

Flagrancia en menores. Análisis de la compatibilidad entre ambos sistemas.

Florencia Rocío Marty¹

Resumen: El trabajo consiste en un análisis de la ley de flagrancia en comparación con el régimen penal juvenil y sus principios. Se tiene en cuenta los aspectos principales como la detención, la suspensión del juicio a prueba, la posibilidad de opción, entre otros institutos. A su vez, se entrecruza el texto legal con la doctrina y la jurisprudencia hasta el momento, permitiendo exponer las posturas contrapuestas. Finalmente, se toma postura por la incompatibilidad, aunque entendiendo que no es una cuestión saldada por completo.

Palabras clave: flagrancia, menores, régimen penal juvenil, constitucionalidad, especialidad.

I. Introducción.

Este trabajo tiene como propósito hacer un análisis del nuevo procedimiento de flagrancia en razón de su aplicabilidad para la justicia penal juvenil. La intención no es resolver la controversia, sino meramente sumar una voz más de opinión en un momento donde el derecho penal en Argentina atraviesa un proceso de cambio, con debates constantes y reformas en el código de fondo y los de procedimiento.

En un contexto donde las vías del derecho no se modifican de un modo armónico, colisionando con otras especialidades jurídicas y hasta con propios preceptos constitucionales, abordar este tipo de análisis es crucial.

Para empezar, haré una breve introducción de ambos sistemas (flagrancia y menores) para luego abocarme a la conjunción de ambos y las conclusiones de la misma.

¹Ayudante alumna de Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal, Criminología, Derecho Internacional Público y Política Exterior y Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Mail: martyflorenciar@gmail.com

Cabe destacar que los procesos bajo estudio se codifican en el plano del código federal, por ende, este problema se suscitara alrededor de hechos cometidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que aún no hayan sido transferidos a la Justicia de la Ciudad.

II. Flagrancia.

En primer lugar, se denominan delitos cometidos en flagrancia aquellos en los cuales se cumplan las condiciones del artículo 285 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN). Esto es, según su nueva redacción, aquellos en los cuales el autor fuera sorprendido en el mismo momento en que está intentando o cometiendo el hecho, como así también si se lo aprehende inmediatamente después de cometerlo, durante la persecución dada a raíz de la comisión del hecho, o si tuviera objetos o rastros que permitieran inferir que acaba de cometer un posible delito.

Antes de la ley 27.272² los delitos cometidos en flagrancia tramitaban mediante la instrucción sumaria del artículo 353 bis del CPPN. Allí se establecía una etapa instructora rápida, para delitos de acción pública descubiertos en flagrancia y donde el juez prima facie determinara que no cabria la prisión preventiva. A partir de ese momento el fiscal tendría a cargo la investigación que no podría durar más de 15 días. El fiscal le comunicaría al imputado las circunstancias de la imputación y las pruebas en su contra, pudiendo aquél presentarse con su defensor para refutar lo indicado por el fiscal, o bien, presentarlo por escrito. Si el imputado pedía una declaración indagatoria el proceso se convertía en uno común. Finalmente se corría vista al querellante para el requerimiento de elevación a juicio y se fijaba fecha de debate para continuar como en cualquier otro proceso.

En el año 2016 se sancionó la ley 27.272 que modifica este proceso y establece el llamado “régimen de flagrancia”³. El mismo va desde el artículo 353 bis al 353 septies del CPPN. En primer lugar señala que este régimen aplica a los delitos cometidos en flagrancia siempre y cuando sean hechos dolosos y cuya pena no supere los 15 años de prisión (ya sea solo o en conjunto en caso de concurso) o 20 en caso de ciertos delitos contra la integridad sexual y robo con arma de fuego.

² Ley No. **27272**, Reforma del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, B.O. 30/09/2016.

³ También modifica al nuevo CPPN reformado según ley 27.063 y suspendido por decreto.

El artículo 353 bis excluye los casos en los que el hecho que da origen al proceso tuviese lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos. Sin embargo, sí se aplica si se cometen delitos comunes con motivo o en ocasión de protesta social. Cabe destacar que esto es algo polémico que puede facilitar la llamada criminalización de la protesta social, aunque no lo desarrollo dado que no es el tema del presente trabajo.

