2019 Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 16 de mayo de 2024

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General en la causa B., P. H. E. s/ abuso sexual -art. 119 1° párrafo y amenazas", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que al caso resultan aplicables, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación interino a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Remítase para su agregación a los autos principales y para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso de queja interpuesto por el **Dr. Sergio Enrique Lello Sánchez, Fiscal General de la Acusación, Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Jujuy.**

Tribunal de origen: **Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Menores n° 3, Cámara de Apelaciones y Control en lo Penal y Cámara de Casación en lo Penal, todos ellos de la Provincia de Jujuy.**

Ministerio Público

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

I

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de P H E B contra el pronunciamiento del Tribunal de Casación Penal que -por mayoría- denegó la impugnación que había deducido contra la resolución que no hizo lugar a la apelación respecto de la decisión de la juez a cargo del Juzgado de Menores n° 3 de San Salvador de Jujuy que no había hecho lugar al pedido de sobreseimiento formulado a su respecto en relación con los hechos objeto de la causa, que habrían ocurrido cuando tenía catorce años de edad (fs. 34/37).

Al respecto, el *a quo* sostuvo que de acuerdo con los términos de la ley 22.278 no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad, y si existiere imputación contra alguno de ellos *"el juez debe tomar conocimiento directo del niño, por lo que le corresponde investigar sobre la comprobación del delito endilgado, lo que en modo alguno significa someterlo a un pleito criminal, pues, de lo que se trata es la sustanciación de una investigación a los fines de determinar la comprobación de la existencia de la figura delictiva enunciada y la participación o no, que le cupo al menor no punible en razón de la minoridad. Y para tener acabadamente este conocimiento, se impone escuchar al niño en un marco de respeto a las garantías de defensa en juicio y debido*

proceso y realizar una serie de investigaciones y peritaciones conducentes a determinar su personalidad, como asimismo de las condiciones familiares en las que desarrolla su vida. La recepción de la declaración del menor no punible, no sólo es relevante a los efectos que el mismo pueda ser oído como así lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40 incisos 2 b) i, ii, iii y 3 b)), sino también a los efectos de la comprobación del hecho endilgado" (fs. 36/vta.).

Añadió que la cláusula de no punibilidad prevista en la ley 22.278 "*significa que al menor de dieciséis años -como es el caso en análisis- no se le puede aplicar una pena. Pero de manera alguna implica que comprobada la conducta atribuida, estas circunstancias no produzcan consecuencias de índole práctica dado el carácter tuitivo de la norma en cuestión, lo que permitirá al magistrado actuante proceder conforme lo previsto en el art. 1 párrafo segundo de la ley citada…y según lo establecido en el art. 29 inc. 'd' de la ley 4721/94 en cuanto dispone que:* 'en caso de inimputabilidad absoluta, cumplimentadas las medidas del caso y con los estudios interdisciplinarios, el Juez puede disponer las medidas tutelares adecuadas*'. En efecto, como bien lo refieren los precedentes citados, que no se admita la imposición de pena por un delito cometido en la niñez, no importa sustraer a los jueces competentes en causas relativas a menores inimputables de adoptar, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de sus derechos y libertades y para su protección especial con arreglo a la Constitución Nacional y a los*

tratados internacionales que rigen la materia (cfr. CSJN, Fallos: 331:2691). Y ello, sólo resultará viable en la medida que el magistrado conozca el hecho y el contexto que lo rodea, lo cual justifica irrefutablemente la continuidad de la investigación" (fs. 36 vta./37).

Contra esa resolución el Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación de esa provincia dedujo recurso extraordinario federal (fs. 38/53), cuya denegatoria (fs. 54/56) dio lugar a la presente queja (fs. 67/71).

II

El recurrente sostiene que la decisión apelada implica el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño, entre las que señaló la de adoptar medidas para tratar, sin recurrir a procedimientos judiciales, a los niños respecto de quienes se alegue que infringieron la ley penal cuando no contaban con la edad mínima de punibilidad, con pleno respeto de los derechos humanos y las garantías legales.

Expresa que la decisión de someter al menor a un proceso judicial con el objeto de recibirle declaración, resulta contraria a la correcta interpretación en conjunto de la citada convención internacional y de las leyes 22.278 y 26.061, y que el derecho a ser oído debe ser satisfecho en el marco de otra actuación que no se desarrolle exclusivamente dentro de un procedimiento judicial.

