capacidad intelectual), para tomar decisiones sobre su propia intervención en el acto (capacidad de discernimiento) y para llevarlas a cabo (capacidad de obrar o de voluntad).

Esta capacidad se reconoce también a los menores imputables, según el derecho penal. El artículo 286 del Código Civil reconoce a los mayores adultos (mayores de 14 años) la capacidad para estar en juicio criminal, y conforme a ello la normativa dispuesta por la ley 13.634 de responsabilidad penal juvenil, no traslada a los padres o tutor el ejercicio de los derechos que emergen de la imputación penal, sino que agrega en ese ejercicio, también, a los padres o tutores que deseen intervenir a favor del menor.

“De tal modo, resulta claro que la ley procesal penal no requiere una aptitud psíquica especial para tomar parte en los actos procesales, como lo requiere por ejemplo, como lo requiere, por ejemplo, la ley civil para muchas relaciones de Derecho privado, sino, por lo contrario, una madurez y capacidad mental de menor nivel, que sólo se pierde por insuficiencia evidente para comprender la imputación, y discernir y obrar en consecuencia. Ello se comprende si se repara en que la misma ley complementa la capacidad del imputado con la exigencia de que sea asistido por un defensor...En cierta manera, según ya lo tenemos dicho, el defensor debe ser considerado como un complemento de la capacidad del imputado, en el sentido de que sin sus auxilio, y, a veces, si su presencia en el acto, resultarían inválidos los actos desarrollados

por el imputado en el procedimiento...” (Maier, Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos procesales- Ed. Del Puerto. 2007, páginas 202 y siguientes).

Superado el tema relativo a la capacidad del menor, me merece alguna reflexión la manera en que debería compatibilizarse la necesidad de conformidad del imputado con la pena solicitada por el Agente Fiscal, que resulta imprescindible en la simplificación del rito que nos ocupa, con la también imperiosa cesura del juicio (sobre la responsabilidad penal en la primera parte y relativa a la necesidad de imponer pena y en su caso su monto en la segunda).

Cierto es que tal vez tal situación merecería alguna reforma en la ley procesal que adecuara esa supuesta incompatibilidad. Sin embargo, considero en base a lo que he expuesto, que en el juicio abreviado el imputado no renuncia al debido proceso legal en la forma que esta regulada por la normativa especial aplicable a los menores, por lo que la pena pactada solo tendría un valor de referencia. Por un lado, serviría como limite punitivo en caso de determinarse oportunamente la responsabilidad penal del menor y la necesidad de imponerle una sanción. Por el otro, permite valorar la proporcionalidad y necesidad de las medidas cautelares y o de cualquier tipo dispuestas con relación al menor en el proceso seguido en su contra.

Por lo expuesto, voto por la afirmativa, por ser mi sincera y razonada convicción. (CPP, 105 y 210)

A LA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. JUAN MANUEL FERNANDEZ DAGUERRE, DIJO:

Considero necesario enmarcar mi voto en la caracterización de la pena en el Fuero de Menores y las previsiones al respecto de las normas aplicables, como Antecedente directo de la procedencia -o no- de la abreviación del trámite acordado por quien aún no ha cumplidos los 18 años de edad.

Es que es claro a mi criterio que la Ley 13.634, en consonancia con lo establecido por la C.I.D.N. (Arts. 37 inc. b. y 40 inc. 4.), solo admite la

privación de la libertad como "medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" -en lo que coincidimos todos los integrantes de esta Cámara-, por lo que la pena legalmente prevista para el delito que motiva la formación de la causa no constituye en ninguna de las previsiones del fuero Penal Juvenil un baremo para privar de la libertad a un menor punible.

Si bien los operadores del sistema siguen promoviendo incidentes de "excarcelación" -inclusive catalogándola de ordinaria o extraordinaria- respecto de los menores sujetos a proceso, lo cierto es que el régimen de la Ley 13.634 en modo alguno reproduce las previsiones del Título VI de la Ley 11922, estableciendo un procedimiento particular en los arts. 41 a 43, por lo que -en mi humilde criterio- mal podrían aplicarse las previsiones del Código de Procedimientos Penal (ley 11922) por remisión del art. 1° de la ley, porque no existe una pena de referencia que estandarice o limite las previsiones específicas del art. 42. Aún los delitos más graves -no excarcelables en el régimen de mayores- son susceptibles de estas medidas cautelares propias del régimen minoril.

En el fuero especial, "previa audiencia ante el Juez de Garantías del Joven, con presencia del Agente Fiscal y del Defensor del Joven", se tratarán las medidas cautelares allí previstas, y que en "causas graves" y con las formalidades del artículo 43, con los límites expresamente previstos en el inciso 4 de la norma, podrán justificar excepcionalmente la prisión preventiva.

Es que si el sistema permite, con plena vigencia del procedimiento acusatorio y con todas las garantías que ello implica para el menor sometido a proceso, que en el momento previsto por el art. 4° de la Ley 22278 pueda recién evaluarse -por los operadores y no solo por el Juez, como he sostenido en pronunciamientos anteriores a este voto- la conveniencia o no de imponer una sanción, tras haber cumplido los 18 años de edad y un período de

tratamiento no inferior a un año, sería irrazonable que una prognosis de pena fuera la que limitara la decisión respecto del causante.

Ninguna referencia tiene la Ley 13634 al instituto de la excarcelación, aún cuando tiene normas específicas sobre medidas cautelares -claras medidas de coerción, aunque graduales-, como tampoco hay otra referencia al juicio abreviado que la contenida respecto de la nulidad de las decisiones que se tomen sin audiencia oral contenida en el último párrafo del inciso 4. del art. 43.

Aunque parezca redundante, cabe recordar lo que -respecto de la aplicación de pena a menores- he sostenido en la causa 13.539 de la Sala III: "...Tal como se ha mantenido en reiterados fallos de esta Cámara, tanto para imponer pena a un menor, como para apartarse de la reducción establecida por el inciso 4° de la Ley 22.278 deber el sentenciante fundar adecuadamente los motivos de su decisión, toda vez que de conformidad con normativa supranacional incorporada a nuestra legislación nacional por imperio de lo normado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, esa es la regla y la pena la excepción (del voto del Ministro Fayt en el caso "Maldonado", considerando 16). En efecto, debido a las reglas que vienen impuestas por las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos aplicables a los menores (CIDN, art. 37 inc. 1°, Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores - Beijing- arts.5.1, 13, 17. 1 incs. "a", "b", "c" y 19.1; CN 75 inc. 22), la imposición de una pena privativa de la libertad a esta clase de procesados es la "última ratio" y su necesidad requiere de una razonable y específica fundamentación. (conf. además el art. 95 de la ley 13.634) ...La Convención sobre los Derechos del Niño implicó el abandono del modelo etiológico que prestaba fundamento a la concepción tutelar que subyace en la ley vigente, obligando a reformular las respuestas estatales al delito juvenil, desde la base de su responsabilidad penal. Los jóvenes son responsables por los delitos que cometen de manera específica. Al decir de Mary Beloff, "la condición de sujeto de derecho de los

niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra que resume a la Convención, esa es responsabilidad". Entender a la reacción estatal al delito juvenil, reconociendo un grado, específico de responsabilidad penal, implica hacerlo con las instituciones y, sobre todo, con el glosario propio del sistema técnico jurídico-penal, abandonando "la necesidad de operar con conceptos tales como terapia, reeducación, etc.", así como la apelación judicial a un arbitrario esquema de oportunidad-fracaso, como el que se examina, que informa el ejercicio de la coerción estatal (procesal y material) con peligrosas referencias a la conducta personal, el grado de adaptabilidad social, la aptitud para el trabajo, etc. El nuevo enfoque implica que "las características del sujeto dejan de ser cuestiones relevantes para autorizar una intervención estatal coactiva respecto del niño de que se trate. Ya no son las condiciones personales del menor de edad las que habilitan al estado a intervenir, sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto)".

De esta manera, abordar la interpretación del artículo en comentario con estas reservas, implica reconocer, también aquí, el principio de culpabilidad como límite a la fijación de la sanción penal juvenil, lo que supone per se un salto dialéctico respecto de la doctrina de la situación irregular, que justamente desvincula la sanción de la gravedad del hecho y del reproche que se pueda hacer al menor, atendiendo únicamente a su grado de peligrosidad social (cf. Matías S. Kallis, en su comentario "Ley 22278 Régimen Penal de la Minoridad", pub. en AAVV "Código Penal de la Nación -Comentado y Anotado-", Andrés José D'Alessio director, Ed. La Ley, Bs.As., 2010, T. III, 2º edición)...Entiendo que posiciones como la que he transcripto, son las que permiten racionalizar la respuesta que ha de darse a ilícitos cometidos por menores punibles...la eventual imposición de una pena va a tener una directa relación con la gravedad del hecho que se le imputa, aunque es claro que su culpabilidad disminuía -por la edad que tenía al momento de cometerlo- debe

tener su correlato en la cuantía de la sanción, y siempre atendiendo a criterios de prevención especial y no general".