Luego el articulado establece una serie de principios que rigen este proceso, modificando el carácter más bien inquisitivo del proceso anterior, a saber,

- Oralidad: todo se plantea oralmente en el debate, tanto las posturas como los recursos de reposición, apelación y pedido de excarcelación, con sus determinadas resoluciones fundadas;
- Contradicción: implica la posibilidad de que la defensa tenga la posibilidad de contrarrestar o refutar la prueba de cargo;
- Inmediación: es un medio por el cual los jueces acceden al conocimiento de la prueba de forma directa en el debate oral, y solo pueden decidir en base a esa actividad probatoria de la que fueron parte en la audiencia;
- Bilateralidad: implica la existencia de dos posturas que se exponen y contraponen (acusación y defensa);
- Continuidad: quiere decir que el debate debe ser continuo, sin mayores interrupciones que aquéllas causadas por fuerza mayor o por asuntos humanos normales como la necesidad de descanso;
- Concentración: significa el unificar en una misma audiencia (o en el menor número de ellas) la mayor cantidad de cuestiones a resolver, de modo tal que la mayor parte del proceso se ejecute de forma oral⁴. De aquí viene el carácter multipropósito de las audiencias donde puede debatirse cualquier cosa que planteen, incluso aquello que no sea el motivo por el cual se fijó la audiencia.

Una vez aprehendida la persona que cometió el hecho, el fiscal es quien declara la flagrancia en este nuevo proceso. La persona debe permanecer, en principio, detenida desde esa aprehensión inicial, al menos hasta la primera audiencia con el defensor, el

⁴Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la República Argentina. “Principios Rectores del Sistema Acusatorio”. [En línea: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Principios%20rectores%20del%20sistema%20acusatorio.pdf>]

fiscal y el juez, que debe ser a las 24 hs (prorrogables por otras 24 en ciertos casos). Allí decidirán si corresponde o no una prisión preventiva. También, el defensor podrá pedir que no se aplique el proceso de flagrancia si no se cumplen con las condiciones del 285 CPPN o si el caso tiene una complejidad que requiere mayor investigación, esto se resuelve en el momento aunque es apelable con efecto suspensivo.

A diferencia del proceso anterior, aquí en un plazo de 10 días (si el imputado está en prisión preventiva) o 20 días (si está en libertad) debe finalizarse la recolección de prueba. Luego se hará una audiencia de clausura de la instrucción donde hablarán fiscal y querrela (en caso de haber) y deben requerir elevación a juicio o pedir el sobreseimiento. En el primero de los casos deben acompañar por escrito la descripción del hecho y la calificación legal. Allí se decide y, dado el caso, se eleva a juicio.

El artículo 353 sexies limita temporalmente –bajo pena de caducidad- la posibilidad de utilizar el instituto del juicio abreviado o la suspensión del proceso a prueba, ya que se podrá desde la audiencia oral inicial hasta la audiencia de clausura de la instrucción inclusive.

Finalmente, en el artículo 353 septies se estipula que a las 48hs de llegada la causa al tribunal oral este deberá fijar, con un plazo no mayor a 5 días, una audiencia para resolver la prueba, las nulidades y las excepciones. Allí, además, se fijará fecha de debate en un plazo no mayor a 20 días.

Si la pena máxima prevista es menor a 15 años entonces el juicio tendrá un solo juez.

III. Régimen penal juvenil.

Está regulado por la ley 22.278⁵, que pese a tener algunas reformas es una ley proveniente de la última dictadura cívico-militar, algo -como mínimo- cuestionable. En paralelo, los artículos 410 a 414 del CPPN regulan ciertas pautas especiales para el proceso en caso de menores, pero dejando muchas lagunas jurídicas.

Dada la precariedad de la legislación interna al respecto, la verdadera protección a los menores en conflicto con la ley penal proviene del plano internacional. La especial protección se ve estipulada en instrumentos con jerarquía constitucional como: La

⁵Ley No. 22.278, de Régimen penal de la minoridad, Publicación de facto del 25/08/1980.

Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 10 y 14), y, sobre todo, la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 40), entre otros. Además, figura en otros instrumentos de *soft law*, que tienen importancia a nivel interno aunque no sean estrictamente obligatorios, como por ejemplo las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

Según estos instrumentos mencionados, el principio rector es la **especialidad**, que significa el tratar a los menores en conflicto con la ley penal de una manera diferenciada al tratamiento de los adultos, teniendo especial protección de derechos y garantías, con miras a un fin pedagógico dado que es una persona aun en desarrollo, y velando por el interés superior del niño⁶.

IV. Problemáticas en la conjunción de ambos sistemas.

Dada la complejidad de la temática voy a recurrir a un estudio desde diversos medios interpretativos de la ley para intentar esclarecer si son compatibles, o no, ambos sistemas.

