



Ministerio Público de la Nación

DICTAMEN N° 6247
"E. R., J.
s/ recurso extraordinario"
Causa N° 14.941 Sala I

CONTESTA TRASLADO

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos Nro. 14.941 del registro de la Sala I, caratulados "*E. R., J. S. s/recurso de casación*", me presento ante VV.EE. y digo:

1. La defensora oficial Dra. Mariana Grasso interpuso recurso extraordinario federal contra la decisión de la Sala I que había resuelto rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de J. S. E. R., contra la decisión de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que había confirmado la decisión del Juzgado Nacional de Menores N° 3 de mantener la internación de J. S. E. R..

2. A J. S. R., se le imputaron varios hechos violentos contra las personas y la propiedad, cuando contaba con 15 años de edad (art. 1° de la ley 22.278). Por estos hechos fue sobreseído por su minoría de edad (el 1° de abril de 2011). Sin perjuicio de ello, la juez de menores tuvo en cuenta, a los fines tutelares, otros hechos en trámite ante otros juzgados, entre los que se incluyen algunos homicidios, por los que también había sido sobreseído (ver copia de una resolución del 29 de marzo), para decidir el 6 de mayo de 2011, continuar con la tutela del joven J. S. E. R., mantener su internación en el Centro San Martín y oficiar a distintos organismos para que continúen en el ejercicio de las actividades de sus competencias (fs. 106/113).

3. La aquí recurrente sostuvo que la doctrina del precedente "García Méndez" (Fallos: 331:2691) –invocada por el Tribunal– en modo alguno conducía a legitimar la privación de la libertad del niño. En este sentido, adujo que el fallo en crisis violaba el derecho a la libertad personal, la igualdad ante la ley, el principio de primacía del interés superior del niño, a la protección contra

detenciones arbitrarias y a los principios de legalidad y culpabilidad consagrados en la Constitución Nacional.

4. Que el suscripto toma conocimiento de la situación planteada en autos recientemente, a una semana de haber asumido como Fiscal ante el Máximo Tribunal Penal del país, cuando ya ha sido dictada sentencia en esta causa el 30 de agosto de 2011, sin que, en consecuencia, haya podido opinar antes de que VV.EE. emitieran dicho pronunciamiento.

En principio, solo correspondería que emitiese opinión sobre el recurso de la defensa. Eso es sencillo, no ofrece ninguna dificultad, porque se dan todos los requisitos comunes, propios y formales del remedio federal, de modo que, desde esa perspectiva, entiendo que debería ser declarado procedente.

5. Sin perjuicio de ello, voy a proponer al Tribunal una vía práctica y alternativa a la de la concesión de dicho recurso, porque su trámite ante la Corte Suprema sólo decidirá la situación del menor internado en autos después de un larguísimo tiempo y porque pretendo introducir aquí una cuestión distinta y previa.

Se trata de una cuestión de competencia, cuya consideración fue omitida por completo, consistente en que desde el dictado de la ley 26.061, la derogación de la ley 10.903 y la sencilla inteligencia del sistema de todo el ordenamiento jurídico vigente (incluida expresamente la ya vieja ley 22.278 de régimen penal juvenil) a la luz de los Tratados Internacionales que se ocupan de los Niños, Niñas y Adolescentes, debe concluirse sin hesitación que no existe más en la Argentina un régimen que otorgue potestad a los jueces penales para mantener bajo su disposición a un menor de 15 años, bajo internación o como se le quiera llamar a esta situación fáctico-jurídica, y aunque pueda predicarse que se trata de infractores a la ley penal.

No se trata de ponerlos en inmediata libertad cuando razones de peligrosidad para sí o para terceros no lo aconsejan, sino de que desde el dictado de la ley 26.061, esos menores deben ser puestos a disposición de los Consejos de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, cuyas decisiones, podrán ser revisadas, autorizadas o



Ministerio Público de la Nación

finalmente tomadas por la Justicia Civil. La misma situación se viene dando con los inimputables del art. 34 CP sobreseídos en causas penales (vid. CNCP, Sala IV, causa 12.567, “Echude Gayoso, Lucas”, registro 15627.4, sentencia del 22 de septiembre de 2011).

Cuando se trata de hechos acaecidos en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien debe intervenir es el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cito en Rodríguez Sáenz Peña 832 (que ya lo viene haciendo de una manera no plena en esta causa), pero no para asesorar a un juez penal, sino para “hacerse cargo” de la situación, lo cual incluye la decisión sobre la internación o externación del menor. No se trata de disponer la libertad de un menor en situación de riesgo para sí mismo o terceros, sino de que la justicia penal ha perdido total competencia para ello, ante un cambio radical de paradigma sobre ese universo.

La ley 26.061 no solamente derogó la Ley de Patronato sino que además es posterior a la ley 22.278. De modo que, su inteligencia y el significado que de ella se desprende en conjunción con los principios de todos los tratados internacionales tantas veces citados que se refieren a los niños/as, así como los postulados y lo dispuesto en “García Méndez” (Fallos: 331:2691), así lo abonan.