Ello sin perjuicio de que "Los jueces de menores deben hacer una evaluación de la respuesta del imputado durante ese tratamiento tutelar para determinar en principio la aplicación de una sanción penal y así garantizar el uso como última ratio del sistema penal, por lo cual el desempeño del joven durante el tratamiento tutelar consiste en un argumento central para evitar una pena privativa de la libertad que, indudablemente, le provocaría mayores dificultades para insertarse socialmente", tal como describen Mary Beloff, Diego Freedman y Martiniano Terragni en su artículo "La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la Ley 22278: Apuntes para un balance", publicada en "Derecho de Familia", dirigida por Cecilia P. Grosman, Nora Lloveras y Aída Kemelmajer de Carlucci (Ed. Abeledo Perrot, Septiembre de 2012, pag. 67).

Si la pena no integra el universo de opciones antes que el menor cumpla 18 años, porque así lo dispone el art. 4 de la Ley 22278 en consonancia con la normativa supranacional aplicable, y que constituye la única limitación a la punibilidad de menores -aunque provenga de un gobierno ilegítimo por no haberse cumplido con la manda de la Corte Suprema, referida por el Dr. Riquert en su voto-, mal puede un menor consentirla cuando aún no ha cumplido las condiciones objetivas que la podrían legitimar, y si bien entiendo que quienes sostienen la posición contraria lo consideran solo un "techo" de punibilidad, lo cierto es que en los hechos ha funcionado en muchas más oportunidades como "piso" y como aceptación del menor de la pertinencia de la condena.

A solo título ejemplificativo, y complementando la información brindada por el Dr. Paolini en su voto precedente, de los acuerdos de juicio abreviado del año 2011 en el Fuero Penal Juvenil departamental, la pena pactada fue la decretada en el 86,96% de las condenas impuestas a menores y

solo se prescindió de la aplicación de pena en el 8% de los casos ya resueltos, encontrándose poco más del 40% aún en etapa de cesura.

Es por ello que pese a compartir con los votos precedentes mi absoluta adscripción al sistema acusatorio y al nuevo paradigma que pone al menor como sujeto de derecho y no como objeto de tutela, entiendo que no puede de ello derivarse que la aceptación del abreviado formalizado por quien aún no cumplió los 18 años de edad sea la solución que "compatibiliza y respeta" acabadamente los derechos y garantías de los jóvenes en conflicto con la ley penal (CIDN arts. 3, 37 y 10; Ley 22278 art. 4; Ley 13634, Arts. 1, 33 y 43; Ley 11922 art. 372)", haciendo cesar la situación de desigualdad que se verifica en casos como aquel en que se convoca "frente a sus pares que han podido acceder a esta solución alternativa e incluso demostrar -a lo largo del plazo que demande la cesura de juicio- que han reencausado su vida" (del voto del Dr. Riquert).

Con el mismo sustento normativo, arribo a la conclusión contraria.

Difícilmente el acuerdo sobre la calificación y la pena por parte de quien no es susceptible de su aplicación puede ser compatible con los derechos y garantías de un joven en conflicto con la ley penal, y la desigualdad invocada juega precisamente a su favor.

Al emitir mi voto en uno en los antecedentes glosados al inicio sostuve que el debate oral es el ,todo que de manera más eficaz garantiza los derechos del menor, siguiendo en tal sentido a los autores que con singular precisión releva el Dr. Riquert en el primer voto de este plenario, lo que en modo alguno puede entenderse como pretensión de pasaje compulsivo por el juicio oral que, equivocadamente, constituye la principal crítica que se realiza a la posición que defiende y de la que se deduce nuestra adscripción al viejo sistema tutelar de "protección integral" del menor, prescindiéndose de oír su opinión y en abierta contradicción con lo normado por los arts. 12 de la CIDN y al art. 3 de la ley 13634.

Tal error inicial lleva al autor del primer voto a concluir en el punto VII, al realizar una síntesis de los presupuestos de ambas normas, que "...el joven no puede ser inhabilitado para ejercer un derecho en la forma que se le reconoce podría hacerlo como mayor, contra su expresa voluntad, su consentimiento informado y libre, a través del que manifiesta su opinión acerca de lo que le resulta mas conveniente como sujeto responsable", afirmando a renglón seguido que "en la tesis que acepta el acuerdo, estimo que es en la que realmente se respeta el mandato del art. 3.1. de la CIDN: "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 atender ser el interés superior del niño", por entender expresamente "...que limitar ex ante, en abstracto y en todo supuesto en que no hubiese llegado a cumplir 18 años de edad, la posibilidad de que el joven sometido a proceso penal exprese a través de su conformidad con el acuerdo que lo abreviaría aquello que estima es lo mejor para él, significa en alguna medida definir su "interés superior" desde afuera y prescindiendo de toda consideración acerca de su propia voluntad como válido canal de expresión de lo que es aquél para su directo beneficiario".

La coincidencia -también plena- con las citas de Ferrajoli, Beloff y Freedman respecto de que en nombre del "interés superior del niño" se han justificado medidas claramente contrarias a ese prioritario interés, tampoco me lleva a la conclusión de que, debido a que el menor -como sujeto de derechos- debe ser invariablemente escuchado, que tenga oportunidad de expresar sus opiniones, necesidades y que se tomen en cuenta para las decisiones que le conciernen, y que ello constituye la principal garantía en los temas de su interés (procesos de familia, administrativos, civiles y todas las que implican las garantías previstas por la ley 13634), en aras de ese interés pueda pactar una pena privativa de libertad, cuando objetivamente dicha pena no puede serle aplicada.

El pasaje por el debate oral -de discutible carácter pedagógico- no puede ser compulsivo, por lo que en los pronunciamientos anteriores, la Sala que integro ha propuesto como alternativa la incorporación por lectura de la Investigación Penal Preparatoria -lo que también ocurre al celebrarse el abreviado- y la realización de un debate de carácter reservado, en el que se alegue sobre el mérito de tales pruebas, y en el que el menor puede estar presente o no (arts. 53 y 54, Ley 13634), pues en ninguna circunstancia se encuentra obligado a sentarse en el banquillo.

No era necesaria la aclaración subsiguiente del Dr. Riquert respecto de que tampoco habilitaría una admisión del acuerdo en forma irrestricta, que surge palmaria de su fundado voto en el que inclusive ha relevado exhaustivamente los autores que sostienen la postura que aquí vierto, pero creo que no es el abreviado antes de los 18 años de edad y sin la realización del tratamiento tutelar la forma de garantizar los derechos de los menores en conflicto con la ley penal.

Tampoco entiendo atendible la pretensión contenida en los votos que aceptan el abreviado, que la referencia a la falta de madurez o de capacidad para la celebración del acuerdo, de ser consistente, implicaría necesariamente que el joven no puede ser sometido a proceso. La edad fijada tanto para la imputabilidad atenuada (16 años) como para la plena (18 años) constituye una referencia normativa que permite la aplicación de uno u otro sistema, y que por debajo de esas edades determina la inimputabilidad de quien pudiera haber cometido una acción típica, son estándares normativos independientes de la real capacidad de un individuo sin que de ello pueda inferirse que no tiene "la aptitud de entender, querer y obrar válidamente en el proceso seguido en su contra", que no es asimilable ni constituye cuestión de análisis en este plenario.

No puede soslayarse a esta altura una mención sobre la desnaturalización del llamado tratamiento tutelar al que tiene derecho el menor y obligación el estado, y que frecuentemente se ha traducido en

privación de la libertad sin tratamiento alguno, y sin previsión alguna de que en un futuro próximo el estado provincial lo implemente adecuadamente, debiendo asumir los operadores del sistema -entre los que me incluyo- la omisión de formular un fuerte reclamo en tal sentido en virtud de las obligaciones surgidas de las Constituciones Nacional y Provincial y de las normas supranacionales aplicables.

Como recuerdan los autores en el trabajo reseñado, otro dato que atenta contra el adecuado tratamiento, es que tradicionalmente los operadores propugnaban una "...reducción del uso de los mecanismos de coerción procesal ejercidos por la justicia de menores, al limitarse el tiempo de duración de la disposición tutelar. Pero vale preguntarse si esto implica hoy de manera necesaria una mejoría en los derechos de las personas menores de edad en un proceso penal, ya que en la inmensa mayoría de los casos -tendencia consolidada en los últimos años en la jurisdicción analizada de la Capital Federal- la disposición tutelar o necesariamente se traducía...en la institucionalización del imputado y podía ser de manera prudente utilizada para llevar adelante medidas destinadas a la reinserción social. Estas medidas pueden comprender: mediar y reparar el daño causado, acceder a una capacitación profesional, conseguir becas y ayudas para garantizar la concurrencia a un establecimiento educativo o el sometimiento a un tratamiento de adicciones...".