1. Voluntad del legislador y espíritu de la ley.

Haciendo un análisis de las sesiones parlamentarias donde se debatió la nueva ley de flagrancia, podemos observar que no se menciona la cuestión del régimen penal juvenil o cómo podrían conjugarse ambos⁷. Esto se refleja en que la ley no hace mención alguna al procedimiento para menores.

La conclusión a la que logro arribar, en consecuencia, es que no era algo planificado por el legislador que el proceso de flagrancia se aplicara a los menores en conflicto con la ley penal, sino que se diseñó únicamente para el ámbito de los adultos.

Los principios de la ley de flagrancia, como expuse arriba, son: oralidad, contradicción, intermediación, bilateralidad, continuidad y concentración. Si bien estos principios son esenciales del sistema acusatorio, el cual considero que sería beneficioso

⁶Tiffer, Carlos., “Principio de especialidad en el derecho penal juvenil” en Consejo de la Magistratura d la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil*, Buenos Aires, Editorial JUSBAIRES, 2017, p. 53.

⁷Debates parlamentarios: Cámara de Diputados, Congreso de la Nación Argentina, 01/06/2016 [En línea: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dtaqui/diario_sesiones/acordeon.html] Cámara de Senadores, 7/09/2016 [En línea: <file:///C:/Users/samsung/Downloads/Boletin-861.pdf>]

para el procedimiento de menores –y el de adultos-, hay un problema en las formas. Estos principios deben analizarse y aplicarse en pos de los objetivos de la ley. Según el Poder Ejecutivo Nacional⁸ los motivos por los cuales se necesitaba esta ley eran: altas tasas de criminalidad y reincidencia, conjugadas con el abarrotamiento de los tribunales y, por ende, el accionar lento de los mismos. Entonces, el proceso de flagrancia permitiría agilizar la justicia, dejando sus recursos despejados para ser utilizados en casos más complejos, como el crimen organizado. Dado esto, el objetivo principal de la ley es acelerar el proceso penal para arribar de forma más rápida y eficiente a la resolución sobre si debe aplicarse o no una pena, tal como lo exponen los jueces Luis Maria Bunge Campos y Jorge Luis Rimondi⁹.

Sin embargo, en el caso del régimen penal juvenil, los principios rectores que deben usarse como guía son la especialidad y el interés superior del niño. Todo ello con un claro objetivo pedagógico resocializador. En el caso de los menores es importante el acompañamiento y la contención para lograr guiarlos en su proceso de desarrollo madurativo. Esto es sostenido por los mismos magistrados en el voto citado anteriormente.

De este modo, un objetivo excluye al otro: o priorizamos la celeridad y apuramos el proceso penal para establecer una sentencia condenatoria o absolutoria, o damos el tiempo, el espacio, y las opciones suficientes al menor para que comprenda su accionar y se cumpla con el fin educativo. Ambos no se pueden porque son contrapuestos.

Otro dato importante es que, según la ley 22.278, para poder fijar definitivamente la suerte penal del niño este debe cumplir la mayoría de edad o haber pasado el año mínimo de control tutelar¹⁰. Por lo cual, resulta absurdo forzar o enfatizar lo expedito del proceso si finalmente el resultado va a tener que dirimirse en el tiempo.

⁸Poder Ejecutivo Nacional, Mensaje N° 556, [En línea: http://www.parlamentario.com/db/000/000286_dictamen_flagrancia.pdf]

⁹"G., A. A. s/ flagrancia" –Causa N° 2422/2017- (2017), sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

¹⁰Manso Braña, Ignacio Eliseo, "La incompatibilidad del procedimiento de flagrancia federal -Ley 27.272- con el régimen penal juvenil. Un breve análisis de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal", en *Biblioteca Jurídica Online El Dial*, 2017, Pp. 3-4

En mi opinión, estoy de acuerdo con los doctores Bunge Campos y Rimondi, en tanto es innecesario acelerar un proceso que necesariamente debe definirse luego de la mayoría de edad o el año de protección tutelar. A su vez, creo que entre ambos objetivos importantes –como son la protección de los niños y la celeridad penal- debe primar aquél que es, sin lugar a dudas, un derecho humano constitucional como es la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El trato diferenciado desde el comienzo del proceso hasta la culminación de una eventual pena, la contención y protección especial, y demás concesiones para con los niños son derechos constitucionales que deben ser respetados desde la letra misma de la ley. Esto no obsta agilizar los procesos en el caso de los adultos, reconociendo que también es su derecho acceder a una justicia expedita, simplemente refuerza la necesidad de diagramar ambos campos procesales por separado, comprendiendo las características propias de cada grupo.