Es probable que razones culturales e ideológicas nos impidan ver con claridad esta situación, porque hace un siglo que se viene haciendo de la manera que entiendo está totalmente superada. Tan ideológica es la cuestión que a nadie se le ocurrió interpretar que también eran “menores infractores de la ley penal” a un sinfín de situaciones como las de un niño de menos de 16 años que le tocara la cola a su compañerita de jardín de infantes, u a otro que le quebrara un brazo a su vecinito, o al que le sustrajese la bicicleta a su amigo, o uno de trece años que realizare exhibiciones obscenas en el colegio, etc. etc. Todos esos son menores infractores a la ley penal, porque esta categoría no distingue entre homicidios y lesiones o abusos sexuales simples, pero el sistema penal juvenil no se ocupa de ellos. Ahora, la nueva legislación ha puesto de manifiesto esta situación y énfasis en declarar que para el derecho penal esos casos son atribuibles a personas que carecen de la

capacidad exigida por él. Es como si esos hechos fueran atribuidos a la naturaleza. Si alguno de esos menores revela peligrosidad, no intervendrá un juez penal, sino una serie de organismos estatales con control judicial efectivo, ajeno al penal.

La situación de autos es idéntica, y lo único que ha explicado, pero no justificado, la intervención de un juez penal, es que el hecho del menor de 15 años “se parece a un delito” (pido disculpas por la vulgar expresión). Pero una vez comprobada su edad, la jueza tuvo que sobreseerlo porque la propia ley lo excluye. En consecuencia, además del sobreseimiento, ante la comprobación del riesgo del menor para sí o para terceros, aquél debió ser puesto a disposición de las autoridades competentes de manera inmediata. Y ello es así, porque la justicia penal perdió totalmente su competencia. *Mutatis mutandi*, la ley procesal penal, prevé situaciones similares, no idénticas, donde la solución no es la libertad, sino la remisión del caso con “los detenidos”, al juez competente, vid. art. 39 CPPN.

Lo que también nos suena extraño es que la competencia sobre la internación de un menor, le ha sido asignada por la ley a una institución que depende del Poder Ejecutivo local. Sin embargo, esa es la ley, y existe una larga historia detrás de esa decisión del legislador.

6. El problema aquí entonces, es qué hacer con la resolución de VV.EE. del 30 de agosto próximo pasado. Como dije *supra*, si se elevan los autos a la Corte, el menor quedará “dispuesto” por la jueza penal durante varios años hasta que el Alto Tribunal, atiborrado de trabajo, decida el asunto. No habremos resuelto el problema, sino que lo habremos diferido. Esta situación, considero, no es valiosa.

Detrás del formalismo de la ley impera la idea de justicia que se ve lesionada cuando ella se aplica en su mero interés, sin atender los intereses jurídicos personales y conflictos humanos que se encuentran detrás los expedientes. Esta situación me persuado de que el caso lo tenemos que resolver ahora, y no elevarlo a la Corte para que ella se “haga cargo”. Precisamente, uno de los problemas de la saturación de los tribunales de revisores (para muestra, basta con ver esta Cámara de Casación), radica en que los de las instancias anteriores



Ministerio Público de la Nación

no asumen sus responsabilidades de manera definitiva, bajo la idea de considerar que sus fallos son finales, sin que dejan supeditadas a resolución “del superior” infinidad de cuestiones, muchas veces, para no enfrentar los problemas.

Lo que aquí propongo entonces, es una solución creativa, aunque, por supuesto, jurídica. Propongo que VV.EE. revoquen por contrario imperio la decisión del 30 de agosto, declaren la incompetencia de la justicia penal y ordenen que el magistrado de primera instancia ponga al menor internado, con los antecedentes de caso, a disposición exclusiva del Consejo de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la C.A.B.A. y de quien esa autoridad le asigne intervención (asesores de incapaces, jueces civiles, etc.).

Si a esta decisión se le quiere encontrar la naturaleza jurídica de una nulidad (por haberla dictado un tribunal incompetente en razón de la materia), pues que así sea; no hago problema alguno con los nombres asignados por la doctrina procesal a los institutos que permiten la realización del derecho de fondo.

Para terminar, quiero señalar que éste no será un caso aislado y que VV.EE. no estarán solos en su decisión. La jurisprudencia de la Corte tiene varios casos en que el tribunal tuvo que apartarse de los óbices formales para resolver un caso yendo directamente al fondo de la cuestión, porque razones de justicia material así lo imponían.

Recuerdo el caso “Colalillo” donde se dejan de lado los procedimientos en tanto su cumplimiento formalista iría en contra “del esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte” (Fallos: 238:550); o el conocido “Girolodi” donde la Corte trata de oficio una cuestión no introducida por la parte recurrente, nada menos, que su derecho a llevar sus agravios a la Casación antes que a la Corte (Fallos: 318:514); o el no tan conocido “Scilingo” donde la Corte anuló su propio fallo anterior que estaba firme! ante la comprobación de una violación al derecho de defensa durante el trámite de la queja anterior (Fallos 320:854). Pues bien, como se ve, la solución es simple.

Consiste en declarar que nos equivocamos y que nos hacemos cargo de ello, evitando generar más dispendio jurisdiccional y más perjuicios al menor involucrado en autos.

La defensa no tendrá perjuicio alguno, todo lo contrario.

7. Por las consideraciones hechas, solicito a VV.EE.

(a) que revoquen por contrario imperio la resolución dictada el 30 de agosto de 2011 por esta misma Sala (fs. 196 y ss), declaren la incompetencia de la justicia penal para intervenir en estas actuaciones, y que el juez de primera instancia ponga al menor internado a disposición inmediata y exclusiva del Consejo de Derechos de los Niños y Adolescentes de la C.A.B.A.;

(b) Subsidiariamente, para el caso de no hacer lugar a dicha petición, concedan el recurso extraordinario interpuesto por la defensa.

Fiscalía Nº 4, 29 de septiembre de 2011.

Javier Augusto De Luca
Fiscal General