Es por ello que si se centra la posibilidad de imposición de pena en el tratamiento tutelar y su resultado -aunque en la mensura de la pena se analicen los demás parámetros detallados precedentemente-, resulta no solo inconveniente sino imposible pactar una pena para que sea tratada -y como vimos, mayoritariamente impuesta- luego de cumplido ese tratamiento y de alcanzada la mayoría de edad en el procedimiento de cesura. Es precisamente en ese período de cesura donde los operadores pueden alcanzar los acuerdos -por supuesto, con la información, conocimiento y aceptación por parte del causante, ya mayor- que entiendan pertinentes.

Es por ello que doy respuesta negativa a la cuestión, por ser mi sincera y razonada convicción.

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. ESTEBAN IGNACIO VIÑAS DIJO:

1.) Zanjada, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y en virtud de numerosos precedentes del Tribunal de Casación Penal (por todos cito: Sala I: causa n° 16.532, del 22/03/05, RSD 116-5 y causa n° 18.262 sent. del 20/09/07, RSD 577-7; Sala II: causa 20.019, del 21/11/06 RSD 796-6, causa n° 23.938, del 22/08/08, RSD 392-8, y causa 41.014 del 09/11/2010, RSD 1637-10; Sala III: causa n° 25.953, del 27/09/07, RSD 653-7 y causa n° 23.702, del 08/02/08 RSD 277-8), la discusión relativa a la constitucionalidad del procedimiento abreviado instaurado a partir de la ley 12.059 -en cuanto a que en este procedimiento hay verdadero juicio-, lo decisivo para resolver el presente caso, pasa, en mi modesta opinión, por saber ¿qué implicancias tiene para el menor de 18 años optar por esa vía alternativa al juicio ordinario, si es capaz o no para hacerlo y qué afectaciones de derechos constitucionales podría sufrir?.

Huelga decir que el juicio abreviado –conforme estadísticas oficiales de la S.C.J.B.A.- constituye hoy la vía de solución de aproximadamente el 44 % de los casos que son llevados a plenario en la misma jurisdicción (entre enero de 2011 a la fecha de 2.061 causas elevadas a juicio, fueron resueltas vía abreviada, 903 causas, por juicio oral 416 causas -20,30%- y con suspensión de juicio a prueba 732 expedientes -35%-), por lo que, objetivamente, ya no se trata de una vía procesal “de emergencia”, sino del proceso por el que principalmente vienen optando la mayoría de los justiciables mayores de edad (y operadores letrados), lo que, entiendo, se debe, en gran medida, al efecto pedagógico que sobre la población ya ha tenido el juicio oral instaurado con la ley 11.922, pues en la práctica, conocedores de los efectos que puede implicar “sentarse en el banquillo del acusado” y de albur de vivir un juicio oral con los máximos punitivos del Código Penal, muchos procesados –actuando con el debido

asesoramiento jurídico-, han preferido optar por la vía alternativa del abreviado porque de ese modo, pueden contener, en algo, un máximo de pena posible.

Y desde este punto de vista –muy a contrario de lo que podrían propugnar los propulsores de un sistema punitivista extremadamente severo- el proceso instaurado por los arts. 395/403bis del ritual, ha venido a convertirse en una herramienta más beneficiosa para un importante sector de los justiciables penales bonaerenses.

La pregunta, entonces, es ¿por qué pueden acceder a esa modalidad los adultos y no los menores de 18 años de edad?

2.) Conforme lo previsto por los arts. 395/403 bis del CPP –aplicable también al menor conf. arts. 1 y 43 de la Ley 13.634- la modalidad abreviada requiere un acuerdo entre las partes acerca de la calificación legal que corresponde atribuir al hecho y un tope de pena aplicable en caso de recaer sentencia condenatoria.

Pero, con relación al derecho de defensa del justiciable, en esencia, la abreviación no es ni más ni menos, que un modo de juzgamiento que tiene dos diferencias más con el juicio oral: a) en aquel sistema el procesado no controlará personalmente la prueba que los jueces podrán valorar para sentenciarlo, dado que acepta que se lo juzgue en base a lo protocolizado en la IPP (se elimina la recepción y producción directa –que en ocasiones, pudiera ceñirse a una escenificación cuando hay masiva incorporación por lectura-) y b) no tendrá que sentarse en el banquillo de los acusados (aunque en el caso de los menores, esto no viene con el aditivo de la exposición pública).

Esta distinción es crucial a la hora de valorar el consentimiento del joven para someterse a ese tipo de enjuiciamiento (que si se verifica viciado, en el caso concreto, obliga al juez a declarar inadmisibles el procedimiento conforme lo normado en el art. 398 inc. 1º del rito) y el posible compromiso de sus garantías constitucionales, debiendo tenerse presente que en la legislación bonaerense -a diferencia del ritual federal- para tal tipo de procedimiento no se exige un reconocimiento de culpabilidad.

Entonces, si, como he señalado precedentemente, el joven debidamente informado -y asesorado por su defensa letrada- acerca de la conducta que se le reprocha, sus calificación jurídica, las pruebas que podrían hacerse valer en su contra en un juicio oral y la pena que podría recaerle en caso de dictarse un fallo condenatorio, opta por el abreviado, en definitiva, está buscando limitar en algo a la jurisdicción, frente a una posible sentencia adversa, a fin de no sufrir una sanción que estima más gravosa, tal como lo impone el art. 399 del CPP.

Además –debo remarcarlo-, la opción por el juicio abreviado no puede ser interpretada como una renuncia a obtener una absolucón o una opción por una condena segura, pues aún volviendo al sistema escrito, el sentenciante debe realizar un verdadero juicio y este silogismo técnico tiene que reunir los mismos requisitos que prevén los arts. 106, 209/10, 371, 373, 375 y cctes. del CPP. De allí que no pueda sostenerse, a mi modo de ver, que en el joven, el procedimiento abreviado ha sufrido una desnaturalización, pues –insisto- aquel es solamente un modo de juzgamiento que no cambia, en sustancia, por la condición del justiciable, sino que, sólo demora en el tiempo la imposición de la pena, siendo incluso, pasible de todos los recursos que prevé el mismo ritual.

Respecto de esto último, ha resuelto la Corte Federal – de modo similar a como lo decidieron numerosos precedentes del Tribunal de Casación Penal Bonaerense- que: “...los agravios de la defensa relativos al derecho del imputado a que se revisen también las sentencias dictadas en el marco del control jurisdiccional de lo acuerdos del art. 431 bis del CPPN tampoco podían ser desechados sobre la base de que la sentencia había respetado los términos de dicho acuerdo. Pues, justamente, el reclamo se refería a que aún en esos supuestos, la sentencia condenatoria debe estar debidamente motivada y que ello ha de poder ser impugnado...” (CSJN causa n° 10.419 -A-941.XLV R. de Hecho” sentencia del 17/5/2011 pub. Rev. EDP julio 2011, págs. 35/36, votos Dres. Lorenzetti, Highton, Fayt, Petracchi y Maqueda).

En definitiva, optar por una u otra vía de enjuiciamiento, en la provincia de Buenos Aires, no puede ser tomado más que como un derecho del justiciable, nunca como una obligación y, si en el ejercicio de aquel, el joven cuenta con suficiente asesoramiento técnico-jurídico, no se observa que su opción pueda considerarse viciada en el consentimiento.

Sobre el tópico relativo a las exigencias que contienen las Convenciones Internacionales y las leyes nacional n° 26.061 y provinciales n° 13.634 y 13.928, acerca del deber de escuchar a este tipo de justiciables previo a decidir a su respecto y a su capacidad de estar en juicio penal, ya se ha extendido sobrada y fundadamente el Dr. Marcelo Riquert en el considerando VI de su voto, que comparto, y al que el Dr. Walter Jorge Fernando Dominella adunó oportunas referencias al art. 286 del Código Civil y citas de Julio B. Maier, lo que me exime de mayores comentarios.

3.) Por otro lado, en torno a las exigencias del art. 4° de la ley 22278 relativas a las condiciones requeridas para poner imponer pena al joven, éstas no son un óbice para la abreviación del procedimiento y, en todo caso, deben armonizarse con las pautas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como, asimismo, con las previsiones de los arts. 395/403 bis del CPP, sin que podamos sostener, con certeza, que se contraponen a las exigencias de aquellas normas constitucionales (CN, 31 y 75 inc. 22).