2. Texto de la ley.

2.1 Detención.

Según el nuevo procedimiento de flagrancia la regla es la detención, al menos, hasta la primera audiencia. Sin embargo, el régimen penal juvenil sostiene la privación de la libertad como última ratio, de modo totalmente excepcional.

El Fiscal Nacional de Menores de la Capital Federal Alejandro Martí Garro considera que esto no es necesariamente una incompatibilidad, ya que los jueces de menores no pierden, de todos modos, la facultad de disponer la libertad del menor a la luz de la normativa tutelar vigente. Por ende, bastaría con interpretar esta ley de modo excepcional cuando se trate de un menor, haciendo primar la protección especial, dejándolo en libertad de inmediato y citándolo a la primera audiencia del proceso¹¹.

Este argumento es sostenido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional¹². Dentro de esa sala, para los jueces Magariños y Mahiques, ambos procesos son perfectamente compatibles en tanto la ley de flagrancia no modifica –ni puede modificar- la ley de fondo sobre la justicia de menores. Específicamente

¹¹Martí Garro, Alejandro., “El nuevo régimen de flagrancia y las controversias que suscita su aplicación respecto a menores en conflicto con la ley penal” en *Biblioteca Jurídica Online “El Dial”*, 2016, Pp. 1-2

¹²C. M., L. s/ robo en tentativa” –Causa N° 72867/2016- (2017), sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

Magariños aclara que, pese al régimen de flagrancia, no se podría dejar de lado la necesidad de que existan riesgos procesales para que subsista una detención, por lo cual no hay peligro alguno. Es decir, el texto de la ley debe ser –tanto para adultos como para menores- leído en términos constitucionales, y allí encontramos el límite según el cual para aplicar una prisión previa a una condena se necesita la existencia de riesgos procesales fundados y la inexistencia de otra vía menos lesiva para evitarlos.

En contraposición, la Fiscal Nacional de Menores de la Capital Federal, María Fernanda Poggi¹³, considera que esto evidencia que el proceso de flagrancia no fue pensado para aplicarse en menores. Además, indica que, si se usa el argumento de interpretar la flagrancia a la luz de los principios del régimen juvenil, se está desvirtuando la propia ley de flagrancia que exige la detención para garantizar la celeridad, por lo cual no tiene sentido que se aplique si se la va a desvirtuar posteriormente.

Este argumento fue sostenido, por ejemplo, por la sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹⁴, donde se sostuvo que el procedimiento de flagrancia tal como está planteado puede no ser respetuoso del interés superior del niño, y que compatibilizarlo implica hacer una adaptación pretoriana. Por lo cual lo correcto sería no aplicar la flagrancia en menores.

En mi opinión, estos últimos argumentos son los correctos, y en ello adhiero a la opinión de la Defensoría del Pueblo¹⁵, en tanto no es compatible la última ratio exigida para menores con la regla de la detención de la ley de flagrancia. Y, dado el momento desafortunado de los juzgados de menores, abarrotados, ineficaces, envueltos en problemas, depositar en la decisión judicial la necesidad de adaptar constantemente el sistema –cuando esta puede llegar tarde y así afectar el fin pedagógico- me parece inconveniente. Si bien es correcto el argumento de magistrados como Magariños, en el sentido de que tanto menores como adultos solo pueden ser detenidos frente a riesgos procesales y sin otra vía más apta, la realidad es que en algunos de los casos citados en este trabajo esto no se aplicó correctamente y los menores fueron detenidos desde el

¹³Poggi, María Fernanda., “La nueva ley de flagrancia 27.272 y su aplicación en la Justicia Penal Juvenil Otro gran retroceso a la especialidad”, en *Biblioteca Jurídica Online “El Dial”*, 2016, Pp. 2-4.

¹⁴“G., R. A.” –Causa N° 16358/2017- (2017), sala 7ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

¹⁵Dictamen Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, actuación 1149/18, Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Nación, 21 de junio de 2018.

inicio. Por ejemplo, en un fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal¹⁶, se resolvió la inaplicabilidad del régimen de flagrancia entendiendo que debía tenerse en cuenta la situación de vulnerabilidad de los menores. Sin embargo, este fallo tuvo como objeto una externación, es decir, revocar una resolución que dispuso aplicar el régimen de flagrancia e internar al menor, incluso pese al pedido contrario de la defensa. En otras palabras, la laguna legal permitió que operadores de justicia entiendan aplicable la ley de flagrancia respecto de un menor y este debió permanecer privado de su libertad hasta que un juez de una instancia superior interpretó la ley según los preceptos constitucionales y los riesgos procesales.