III

El Tribunal ha establecido que "*revisten el carácter de sentencias equiparables a definitivas, por ocasionar perjuicios no susceptibles de reparación ulterior, medidas que podían importar en forma inmediata una sustancial restricción de diversos derechos tutelados en la Convención sobre los Derechos del Niño -aprobada por ley 23.849-*" (sentencia del 22 de diciembre de 2015 en los autos CSJ 551/2012 (48-R)/CS1, "R., B. S. y otros s/ incidente tutelar", considerando 6° y sus citas).

Cabe señalar que sin perjuicio de lo aquí impugnado, similar criterio aplicó el *a quo* al declarar la admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad, en contra de lo que había sostenido el tribunal de casación local (fs. 35 vta./36).

IV

Por otra parte, el recurrente puso en discusión la correcta inteligencia y aplicación de diversos derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, y la decisión apelada ha sido contraria a su pretensión, por lo que considero que existe en el caso cuestión federal suficiente para su formal procedencia -art. 14, inc. 3°, ley 48- (conf. Fallos: 344:1509, considerando 7°, y sus citas).

Asimismo, si bien, según jurisprudencia de la Corte, la tacha de arbitrariedad debe entenderse como particularmente restrictiva en los casos en que las sentencias recurridas emanan de los superiores tribunales de provincia en oportunidad de pronunciarse

sobre los recursos extraordinarios previstos en el ordenamiento local (Fallos: 307:1100; 313:493; 326:621 y 750, entre muchos), también ha reconocido que cabe hacer excepción a ese principio en aquellos supuestos en los que median graves defectos de fundamentación que descalifican al fallo como acto judicial válido (conf. doctrina de Fallos: 343:184, considerando 6°, y sus citas, entre otros).

En el *sub examine*, el impugnante expuso que no fueron evaluados debidamente los planteos formulados con base en las leyes 22.278 y 26.061 en conjunto con la Convención sobre los Derechos del Niño, y considerando la evidente relación entre los argumentos formulados desde esa perspectiva y los derechos convencionales invocados, resulta adecuado analizar ambas cuestiones de manera conjunta.

V

Recientemente V.E. señaló que "*desde hace casi un siglo, la legislación penal de menores de nuestro país ha mantenido, de modo invariable, la decisión de excluir del régimen punitivo a aquellos individuos que aún no alcanzaron determinada edad, a partir de la adopción de un criterio de política criminal que descansa en la consideración de una presunción irrefutable,* juris et de jure*, de inexistencia de los requisitos intelectuales y volitivos necesarios que habilitan a fundar un juicio de responsabilidad a su respecto*" (Fallos: 344:1509, considerando 8°).

Añadió allí que dicho esquema se encuentra en el régimen previsto en la ley 22.278, cuyo artículo 1° establece que no es

punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad; y explicó que "*desde la óptica del derecho procesal, el límite etario de responsabilidad penal es examinado entre el conjunto de los denominados* presupuestos procesales*, cuya ausencia impide la formación del proceso como consecuencia de la regulación del derecho de fondo en la materia*" (ibídem, considerando 9°).

El Tribunal agregó que ese límite se encuentra también comprendido dentro del marco constitucional a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro sistema normativo, cuyo artículo 40, parágrafo tercero, "*insta a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para* 'promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; 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'" (considerando 10).

En relación con esa pauta, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre "*Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*" (del 13 de julio de 2011), expresó que "*los Estados deben respetar y garantizar que los niños, niñas y adolescentes que no hayan cumplido la edad mínima*

para infringir las leyes penales no sean procesados por su conducta y mucho menos privados de su libertad" (parágrafo 56).

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General n° 10/2007 ("*Los derechos del niño en la justicia de menores*") entendió que ese umbral "*significa lo siguiente: -los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños*" (parágrafo 31). Conforme lo destacó V.E. en el mencionado pronunciamiento de Fallos: 344:1509, "*la reciente Observación General n° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, que sustituye a la anterior, mantiene este rumbo al precisar que* 'los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal en el momento de la comisión de un delito no pueden ser considerados responsables en procedimientos penales' *y que* 'los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal deben recibir asistencia y servicios de las autoridades competentes, según sus necesidades, y no deben ser considerados como niños que han cometido delitos penales' (*CRC/C/GC/24, apartados 20 y 23*)'" (considerando 10).