Por eso, tal como ya resolviera en otros precedentes y expuso el magistrado que iniciara la votación en este acuerdo, planteado por las partes un acuerdo de juicio abreviado con relación a un causante punible menor de 18 años, no hay ningún impedimento legal para admitir el procedimiento propuesto si no median los supuestos de desestimación previstos en el inc. 1° del art. 398 del CPP, pues bien se puede resolver respecto de la existencia del hecho, la participación del encausado en el mismo y la existencia o no de eximentes, e incluso de la calificación legal aplicable al suceso en juzgamiento, mediante un juicio de responsabilidad tal como lo prevé el art. 56 de la ley 13.634, y sólo se debería dejar para más adelante lo relativo al tratamiento de la eventual pena

aplicable al nombrado, para una vez que se cumplan las exigencias del art. 4 de la ley 22.278, materia en la que debería seguirse el procedimiento de cesura de juicio (CPP, 372).

Esta es una interpretación que armoniza las normas procedimentales penales generales y las específicas del fuero de responsabilidad penal juvenil, que hace prevalecer el interés superior del Niño y que posibilita la utilización de institutos que cooperan en agilizar el Servicio de Administración de Justicia, pues resulta irreal pensar en la posibilidad de brindar juicio oral ordinario en todos los casos (que es la causa que originó la instrumentación del procedimiento que estamos discutiendo), también para los expedientes de este fuero.

4.) En torno a la incidencia que pueda tener en el tema decidendum las exigencias de debate amplio, de los arts. 42, 43 y cctes de la ley 13.634 sobre la posibilidad de aplicar o no a los jóvenes, medidas de coerción o incluso, una pena privativa de la libertad (conf. art. 4° ley 22.278), -más allá de resaltar que esta Cámara, en sus diferentes Salas, viene resolviendo esa posibilidad (ver, sólo a modo de ejemplos, en Sala I: c. n° 19.168 “V” sent. del 22/03/11, Reg. 10-S y c. n° 19.147 “M”, sent. del 01/04/11 Reg. 14-S; Sala II c. 14.419 “V” sent. del 07/02/09, Reg. 70-S y c. 20.268 “Ch.” sent. del 17/2/12 Reg. 3-S y Sala III: c.18.268, “M”,sent. del 5/4/11 Reg. 23-S y c. n° 16.343 “F”, sent. del 18/04/11 Reg. 29-S)-, diré que el acuerdo de juicio abreviado, sólo limita en favor minoris la posible aplicación de pena, atento que el art. 399 del CPP veda que ella pueda superar la pactada en el acuerdo respectivo.

Y, lo importante, es que esto no obstruye la discusión acerca de su justificación, su naturaleza y cuantía, pues la cesura que prevé el art. 372 del mismo rito armoniza plenamente, con las exigencias de la ley 22.278, siendo precisamente esa instancia procesal, la adecuada para el pleno y amplio debate sobre la materia, por lo que no observo vicio de irrazonabilidad alguno.

El hecho de que la pena no pueda ser impuesta hasta que se cumplan los recaudos del art. 4° de la ley 22. 278 no inhabilita la posibilidad de acordar

anticipadamente el tope que prevén los arts. 395/99 del CPP, dado que, en todo caso, esto opera como marco jurisdiccional para ese tipo de proceso, en el momento de la cesura, pero no como una obstrucción para las partes. No perdamos de vista que, siempre, el acuerdo es anticipado al juzgamiento.

5.) Por último, me parece oportuno citar del ámbito del derecho comparado, a dos reconocidos funcionarios del ILANUD y analistas de sistemas de Justicia Penal Juvenil, Elías Romero Carranza y Rita Maxera (ver “La Justicia Penal de Menores de Edad en los Países de América Latina” presentada durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Monterrey, Nueva León, octubre 2.005, y su reelaboración en Universidad de Guanajuato, México 17/3/2.005 pub. en <http://postal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libre7/05%20f.pdf>), quienes sostienen, en función de las previsiones de las normas emergentes de Convenciones Internacionales aplicables, la conveniencia de implementar salidas tempranas, medios alternativos al juicio oral y la aplicación del principio de oportunidad en dicho ámbito jurisdiccional, a los que tienden, por ejemplo, las leyes de Brasil (8.069), Colombia (1.098), Costa Rica (7.739), Ecuador (100), Guatemala, (Dec. 27/2003), Nicaragua (Ley 287) y Panamá (Ley 40).

Con estos añadidos, adhiero al voto del Dr. Marcelo Alfredo Riquert, por compartir sus fundamentos y ser ésta, también, mi convicción razonada y sincera (CND, 37, 40; CN, 18, 19, 75 inc. 22; ley 22.278 y modif., 2, 4; ley 13.634, 1, 43, 59, 60, 68 y cctes.; CPP, 121, 395, 398 incs. 1º “a contrario sensu” y 2º, 421, 434, 439 y cctes.).-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. PABLO MARTIN POGGETTO DIJO:

Adhiero a los votos de los Sres. Jueces Dres. Paolini y Fernandez Daguerre, por aducir los mismos fundamentos, y por tratarse de mi sincera y razonada convicción. Por ello voto por la negativa a la cuestión planteada.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. MARCELO A. MADINA DIJO:

Llegan los autos al acuerdo a fin de expedirme en orden a la convocatoria a plenario por la cual se pretende determinar si es posible el acuerdo de juicio abreviado en el marco del procedimiento de responsabilidad minoril cuando el consentimiento para el mismo lo presta el joven punible menor de dieciocho años.

Los votos que anteceden han llevado la carga mas pesada de analizar los distintos tópicos que rodean la cuestión, por lo sólo agregaré algunas consideraciones , adelantando que expediré mi voto por la afirmativa tal como lo hicieron los Dres. Marcelo Riquert, Walter Dominella y Esteban Viñas, en base a las siguientes consideraciones:

1) Marco normativo de aplicación.

Uno de los aspectos liminares consiste en determinar si existe alguna prohibición al respecto ya sea de orden normativo o por vía de principios, que impida aceptar el acuerdo de juicio abreviado en el marco del proceso establecido en la ley 13.634. Los colegas mencionados se han encargado de demostrar que, por la específica mención del art. 1 de la ley en cuanto remite al régimen procesal establecido en la ley 11.922, como por aplicación del art. 43 último párrafo de la ley 13.634, al incluir al juicio abreviado como una de las posibles salidas alternativas a resolver en el entorno de oralidad que establece la ley, es factible afirmar que dicho modo compositivo no esta prohibido ni expresa ni implícitamente en el fuero penal juvenil.

A ello debo agregar que la sistemática descripta evidencia que si el legislador hubiera querido impedir el trámite del juicio abreviado por alguna razón, lo debiera haber previsto expresamente, ya que la norma general de remisión del art. 1 establece específicamente que son de aplicación las normas del Código Procesal Penal (ley 11.922) “...en cuanto no sean modificadas por la presente ley...” y no sólo no la excluyó sino que la contempla en el art. 43 mencionado. Entiendo que de este modo debe operar el sistema de remisión, es decir especificando la excepción.

Tampoco encuentro obstáculos desde el punto de vista de los principios que animan el procedimiento minoril para excluir la posibilidad de que el menor imputable acuerde el juicio abreviado. Entiendo que el mismo sólo constituye una renuncia a confrontar la prueba de cargo y contar con la audiencia ante el Tribunal Oral. Este derecho es perfectamente renunciable ya que en mi entender el debate oral es un derecho del imputado y no una facultad del estado o de la sociedad de llevar todos los casos a juicio oral con la condigna exposición a “la pena del banquillo”. Nótese que si el impedimento para acordar un juicio abreviado en el procedimiento de responsabilidad penal juvenil desapareciera recién a los 18 años, ello conllevaría la necesidad de que se realice previamente el juicio oral para determinar la responsabilidad del menor, obligándolo a realizar gastos, molestias y exposición pública que el menor pretende evitar con el juicio abreviado. Digo ello por cuanto me resulta paradigmático negar la posibilidad de limitar la respuesta punitiva del estado a través del acuerdo de juicio abreviado enarbolando los derechos del menor y luego someterlo a condenas mayúsculas como las que se comprueban con la vigencia de la ley 13.634, pero eso sí, en el marco de un juicio oral.

A ello debo agregar que tal acuerdo compositivo de ningún modo implica renuncia a garantía procesal alguna, ni disminuye el plus de derechos que debe guiar el enjuiciamiento de menores respecto del de mayores. Advertamos que la conformidad requerida en el marco del art. 396 del C.p.p. no implica admisión de responsabilidad del menor ni impide al Tribunal absolver o declarar la innecesariedad de la pena por los principios propios del fuero (art. 4 de la ley 22.278). Si a ello le agregamos que las sentencias de juicio abreviado son pasibles de la misma actividad recursiva que la prevista para el juicio común, (art. 401 C.p.p.) y que la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha reconocido que los órganos de revisión no pueden limitar su conocimiento en dichos procedimientos al resolver “...que el hecho de que la sentencia se dicte en el marco de un juicio abreviado no autoriza a aligerar el recaudo de la debida fundamentación. Las implicancias de la prescindencia del debate reglado por el

procedimiento ordinario demanda mayor severidad en el control del juzgador a fin de establecer que lo consensuado por las partes se adecua a las evidencias obrantes en la causa. Estas connotaciones, justamente, aventan la posibilidad de que dicha sentencia se constituye en un mero acto homologatorio de lo convenido por el imputado, su defensa y el representante fiscal (Ac. 91.681 del 10/9/2008), podemos concluir entonces que no hay razón para negarle al niño o adolescente lo que al mayor se le reconoce como modo de resolución del conflicto que lo tiene como protagonista.