Estas inconsistencias entre la teoría y la práctica deben ser resueltas para cualquier franja etaria. Sin embargo, por la mayor vulnerabilidad de los menores y la oportunidad que se abre con esta modificación, lo más responsable sería no dejar vía de escape legal para permitir estos errores.

2.2 Posibilidad de elegir el régimen común por sobre el de flagrancia.

En el antiguo proceso de instrucción sumaria, el imputado podía pedir ser oído por un juez en declaración indagatoria y con ello cambiaba la totalidad del régimen al ordinario. En la nueva ley, para modificar el régimen se establecen en principio dos causales: que no se cumplan con los requisitos de la flagrancia y/o que la complejidad del delito amerite cambiar al proceso ordinario. Además, si se da alguno de estos supuestos se debe solicitar el cambio, quedando a resolución del juez (esta decisión es apelable).

El problema que se suscita en este caso es que si se considera que el proceso común va a ser más idóneo, en pos del interés superior del niño, antes se podía elegir dejar de lado el especial mientras que ahora se deben justificar causales y solicitarlo quedando a consideración del juez.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹⁷ indicó que no había una afectación a la progresividad en el hecho de no poder optar

¹⁶"P., J. E." —causa N° 57016/2018- (2017), sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

¹⁷"G., A. N y otro s/ inconstitucionalidad" —Causa N° 5478/2017- (2017), sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

libremente por el régimen común, ya que lo identifican como una cuestión de política criminal ajena a la órbita judicial, sumado a que de todos modos se permite el recurso y la posterior apelación.

Sin embargo, la sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹⁸ dio por resuelta la cuestión de la no aplicación del régimen de flagrancia. Dejando entonces como válida la postura del fiscal general que indicó que se violaban los principios de mínima intervención y de progresividad, en tanto el anterior procedimiento otorgaba una mejor posición al imputado al permitirle optar por la aplicación del proceso ordinario si consideraba a este último más favorable.

En mi opinión, dado que no existe un régimen de flagrancia específico de menores y la ley no menciona nada al respecto, creo que hubiese sido más acertado permitir la elección libre sobre un régimen o el otro. Flexibilizar los procesos con el fin de encontrar el modo adecuado de trabajar en especial con cada menor que se acerca a la órbita penal es parte de la especialidad sobre la que se erige –o debería erigirse- todo el sistema de menores. Sin dudas esto debería primar a la hora de diseñar política criminal, si es que el problema fuera ese.

2.3 Suspensión del juicio a prueba (en adelante, SJP).

Si bien hay algunas dudas sobre el plazo desde y hasta cuándo puede pedirse la suspensión en el proceso “normal”, la realidad es que se puede sostener una tesis amplia que vaya desde la instrucción hasta los alegatos del debate¹⁹.

Sin embargo, en el nuevo procedimiento de flagrancia se puede desde la audiencia oral inicial hasta la audiencia de clausura de la instrucción inclusive, bajo pena de caducidad. Esto acorta expresamente el plazo para que el menor pueda optar por uno de estos institutos.

El fiscal Garro, antes mencionado, señala que la posibilidad de la suspensión del proceso debe ser entendida como un beneficio adicional de todos los que tienen los menores en conflicto con la ley penal. Por lo cual no habría problema alguno en no

¹⁸V., C. G. s/ inconstitucionalidad" –Causa N° 1699/2017- (2017), sala 7ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

¹⁹Vitale, Gustavo L. *Suspensión del proceso penal a prueba*, Buenos Aires ,Editores del Puerto, 2004, P. 469.

poder utilizarlo porque se venza el plazo, bastaría con recurrir a alguno de los otros beneficios²⁰.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional²¹ indicó, en consonancia con la opinión mencionada, que era necesario buscar un juego armónico entre las leyes, ajustando el instituto de la SJP a la especial situación de los menores, y que con ello se solucionaría el problema tal como se había hecho en el fallo que aquí se cita.

Para algunos autores²², sin embargo, esto no es acertado. Indican que el marco internacional de protección de los derechos del niño -que goza de jerarquía constitucional- aboga por la adopción de medidas alternativas al padecimiento del proceso penal y la aplicación de una pena. Podría decirse que este marco jurídico es más bien compatible con los principios de la llamada Justicia Restaurativa.