Por último, entiendo que las críticas que ha merecido el procedimiento de juicio abreviado están dirigidas principalmente al Estado que, en lugar de proveer de recursos materiales y humanos al Poder Judicial para poder gestionar todos los casos por medio de un juicio oral, opta por ofrecer pactos sobre la pena que en muchos casos terminan por desnaturalizar el proceso.(Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal”, pág. 746 y ss. Edit. Trotta, Madrid,), pero ello de ningún modo nos puede llevar a negarle posibilidades a los justiciables a que opten por dicho procedimiento si consideran que es conveniente para sus intereses, están debidamente informados y asistidos , el consentimiento es libre y voluntario y -como en este caso- nada permite afirmar que opere de modo extorsivo para el imputado, por cuanto haríamos recaer sobre sus espaldas las consecuencias del incumplimiento estatal.

En tal sentido lo interpretan Jimena Hoyos y Susana Pernas, para quienes el juicio abreviado “...no sólo es un mecanismo utilizado al sólo efecto de descomprimir el trabajo de los tribunales, sino que en la mayoría de los casos es dar una respuesta al joven imputado con mayor prontitud que la espera de un juicio que se demora en el tiempo y que conlleva a su sometimiento a una causa penal, que lo perjudica para estudiar o conseguir trabajo estable. De allí que sea una alternativa ventajosa, máxime que, en el caso de cumplirse los requisitos previstos en el art. 4 , ley 22278, junto con el abreviado, las partes acuerdan la posibilidad de exención de pena respecto del hecho por el cual fue declarado

responsable el joven, ya sea en la misma acta o por separado...” (“Suspensión del juicio y juicio abreviado en la justicia penal juvenil. Una oportunidad para relatar los estándares internacionales” Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Agosto 2012, p.1374)

Me he informado debidamente en los votos que antecede de los distintos precedentes jurisprudenciales , así como las distintas opiniones doctrinarias que aceptan o niegan la posibilidad que ahora estamos discutiendo. Todas demuestran esgrimas interpretativas de vuelo para abonar la solución que postulan. Lo cierto es que no existe una doctrina legal al respecto y por lo tanto debe relativizarse su valor más allá de servir como guía, por cuanto considero que sólo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia podría definir el punto, aún cuando el juicio abreviado sea materia procesal ajena al recurso extraordinario, ya que se encuentran en juego derechos y garantías reconocidos al menor sometido a enjuiciamiento penal así como la interpretación de normas convencionales específicas.

Por último el derecho comparado tampoco parece tener reparos para extender la aplicación del juicio abreviado a los menores. Específicamente en el “Patteggiamento” italiano, en el supuesto que el imputado sea menor se le aplican las mismas reglas que al proceso de mayores, a partir de la edad mínima que debe tener un sujeto para ser imputable (14 años) . (Nicolás Rodríguez García “La justicia penal negociada...” Ediciones Universidad Salamanca, 1997, pag. 151/2)

2) Aspectos vinculados al sistema procesal imperante.

Tampoco resultan ajenas a la resolución del acuerdo plenario algunas consideraciones de política criminal procesal referidas al límite de la intervención de la jurisdicción a la hora de la composición del conflicto, máxime en materia de enjuiciamiento minoril. Digo ello por cuanto resulta paradigmático que, superado el modelo tutelar del patronato (Ley 10.067) por uno en el cual el menor es sujeto de derechos (leyes 13298 y 13634), nuevamente la jurisdicción pretenda asumir los derechos del menor por encima

de su voluntad, imponiendo la del Estado. Me pregunto bajo qué parámetros podemos afirmar que el Juez sabe más que el defensor o el propio menor lo que es mejor para su situación procesal ?. La vuelta al sistema del patronato parece indisimulable. Lo aquí expuesto debe ser escrutado según la concepción del proceso que se adopte. Surge evidente que el modelo de reparación que encierran ciertas salidas tempranas se compadece con un proceso compositivo en donde las partes pueden arribar a una solución institucionalizada y pacífica del litigio y el rol de la jurisdicción se reduce básicamente a controlar los abusos de poder y la existencia de una necesidad político criminal de procurar el progreso de la acción, supuestos estos últimos que no se verifican en autos. Dicha arquitectura procesal responde al principio acusatorio. Frente a dicho diseño se presenta el proceso cognoscitivo o de conocimiento en donde el Estado a través de los órganos predisuestos para ello, pretende componer el conflicto y reconstruir la verdad desplazando el interés de las partes, característica del proceso inquisitivo. De este modo, si no existen intereses preponderantes de política criminal ni abuso de poder de alguna de las partes no se entiende porqué desde la jurisdicción debe imponerse una sola solución al conflicto frente al interés común de los sujetos procesales por un modo diferente (juicio abreviado).

3) Capacidad del menor punible para celebrar acuerdos .

Uno de los aspectos centrales para dar respuesta al plenario radica en determinar si el menor punible es jurídicamente capaz para otorgar el consentimiento que exige el acuerdo de juicio abreviado. Antes de ingresar al análisis del tema es necesario e imprescindible establecer que dicho consentimiento el menor lo presta debidamente asesorado por su defensor y es obligación del magistrado de intervención verificar si se ha prestado libre y voluntariamente, así como informarle las consecuencias de la vía procesal adoptada (art. 398 C.p.p.) . De este modo, no solo se cumple con la manda legal de oír al niño en los procesos en que es parte (arts. 6 y 36 inc.3 de la ley 13.634

), sino que estamos en presencia de un consentimiento debidamente informado y asesorado.

A la hora de determinar la capacidad civil de los menores deben analizarse no sólo las normas del Código Civil, ya mencionadas por los colegas que votaran por la afirmativa, sino también las de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en tanto en sus arts. 24 y 27, consagra expresamente los derechos de participación, a opinar y a ser oído, que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo y que sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte.

Tal norma receipta el concepto de autonomía progresiva por el cual el menor es considerado sujeto de derechos y no como un objeto de protección propio de la teoría de la situación irregular en la que el Estado se subordina incluso respecto de sus preferencias e intereses. Así se abandona la idea del menor como un incapaz de participar en las decisiones que lo tienen como protagonista. Encuentra su soporte en el concepto de “competencia” proveniente del campo de la bioética, considerado adecuado para analizar el ejercicio de los derechos personalísimos. (Silvina Novella, Anu. Invesg. Vol. 17 Ciudad Autónoma de Buenos Aires ene./dic 2110). “Esta perspectiva consiste en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en las personas menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de acuerdo a la “evolución de sus facultades”, lo cual significa que a medida que aumenta la edad también se incrementa el nivel de autonomía y el poder de autodeterminación del niño ante su propia existencia, disminuyendo simultáneamente el poder del mundo adulto para imponer decisiones heterónomas. En consecuencia , para poder determinar el grado de participación de cada menor de edad en el desarrollo de sus derechos, se hace necesario distinguir entre las diversas fases de evolución del niño, las cuales pueden estandarizarse a través de criterios cronológicos, entre los cuales el menor adulto (mas de 14 años) posee un nivel cognitivo e intelectual similar al de los adultos, en lo relativo al discernimiento, (Paula

Andrea Venegas Supúlveda , Universidad de Chile, Facultad de Derecho). Dicho ello debo aclarar que la circunstancia que el Estado límite sus facultades de punir a quien todavía no cumplió la mayoría de edad en razón de su inmadurez para comprender el delito y sufrir los efectos de la pena, no significa que le pueda negar o desconocer derechos personalísimos en base a dicha circunstancia.

El principio de capacidad progresiva esta expresamente previsto en el art. 5 de la CDN en cuanto impone a los Estados Parte el respeto de las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o demás referentes familiares a impartir al niño “...en consonancia con la evolución de sus facultades.” Así señala Ricardo Pérez Manrique que “Debe reconocerse en aplicación del principio de autonomía progresiva que el sujeto de derechos es libre para decidir cuándo ejercer sus derechos y cuándo renunciarlos. Se reconoce que excepcionalmente en hipótesis de falta de competencia para decidir por sí (por razones de edad, enfermedad etc.) y de resultar acreditado que la solución o renuncia propuesta es perjudicial para el niño , a partir de los elementos objetivos incorporados a la causa, recién se podrá adoptar decisión diversa desde el mundo adulto.

Por su parte en Opinión Consultiva 17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que:”... el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste , según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.” (párrafo 102).

Entiendo por mi parte, que si algún contenido concreto puede tener el “interés superior del niño”, es justamente impedir que el Estado, a través de los jueces, pueda imponer “su interés” por encima de lo que el joven quiere, debidamente asesorado por su abogado defensor y en su caso por sus progenitores, cuando no existen razones de política criminal basadas en abuso

de poder, máxime cuando el menor no pretende eludir sus responsabilidades sino muy por el contrario, propiciar un modo institucionalizado de componer el conflicto penal.

Por todas estas razones expreso mi voto en sentido afirmativo.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. JAVIER GUSTAVO MENDOZA DIJO:

Los votos de los magistrados preopinantes en el presente plenario demuestran acabadamente el denodado esfuerzo realizado, a fin de dar una adecuada respuesta al debate jurídico suscitado en torno a la admisión o no del juicio abreviado en el procedimiento de responsabilidad penal juvenil, cuando el imputado no ha llegado a la edad de dieciocho años.

Se ha evacuado en forma harta suficiente la cuestión a decidir, a través de los argumentos sustentados en uno u otro sentido por los Jueces de esta Cámara, ilustrando extensamente sobre las diversas aristas del instituto en estudio y las consecuencias de su aplicación al proceso especial de menores, con las connotaciones constitucionales y su adecuación a los pactos y convenciones internacionales suscriptas y elevadas a rango constitucional por nuestro país.

Es muy poco lo que se puede agregar al tema y a fin de no sobreabundar, haré algunas consideraciones en relación al tratamiento de la cuestión en otra legislación procesal argentina y a la capacidad puesta en controversia del menor de dieciocho años para decidir sobre el tratamiento de su causa penal a través del procedimiento abreviado; adelantando que mi voto será en adhesión a la postura afirmativa de la cuestión planteada siguiendo la posición adoptada por los Dres. Marcelo Riquert, Walter Dominella, Esteban Viñas y Marcelo Madina que me preceden en el plenario.

Se debe visualizar en que situación se encuentran actualmente los menores que protagonizan hechos ilícitos, y en este sentido portadores

de la necesidad de protección, no solamente de sus progenitores o padres en el más extenso sentido de la palabra, sino también por parte del Estado, siendo este último quien debe prestar debida atención y estar vigilante para llegar rápidamente en auxilio de aquellos menores que se hallen en situación de riesgo, en garantía de la protección que los mismos requieren. Debe reconocérselos como personas que además de ser portadores y beneficiarias de derechos fundamentales, merecen asimismo el respeto que es ínsito a la dignidad de seres humanos, haciéndose ineludible actuar en el aseguramiento de un proceso a través del cual se respeten todos los derechos que se encuentran bajo el amparo de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que asumen jerarquía constitucional. En este sentido, en nuestro país, a través de la reforma a la Carta Magna de 1994, se han incorporado en el art. 75 inc. 22 la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la cual es ratificada por ley 23054, como así también la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada a su vez por la ley 23849, por intermedio de las cuales se provee a la tutela de la situación de los menores sometidos a proceso penal. Asimismo, no debemos dejar de lado que en nuestro marco normativo se encuentra la ley 22278, modificada por ley 22803, que rige en la materia penal la situación de los menores que se encuentran imputados de ilícitos en nuestro país, y a nivel provincial tenemos la ley 13634 y sus modificatorias.

Es menester tener en cuenta que los menores de edad, tanto psíquica como biológicamente se hallan en situación de indefensión, haciendo esto que ocupen un lugar de gran preponderancia en la legislación, poniéndose tal circunstancia de manifiesto a través del marco normativo que regula el llamado “interés superior del niño”. Este interés superior debe estar presente y ser objeto de todas y cada una de las decisiones judiciales tomadas en el proceso penal de menores, teniendo en cuenta que durante esta etapa de la vida, la persona es cuando más requiere de cuidados, atención y protección y si en esta instancia del

crecimiento se ve privada de ello, devendrá en una carencia que impactará en el futuro, ya sea en la adolescencia o en la edad adulta.

Queda evidenciado que la tutela y protección de los menores redundan en su propio beneficio, pero también en interés de la sociedad. En esa dirección, durante el siglo pasado la comunidad internacional ha comenzado con el reconocimiento de los derechos del niño que el Estado garantiza, generando la proclamación de los mismos por todas las naciones jurídicamente organizadas, formando y desarrollando el derecho de menores con la novedad de consagrar al menor como sujeto prevalente del Derecho; sustrayéndolo del vetusto Derecho Penal retributivo.

En el marco de la legislación civil argentina, se presume que el menor de edad posee discernimiento para cometer actos ilícitos a partir de los diez años, así el art. 921 del Código Civil: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; ...” y art. 1076: “Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causare.”. En estas condiciones, claramente el legislador atribuye al niño responsabilidad civil a los diez años por sus actos ilícitos.

Difiere claramente la legislación penal, cuando recién a los dieciséis años se presume en forma absoluta que el menor posee la necesaria madurez mental, como para considerar que se ha desenvuelto culpablemente y en tal caso responsabilizarlo frente a la ley, así el art. 1 de la ley 22278: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. ...” y art. 2: “Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo primero. ...”.

Sobre la aplicación efectiva y la constitucionalidad de la legislación penal de menores, ya se han expedido los votos de los

magistrados preopinantes a los que me he adherido, asimismo desde el voto del Dr. Riquert que ilustra sobre las diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el t3pico en tratamiento, se abastecen los comentarios para concluir en la aplicaci3n del proceso abreviado a la justicia de menores, en especial lo evaluado en relaci3n a los menores de dieciseis a dieciocho a3os de edad.

Sin perjuicio de lo manifestado en el p3rrafo anterior, es interesante, como expresara al inicio, observar el procedimiento penal de menores legislado en otro ordenamiento procesal argentino, en lo que hace obviamente a la aplicaci3n del juicio abreviado.

Comparto con los votos anteriores el argumento de que por imperio de los arts. 1, 3, 36 y 43 de la ley 13634 y modificatorias, es absolutamente admisible el juicio abreviado para los menores de dieciocho a3os, pero considero que quiz3 hubiere sido aconsejable que el legislador bonaerense inscribiera el instituto en forma m3s amplia en la legislaci3n, tal como lo consagra la ley n3 6354 de la provincia de Mendoza.

Atento a la necesaria celeridad que requiere la administraci3n de justicia en el tratamiento de todas aquellas cuestiones puestas a su conocimiento y decisi3n, se ha hecho imprescindible la revisi3n y modificaci3n tanto de la legislaci3n sustantiva, cuanto de la adjetiva, lo que ha tenido gran repercusi3n en el proceso de menores, haciendo que la imposici3n de sanciones penales en este segmento del acontecer jur3dico revista connotaciones particulares.

En el sentido expuesto es que han surgido caracter3sticas novedosas del derecho penal de menores, como son el proceso garantista, flexible y confidencial, como as3 tambi3n la ya mencionada en los votos anteriores "impronta pedag3gica", de lo que da cuenta el art. 33 de la ley 13634 cuando consagra: "Son principios rectores para la interpretaci3n y aplicaci3n de las normas del proceso penal: la protecci3n integral de los

derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.” De esta manera a través de la nueva legislación, se trata de alejar al menor de las posibilidades de sufrir afecciones graves a su persona, intentando que el mismo se reinserte en la sociedad sin victimizarlo y respetando su condición humana.

Uno de los institutos que viene en ayuda de acelerar la tramitación de las causas es el juicio abreviado, intentando concretar la aspiración de lograr sentencias en un lapso razonable, mejorando el servicio de justicia en aprovechamiento pleno de los recursos jurisdiccionales.

Siendo tradicionalmente aceptado para delitos leves, actualmente se lo utiliza para el tratamiento de ilícitos de mayor gravedad, respecto de los cuales se admiten alternativas para evitar el juicio oral y público, cuando el mismo no sea imprescindible en aras de arribar a una sentencia que resuelva el caso, en pleno respeto del principio de legalidad.

El instituto del juicio abreviado se halla inscripto en el sistema procesal acusatorio, con sus tradicionales notas de una acusación pública con plena vigencia del contradictorio, en acentuación de la imparcialidad de los jueces, quienes deben dictar sentencia en función de las pruebas incorporadas al proceso y las argumentaciones de las partes.

En relación a la averiguación de la verdad, sabido es que el proceso penal tiene como finalidad el logro de una reconstrucción conceptual del hecho que es su objeto, ajustándose lo más cercanamente posible a la realidad en procura de concordar lo ocurrido con lo que se haya conocido al respecto; siendo la verdad histórica o verdad real la que se reduce por las dificultades fácticas y las limitaciones jurídicas que se

reconocen, a una verdad jurídica o procesal. Sobre el particular es dable tener en cuenta que el juicio abreviado no tiene por premisa prescindir de aquella, sustituyéndola por una verdad consensuada, conforme se lo ha regulado legalmente; pudiendo observarse que la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación fiscal preparatoria que esta orientada hacia la consecución de la verdad, ello dentro del marco del acuerdo.