Si bien es dudoso tomar la suspensión del juicio a prueba como enteramente de justicia restaurativa (dada la poca intervención de la víctima y la no inclusión de las tres “r” de esta teoría), es cierto también que es uno de los institutos más cercanos a ese tipo de abordaje de los conflictos. Por ende, limitar temporalmente su utilización para estos casos es contrario a toda la normativa internacional. Además, no tiene en cuenta que muchas veces el menor accede a estos mecanismos luego de un proceso de desarrollo madurativo y acompañamiento de parte de distintos actores cercanos al sistema penal, logrando ayudarlo en su conducta y evitando el estigma de la pena a través de la SJP. Proceso que, lógicamente, requiere tiempo y paciencia.

En un precedente de la Sala III de la CNCC²³, el juez Jantus, en disidencia, aplicaba el criterio antes mencionado indicando la incompatibilidad del límite con los objetivos del régimen penal juvenil. Pero, además, agrega un punto proveniente de la práctica:

En el sistema penal juvenil, al menos en Capital Federal, el 90% de los casos son de flagrancia, por lo que en realidad, si se aplicase este sistema “excepcional” en el de adultos a los casos de menores, terminaría siendo la

²⁰Op. Cit. Martí Garro, Pp. 3-5.

²¹Op. Cit. "G., A. N y otro s/ inconstitucionalidad".

²²Hoyos, Jimena, "El procedimiento de flagrancia y su aplicación en la justicia nacional de menores", en Revista La Ley, B-92, 2017, Pp. 3-4. [Cita Online: AR/DOC/690/2017]

²³"G., A. N. y P., K. A. s/ robo con armas" (2017), sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

*regla, modificando así sustancialmente el sistema penal juvenil sin que haya sido tenido en cuenta al dictar la norma en cuestión, lo que es un absurdo...*²⁴

En un fallo posterior²⁵, la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal revoca la resolución que dispuso que un proceso contra un menor de edad se sustancie bajo las normas de la ley de flagrancia, específicamente por causar un gravamen al limitar el acceso a la suspensión del proceso a prueba. Entendiendo que este podría ser un modo correcto de interpretar la ley a la luz del interés superior del niño.

Si bien coincido con la opinión de la Defensoría del Pueblo²⁶ cuando indica que la suspensión del juicio a prueba no es una medida enteramente benéfica para el menor en conflicto con la ley penal, no puedo dejar de lado que es la herramienta más cercana al alcance y que es preferible antes que la privación de la libertad. Por ende, considero que el plazo de caducidad establecido efectivamente perjudica a los menores, no dejándoles el tiempo suficiente para poder comprender el acto y decidir sobre las opciones posibles. Sumado a esto, coacciona a todos los actores intervinientes a tener que actuar con velocidad más que con eficacia, lo que pone en peligro la internalización de conceptos del menor y por ende aumenta el riesgo de que incumpla las medidas y el proceso continúe en desmedro de él. Finalmente, coacciona al propio menor que no puede decidir libremente porque está latente la amenaza de una eventual condena si no se apresura a escoger.

2.4 Juicio abreviado.

En la ley de flagrancia el plazo de caducidad para el juicio abreviado es el mismo que el de la suspensión del proceso a prueba. Los jueces que interpretaron como compatible esto con el régimen juvenil en el caso de la suspensión, lo hicieron de igual modo con el juicio abreviado.

Ahora bien, sobre este instituto hay una objeción aun mayor ya que, si bien se utiliza comúnmente en la justicia de menores, es muy criticado por significar acelerar la

²⁴Op. Cit. "G., A. N. y P., K. A. s/ robo con armas".

²⁵S. P., F. R. s/oposición al proceso de flagrancia"-causa N° 78945/2018- (2018), sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

²⁶Dictamen Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, actuación 1149/18, Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Nación, 21 de junio de 2018.

imposición de una pena -y de todo el estigma que ello conlleva- cuando en realidad el objetivo de este proceso es otro.

Esta aclaración nos lleva a comprender que, si ya de por sí es criticable la figura del juicio abreviado en el proceso de adultos, lo es aún más en caso de que se esté apurando al niño para que decida, pudiendo tomar una decisión que sin lugar a dudas es plausible de generar un arrepentimiento posterior, dadas las terribles y vastas consecuencias.

2.5 Juicio unipersonal.

Tal como indiqué previamente, el régimen de flagrancia indica que en casos donde la pena sea menor de 15 años el juicio lo realizará un solo juez. Esto lleva a la pregunta de si es, o no, un detrimento a las garantías del menor el hecho de que en una amplia gama de delitos no tendrá un tribunal de juicio decidiendo.