Siguiendo estos lineamientos se encuentra la ley n° 6354 del 22 de noviembre de 1995 de la provincia de Mendoza, que como anticipáramos regula el instituto del juicio abreviado específicamente en la legislación de menores provincial. Así en el Título III de la Justicia en lo Penal de Menores, Capítulo II de la Jurisdicción, Competencia y Normas Aplicables en su art. 113 le otorga competencia a un Tribunal en lo Penal de Menores para juzgar todos los delitos, con excepción de la opción prevista en el art. 114 inciso c) que por su parte le concede al Juez en lo Penal de Menores: "... el juzgamiento, en única instancia, de los delitos imputados a menores que a la fecha en que se promueve la acción no tengan más de dieciocho años, cuando la ley establezca para la infracción una pena que no exceda de los diez años de prisión y se optare por el juicio abreviado; ...". Posteriormente en el Título IV del Proceso Judicial, Capítulo II de la Audiencia Preliminar el art. 153 dice: "Ordenada la prosecución de la causa, el Agente Fiscal expondrá sintéticamente las conclusiones de la investigación preliminar. Oído que sea el Fiscal, el defensor podrá solicitar la aplicación del juicio abreviado." Y en el Capítulo III del Juicio Abreviado, en los arts. 158 a 162 regula el instituto con la remisión al Código Procesal Penal, y adecuando aquel al proceso de menores.

La legislación citada en su espíritu favorece la aplicación del juicio abreviado, ya que expresa en el artículo 159 que: "El Juez resolverá, corriendo vista al Agente Fiscal, a sus efectos. La resolución que acoja la

petición del juicio abreviado, será inapelable. La que lo deniegue será apelable por el Agente Fiscal y el defensor.”. Es evidente que se tiende a resolver siempre teniendo en cuenta lo más beneficioso para el menor, el llamado “favor minoris” e “interés superior del niño”, intentando no retardar la resolución del proceso, elevándolo para su conclusión en juicio común, que como ya se ha dicho por los votantes anteriores, esto significa atraso en los tiempos con perjuicio del menor procesado; por lo que se atiende a los principios de celeridad y economía procesal.

Es interesante observar que en el ordenamiento procesal ordinario de la provincia de Mendoza, en referencia a la justicia de adultos, se requiere como condición del juicio abreviado, la admisión de la imputación; así el art. 418 del Código Procesal Penal (ley 6730 y sus modificatorias) regla: “Procedencia. Desde la clausura de la investigación penal preparatoria, y hasta el momento previsto por el artículo 385, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando: a) el imputado lo solicite y admita la imputación atribuida, que es reformable, y consienta la aplicación de este procedimiento, b) el Ministerio Público manifieste su conformidad”.

No obstante lo mencionado en el párrafo anterior, en el proceso penal de menores de la Provincia de Mendoza, conforme está regulado en los arts. 158 a 162 de la ley 6354, no se exige la admisión de los hechos por parte del menor, siendo ello así, en virtud de tenerse en cuenta el Interés Superior del Niño, tutelado por el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional, conf. Art. 75 inc. 22 Const. Nacional). Además en dicho Tratado, se establece en el art. 40 inc. 2 b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales, o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos lo siguiente: ... iii.) 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 considerare 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; asimismo en el inc. 2 b) iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable...”. Por su parte y siguiendo el precepto constitucional (art. 18 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.) el art. 11 inc. h) de la ley 6354 le otorga al menor la garantía de no declarar contra sí mismo.

Sintéticamente se puede decir que en la ley de Protección del Niño y del Adolescente n° 6354 de la provincia de Mendoza, se exigen como requisitos para el trámite del juicio abreviado aplicable a menores de dieciocho años: el requerimiento fiscal, la declaración indagatoria y audiencia preliminar previa (ello a fin de tutelar el derecho de defensa del menor sometido a proceso penal), que la pena que pudiere corresponder al ilícito imputado no supere los diez años de privación de la libertad, el consentimiento del Juez en lo Penal de Menores, previa vista al Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta que la resolución que lo deniegue es apelable por el Agente Fiscal y el Defensor; y la que lo acepte es inapelable. Es dable reiterar que esta última nota demuestra acabadamente, como ya se expresara más arriba, que la legislación de la provincia de Mendoza favorece a todas luces la aplicación del juicio abreviado en el proceso penal a menores de dieciocho años.

Esta breve alusión al procedimiento penal de menores que rige en la provincia de Mendoza, demuestra incontestablemente, a mi modesto entender, que la admisión del instituto del juicio abreviado para el tratamiento del proceso penal aplicable a los menores de dieciocho años, se encuentra dentro de los parámetros y es respetuoso de las garantías constitucionales. Ello así, en el entendimiento de que en las condiciones en que rige, no se advierte que el procedimiento abreviado controvierta o ponga en crisis el principio del debido proceso, habida cuenta que los extremos de su exigencia se respetan. Ya es observable la existencia de

la acusación; la defensa que por su parte es la que estima la conveniencia del trámite abreviado para los intereses del imputado, asimismo es la encargada de solicitar el trámite abreviado; la prueba que recibida en la investigación preliminar es estimada idónea por el Ministerio Público Fiscal, el imputado y el Tribunal; la sentencia que se fundará en las pruebas incorporadas por el acuerdo y los recursos que procederán por las causales comunes (conf. Art. 169 de la ley 6354 de la provincia de Mendoza).

Volviendo a nuestro sistema procesal, y si bien la ley 13634 del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño no lo registra en su articulado en forma tan específica, como sí lo hace la legislación mendocina, entiendo que del juego armónico de los arts. 1 y 2 de la ley nacional n° 22278, y de los arts. 1, 3, 36 y 43 de la ley 13634 de la provincia de Buenos Aires, es de aplicación efectiva el juicio abreviado en el procedimiento penal de los menores de dieciocho años, siendo admisible en esas condiciones que los mismos opten por esa vía, conforme arts. 395 y ssgtes. del C.P.P.B.A.

Aun pecando un tanto de repetitivo, pues la cuestión se encuentra plenamente abastecida por los votos que me anteceden. Considero que la remisión del art. 1 de la ley 13634 a la ley 11922 (C.P.P.B.A.), hace aplicable el instituto reglado en los arts. 395 a 403 del rito bonaerense al proceso penal de los menores de dieciocho años, además lo normado por el art. 3 de la misma ley de menores, en alineación directa con la Convención, demuestra que los menores imputados de ilícitos (de 16 a 18 años) tienen derecho a ser oídos, peticionar, expresarse, ser tenidos en cuenta considerando su desarrollo, por lo que siendo asistidos por su defensor, ¿como negarles la posibilidad de decidir y optar por un procedimiento alternativo al juicio, dentro del debido proceso? Además el art. 36 de la ley 13634 que le concede al menor sujeto a proceso penal todos los derechos y garantías reconocidos a los

mayores, en el inc. 7 determina: "... Que las decisiones sobre ... salidas alternativas al proceso ... bajo pena de nulidad se dicten en audiencia oral con su presencia, la de su defensor, acusador y demás intervinientes, conforme los principios de continuidad, inmediación, contradicción y concentración.". Se precipita aquí el interrogante: "¿y no son estos los extremos del acusatorio? ¿y no se respetan acaso conforme al art. 36 los extremos del debido proceso?"; la respuesta entiendo se descuelga como la fruta madura y es afirmativa.

Completa el tratamiento del instituto del juicio abreviado en la ley bonaerense su art. 43 cuando en su último párrafo, al tratar la audiencia oral en que se decidirá bajo pena de nulidad la prisión preventiva, ordena se discutan y tomen además todas las decisiones alternativas que pongan fin a la etapa preliminar o al proceso, y destaca entre otros en especial al juicio abreviado.

Toda la legislación sucintamente analizada concuerda con el plexo constitucional (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.) y hace aplicación efectiva de lo normado por el art. 40 inc. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dice: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos ... específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse ... de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. ...". Conforme a ello, concuerdo con los votos que preceden al mío, en que no es deseable ni apropiado obligar al menor (por considerarlo incapaz o sin la madurez suficiente) a la pena del banquillo, si bien no está obligado a presenciarse, y someterlo obligatoriamente a un juicio oral, que por otra parte no

conlleva en sí mismo la impronta pedagógica que trasunta toda la legislación de menores.

Como lo anticipara al inicio haré una mención al tema de la edad y capacidad que se intenta exigir al menor, a fin de que pueda optar por el procedimiento abreviado, cuando tiene que consentir tanto la calificación legal del hecho que se le imputa, como así también la sanción penal que eventualmente le corresponda; en especial, ante el advenimiento de una importante reforma suscitada en la ley de ciudadanía de nuestro país.