El Fiscal Garro indica que en ningún instrumento internacional se solicita un tribunal colegiado, sumado que difícilmente se apliquen penas tan altas a menores y, finalmente, indica que nada puede permitirnos inferir que el juicio por un solo magistrado será perjudicial²⁷.

Sin embargo, la Fiscal Poggi indica que, si bien nada asegura que un solo juez vaya a violentar los derechos del menor, la deliberación que puede brindar un tribunal colegiado es más acorde a la protección extra que se procura para los niños, niñas y adolescentes. Al menos, indica la Dra., se tendría que haber previsto la posibilidad de optar por un tribunal colegiado.

A su vez, la Dra. Poggi señala que en todos los casos es desafortunada esta falta de posibilidad de optar, ya que dentro de la variedad de delitos donde pueda aplicarse una pena menor a 15 años, alguien que comete un delito menor –y por ende enfrenta una consecuencia menor- pero no es sorprendido en flagrancia sería juzgado por tres jueces ampliando la posibilidad de deliberación y autocrítica de cada juez. Mientras que quien cometa un delito mucho más grave con una expectativa de pena superior pero ingrese en el sistema de flagrancia sería juzgado por un solo juez²⁸.

En lo personal, concuerdo con que debería existir la posibilidad de escoger, retomando la importancia de la flexibilidad de los procesos que expuse en un punto

²⁷Op. Cit. Martí Garro, Pp. 6-8.

²⁸Op. Cit. Poggi, Pp. 6-9.

anterior.²⁹ Entonces, al no existir la alternativa, es poco conveniente la aplicación del proceso de flagrancia.

3. Discusión sobre la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad.

Entre aquéllos jueces que no admiten el procedimiento de flagrancia para menores hay una fracción (citada durante este trabajo en los fallos traídos a colación), como son los jueces Divito, Bunge Campos y Rimondi, que consideran solucionado el problema evitando la aplicación del régimen de flagrancia para niñas, niños y adolescentes. Dado que, si el mismo proceso no lo menciona, podemos intuir que es porque no estaba pensado para eso. Además, entienden que la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio, a la cual no es necesario llegar si por los motivos expuestos se puede esquivar esa opción.

Sin embargo, en la causa "F., J. E. o M. y otros s/ legajo de casación", de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, los jueces Daniel Morin y Eugenio Sarabayrouse -en mayoría- establecieron la inconstitucionalidad del proceso de flagrancia para con menores y la inaplicabilidad en consecuencia. Lo hicieron con el fin de otorgarle mayor fuerza a la condición de inaplicabilidad, dado que consideran que es contraria al interés superior del niño y al objetivo tutelar y pedagógico del régimen penal juvenil.

Creo que, dado que en ambos casos se obtiene como resultado la no aplicación, y siguiendo la coherencia argumental que se tiene si se piensa que el proceso de flagrancia no está pensado para menores, lo más lógico sería resaltar que no es aplicable en este fuero, sin complejizar más el debate incluyendo la discusión entre su declaración de inconstitucionalidad o no. Sin embargo, dada la cantidad de casos donde son las instancias superiores las que deben revertir las resoluciones de instancias inferiores que deciden aplicar el régimen de flagrancia a menores, la declaración de inconstitucionalidad reiterada puede ser una herramienta jurídica idónea y de entidad suficiente para consolidar jurisprudencia y opiniones a favor de la no aplicación.

V. Conclusión.

A modo de cierre, es importante aclarar que hay planteos sobre este tema realizados ante la Corte Suprema, en carácter de queja por recurso extraordinario federal

²⁹Ver punto 2) B) Último párrafo.

denegado. Ergo, tal vez pronto tendremos novedades del máximo tribunal para finalizar con los vaivenes jurisprudenciales.

Finalmente, coincido en términos generales con el informe de la Defensoría del Pueblo que me invita a pensar que el régimen de flagrancia es inaplicable a menores. Si bien existe la contra-opinión de aplicarlo a la luz de los principios de protección a niñas, niños y adolescentes, esto implica tener que esperar a controles posteriores y dejar la cuestión de la violación o no de garantías constitucionales libradas a la “suerte” de que toque uno u otro juzgado. Creo que esto significa abrir una grieta por la cual se puede filtrar poder punitivo duro con lógicas del proceso de adultos, en contra de niños, niñas y adolescentes, con las gravísimas consecuencias que esto conlleva.