La ley 26774 denominada del Voto Joven, ha traído una sustancial modificación a la ley 346 de ciudadanía, ya que lo ha hecho con el art. 7° de esta última que quedó redactado de la siguiente forma: “Los argentinos que hubiesen cumplido la edad de dieciséis (16) años, gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República. Asimismo ha reformado la ley 17671 del Registro Nacional de las Personas, entregándose el documento nacional de identidad definitivo a los catorce años. Siguiendo el lineamiento se reformó la ley 19945 del Código Nacional Electoral cuyo art. 1° ahora dice: “Son electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis (16) años de edad, ...”. Por su parte se modificó la ley 23298 de los Partidos Políticos y en su art. 1° “Se garantiza a los electores el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos. ...”. En su caso el nuevo art. 5° de la ley 25432 establece que: “En todo proyecto sometido a consulta popular vinculante, el voto del electorado en los términos de la ley 19945 será obligatorio.”. Y en consonancia con toda la reforma, también la ley 26215 establece en su art. 2° relativo a las elecciones primarias: “... Para las elecciones primarias se utilizará el mismo padrón que para la elección general en el que constarán las personas que cumplan dieciséis (16) años de edad hasta el día de la elección general. ...”.

A la luz de la reforma citada, es importante tener presente que los derechos políticos, podemos decir que son el conjunto de condiciones que posibilitan al ciudadano participar en la vida política, constituyendo la relación entre éste y el Estado, entre gobernantes y gobernados; representando los instrumentos que posee la ciudadanía para intervenir en la vida pública, o el poder político con el que cuenta para participar, configurar y decidir en el devenir político del Estado.

En el sentido expuesto se puede observar que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los derechos políticos, como así también los civiles, pertenecen a los llamados derechos de la primera generación o derechos de la libertad; pudiendo mencionarse entre otros, justamente el derecho de voto en referencia al que tienen los ciudadanos de elegir quienes hayan de ocupar determinados cargos públicos; el derecho de petición política, referido al que se tiene para dirigir peticiones a las cámaras legislativas o a los órganos ejecutivos, exponiendo necesidades a fin de influir en la legislación política; el derecho de asociarse y de reunirse con fines políticos. Se puede mencionar a modo de ejemplo el art. 25 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que integra el texto constitucional argentino conf. Art. 75 inc. 22 C.N. cuando expresa: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; ...”.

Es interesante citar parte de las formulaciones del diputado Landau, extraída de la versión taquigráfica del tratamiento en la Cámara Baja de la ley del Voto Joven, realizada el 31 de octubre de 2012, así se

expresaba: "... es a partir del año 2010 que este Congreso consideró que el proceso de maduración de los jóvenes había avanzado lo suficiente como para otorgarle la plenitud de los derechos civiles y estableció entonces la mayoría de edad a los 18 años. ... De hecho, hay que recordar que un 15 por ciento de los nacimientos en Argentina son de padres menores, entre 15 y 19 años, y esos padres aportan al sostenimiento de sus hogares. En el orden penal, los menores a partir de los 16 ya tienen responsabilidad penal y son punibles por delitos graves imputables penalmente que merezcan pena mayor a los dos años, y juzgados. En la esfera laboral a los 18 años pueden trabajar libremente por la ley de contrato de trabajo, pero con 16 pueden hacerlo con autorización paterna, y ésta se presume si viven independientemente de la familia. Hay que recordar que casi un 10 por ciento trabaja más de 20 horas semanales y pueden de hecho afiliarse por esta situación de enmarque dentro de la Ley de Contrato de Trabajo y de Asociaciones Profesionales a cualquier asociación profesional a partir de los 14 años, y obviamente pueden votar. El 88 por ciento de los jóvenes entre 16 y 18 años estudia, pueden conducir una moto y con autorización de sus padres pueden obtener la licencia para conducir. ... Ello implica, señor presidente, que la franja de ciudadanos de entre 16 y 18 años puede ejercer por sí derechos en materia laboral, gremial, familiar y está sujeta a la coerción del Estado en materia penal. De modo que si ese imperium el Estado ya lo aplica a los menores, parece justo reconocer la posibilidad de participar efectivamente con su voto en la conformación de la voluntad colectiva de la ciudadanía, que precisamente se expresa en relación con la orientación general del Estado. Si las leyes penales, laborales, de familia, gremiales, etcétera, se aplican, ¿cómo no participar del debate previo a la discusión de esas materias? ..."

Considero ilustrativo, a fin de observar el pensamiento del legislador al ampliar los derechos políticos para los jóvenes de dieciséis

años, partes del discurso del miembro informante del bloque mayoritario Senadora Elena Corregido extraído de la versión taquigráfica de la sesión del 17 de octubre de 2012 en la Cámara Alta; así expresaba: “... Son los jóvenes quienes crean la contracultura. Son los jóvenes los que revisan y critican los paradigmas establecidos y son, también, los que proponen nuevos paradigmas. Se sublevan a los cánones preestablecidos, y son las posiciones de los jóvenes las que nos ayudan a repensar la realidad, a despojarnos de prejuicios para permitirnos ver lo que ya existe y que, a veces -o muchas veces-, no queremos ver. (...) Es evidente que si por un lado alguien pide que se baje la edad de imputabilidad y, por otro, le impide que ejerza libremente el voto, está siendo doblemente antidemocrático y me parece que es hora de cambiar de perspectiva. La ampliación de derechos es siempre una conquista nunca un retroceso. Confiar es el secreto; esa es la cuestión. Este proyecto, lo que hace, es esperar de los jóvenes y confiar en los jóvenes. Nos negamos a suscribir los argumentos que dicen: no van a poder, van a ser manipulados, van a malversar sus derechos, porque esos argumentos funcionan como profecías autocumplidas, si tanto los decimos, no van a poder. (...) Pero claramente es clave pensar este voto a los dieciséis como una oportunidad pedagógica en sentido estricto, porque eso habilita también la cuestión del ejercicio de la ciudadanía dentro de la escuela, y no pensarla siempre para más adelante. Hay muchos que proponen la ciudadanía para más adelante y con el dedo señalan el problema de la incapacidad o inmadurez, con lo cual, además de subestimar a los adolescentes evitan asumir que, en realidad, prefieren chicos disciplinados que acepten lo habitual como cosa natural. Y la verdad es que la autoridad se construye, como también se construye el elegir. Y esta posibilidad del voto a los dieciséis es lo que va a habilitar. ...”.

Finalmente deseo manifestar que no entiendo razonable y considero absolutamente inconciliable, que nuestra legislación general le

otorgue la ciudadanía con la efectiva práctica de fundamentales derechos políticos a las personas de dieciséis años, con las obligaciones y trascendentales funciones que como ciudadano les compete en la vida política de nuestra nación; pero por otro lado en la provincia de Buenos Aires se los considere con falta de capacidad o madurez exigible para decidir sobre la aplicación a su persona de un segmento de la legislación procesal penal. Si como dijo el diputado Landau, el ciudadano a los dieciséis años puede participar, y decidir diría yo además, con su voto y eventual intervención política en agrupaciones, en el debate previo a la discusión de la materia laboral, de familia, gremial o en este caso penal; ¿cómo se entiende que luego deviene incapaz de ejercer sus derechos en aplicación de las leyes que él ha coadyuvado en consagrar?

Con los matices que he intentado agregar al tratamiento de la cuestión puesta a consideración del plenario, y que como ya manifestara ha sido ampliamente considerada por los miembros preopinantes; voto por la afirmativa.

Con lo que finalizó el acuerdo plenario, en mérito a cuyos fundamentos, y de conformidad con lo previsto en la Ley orgánica del Poder Judicial (n° 5827 y sus modificatorias), el Tribunal, por mayoría de opiniones, **RESUELVE:** Declarar que el instituto de juicio abreviado, previsto por el Capítulo III, del Título II del Libro III del CPP, es aplicable en el régimen de responsabilidad penal juvenil cuando el imputado en menor de edad (CND, 37, 40; CN, 18, 19, 75 inc. 22, ley 22.2278 y modif., 2, 4; ley 13.634, 1, 43, 59, 60, 68 y cctes.; CPP, 121, 395, 398 incs. 1° “a contrario sensu” y 2°, 421, 434, 439 y cctes.).

Regístrese, Notifíquese.

ESTEBAN IGNACIO VIÑAS

si//

//guen firmas

RAUL ALBERTO PAOLINI

MARCELO ALFREDO RIQUERT

PABLO MARTIN POGGETTO

JUAN MANUEL FERNANDEZ DAGUERRE

MARCELO A. MADINA

JAVIER GUSTAVO MENDOZA

WALTER J.F. DOMINELLA

Ante mí:

MARCELO ESTEBAN ZARLENGA
SECRETARIO