Además, este informe explica que la justicia penal de menores está abarrotada, agobiada, carente de personal, de la interdisciplinariedad exigida y de recursos. En este plano es mucho más probable que el control sea deficiente. A su vez, es demasiado exigir a ese sector del poder judicial aplicar un sistema que se tendría que estar armonizando y reinterpretando constantemente.

Es indudable que con una ley que data de un gobierno de facto, una protección casi únicamente proveniente del plano internacional y un proceso igual al de los adultos salvo por matices, es necesario establecer un nuevo proceso penal juvenil. En palabras de Santiago López, esto es una “inocultable demora legislativa”³⁰, dado que es hora de que haya una modificación integral del sistema bajo la lupa de los principios protectores que rigen la materia. Es cierto también que algunos de los principios de la ley de flagrancia estarían incluidos en una reforma de este estilo. Pero debe hacerse siguiendo el principio de especialidad, y no respondiendo al ardid social que tiende a buscar soluciones en el derecho penal que –tal como está diagramado– no protege sino que actúa cuando el daño está hecho.

La inoperancia del Estado para organizarse y funcionar eficazmente no puede solucionarse a costa de violentar garantías, menos aun de los más vulnerables, y aun menos existiendo alternativas como la efectiva aplicación del nuevo Código Procesal Penal suspendido.

³⁰López, Santiago A., “Algunas actualizaciones en torno al procedimiento para delitos advertidos en flagrancia”, en Revista Derecho Penal, 2017, p. 6. [Cita Online: AP/DOC/941/2017].

VI. Bibliografía.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la República Argentina. “Principios Rectores del Sistema Acusatorio”. [En línea: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Principios%20rectores%20del%20sistema%20acusatorio.pdf>]
- Poder Ejecutivo Nacional, Mensaje N° 556, [En línea: http://www.parlamentario.com/db/000/000286_dictamen_flagrancia.pdf]
- Debates parlamentarios: Cámara de Diputados, Congreso de la Nación Argentina, 01/06/2016 [En línea: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dtaqui/diario_sesiones/acordeon.html]
- Cámara de Senadores, 7/09/2016 [En línea: <file:///C:/Users/samsung/Downloads/Boletin-861.pdf>]
- Dictamen Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, actuación 1149/18, Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Nación, 21 de junio de 2018.
- Tiffer, Carlos., “Principio de especialidad en el derecho penal juvenil” en Consejo de la Magistratura d la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil*, Buenos Aires, Editorial JUSBAIRES, 2017.
- Manso Braña, Ignacio Eliseo, “La incompatibilidad del procedimiento de flagrancia federal -Ley 27.272- con el régimen penal juvenil. Un breve análisis de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal”, en *Biblioteca Jurídica Online El Dial*, 2017.
- Martí Garro, Alejandro., “El nuevo régimen de flagrancia y las controversias que suscita su aplicación respecto a menores en conflicto con la ley penal” en *Biblioteca Jurídica Online “El Dial”*, 2016.
- Poggi, María Fernanda., “La nueva ley de flagrancia 27.272 y su aplicación en la Justicia Penal Juvenil. Otro gran retroceso a la especialidad”, en *Biblioteca Jurídica Online “El Dial”*, 2016.
- Vitale, Gustavo L. *Suspensión del proceso penal a prueba*, Buenos Aires ,Editores del Puerto, 2004, P. 469.
- Hoyos, Jimena, “El procedimiento de flagrancia y su aplicación en la justicia nacional de menores”, en *Revista La Ley*, B-92, 2017. [Cita Online: AR/DOC/690/2017]

- López, Santiago A., “Algunas actualizaciones en torno al procedimiento para delitos advertidos en flagrancia”, en Revista Derecho Penal, 2017. [Cita Online: AP/DOC/941/2017].
- "G., A. A. s/ flagrancia" –Causa N° 2422/2017- (2017), sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.
- "C. M., L. s/ robo en tentativa" –Causa N° 72867/2016- (2017), sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.
- "G., R. A." –Causa N° 16358/2017- (2017), sala 7ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.
- "P., J. E." —causa N° 57016/2018- (2017), sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.
- "G., A. N y otro s/ inconstitucionalidad" –Causa N° 5478/2017- (2017), sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.
- "V., C. G. s/ inconstitucionalidad" –Causa N° 1699/2017- (2017), sala 7ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.
- "G., A. N. y P., K. A. s/ robo con armas" (2017), sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.
- "S. P., F. R. s/oposición al proceso de flagrancia"-causa N° 78945/2018- (2018), sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.