En ese precedente, y en concreta referencia a la actuación que corresponde desarrollar respecto de los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, la Corte explicó que la ley 22.278 "*a diferencia del mecanismo establecido para el tratamiento de los jóvenes que integran la franja etaria de responsabilidad penal, donde opera una remisión al régimen procesal general* [...] *en lo que respecta al grupo de los menores excluidos del sistema punitivo, la norma citada se ordena de manera autosuficiente, combinando los elementos que definen la naturaleza de las medidas que eventualmente corresponde adoptar a partir de la infracción cometida, con aquellos otros relativos al modo de reunir la información pertinente para decidir sobre la necesidad y, en su caso, el alcance de la intervención estatal. Acerca de este último aspecto, el precepto legal exige a los magistrados proceder a* 'la comprobación del delito'*, articulando mecanismos autónomos para tomar conocimiento del menor y de sus padres, o de quienes ejerzan su tutela, y establece el método para estudiar su personalidad y las condiciones familiares y ambientales en las que se encuentre*" (considerando 12).

Salvo mejor interpretación que V.E. haga de su propia decisión, entiendo que tales consideraciones distinguen en la citada ley -en línea con los parámetros fijados en el ámbito internacional- dos clases de actos que el juez puede llevar a cabo en un caso con un menor que no ha alcanzado la edad de punibilidad: por un lado, medidas que, sin involucrar a éste, permitan proceder a la comprobación del delito, de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento procesal; por el otro, y ahora sí atendiendo

exclusivamente al niño, mecanismos autónomos para tomar conocimiento de él, de su madre y de su padre o de quienes ejerzan su tutela, estudiar su personalidad y las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre y, en caso de ser necesario -sin perder de vista la tensión existente entre las disposiciones del artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 22.278, expuesta en el considerando 5° del precedente de Fallos: 331:2691-, las medidas de derecho tutelar tendientes a su protección integral.

Tal entendimiento, en mi opinión, se ajusta a la conclusión expuesta por el Tribunal en el sentido de que "*para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las* 'diversas medidas' *ajenas a los procedimientos judiciales, y a* 'otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones'*, que debe prever el Estado*" (ibídem, considerando 4°).

Sin embargo, pese a la claridad con que los pronunciamientos hasta aquí mencionados explican que, de acuerdo con las referidas normas nacionales, constitucionales e internacionales, el límite de edad en cuestión impide la formación del proceso respecto del niño o la niña, y que constituye un presupuesto irrefutable que los menores comprendidos en esa franja etaria no pueden ser formalmente acusados, el *a quo* omitió interpretar de manera estricta dicha regla, y afirmó dogmáticamente, por el contrario, que aquellas disposiciones permitían la promoción de la acción penal respecto del menor, su imputación formal, incluyendo su convocatoria a prestar declaración -y no solamente tomar

conocimiento del niño y ordenar los informes conducentes al estudio de su personalidad y sus condiciones familiares y ambientales, o disponer, si fuere necesario y en el interés superior de aquél, otra medida especial de protección ajena al procedimiento judicial, de acuerdo con los términos empleados por el Comité de los Derechos del Niño-.

Aunque el superior tribunal provincial añadió, como señalé al comienzo, que "*de lo que se trata es la sustanciación de una investigación a los fines de determinar la comprobación de la existencia de la figura delictiva enunciada y la participación o no, que le cupo al menor",* y que ello *"en modo alguno significa someterlo a un pleito criminal"*, en lo que se podría ver como un intento por minimizar el alcance del proceso a su respecto, considero que las circunstancias concretas del *sub lite* no se ajustan a ese supuesto, desde que conforme lo reconoció en el pronunciamiento apelado, el fiscal de menores "*promovió acción penal en contra de P H E B* " -en ese momento de catorce años de edad- y la juez de menores "*se avocó al conocimiento de la causa y tuvo por promovida acción penal en el sentido* supra *aludido*" (fs. 34).

En consecuencia, la decisión impugnada -además- no se corresponde en este aspecto con las concretas constancias del expediente y, por consiguiente, no puede ser considerada como acto jurisdiccional válido (conf. Fallos: 344:1675, 1499 y 1315; 340:1327, entre muchos otros).

Sumado a lo expuesto, no advierto en el pronunciamiento apelado alguna fundamentación para sostener que

"*para tener acabadamente este conocimiento* [sobre la comisión del hecho y la participación del menor]*, se impone escuchar al niño en un marco de respeto a las garantías de defensa en juicio y debido proceso".* Sin perder de vista que del fallo no surgen las condiciones bajo las que el *a quo* planteó "*escuchar al niño*", aprecio que dicha aseveración es meramente dogmática y no cuenta con sustento en un previo análisis de las circunstancias de la causa que permita percibir la concreta utilidad que tal acto tendría para la situación de aquél.

A tal punto ello es así, que esas consideraciones pasan por alto que de los autos principales incorporados en formato digital, surge que el menor ya fue citado por la juez interviniente, ocasión en la cual no sólo pudo tomar ese conocimiento directo, sino también, en presencia de sus padres y del defensor oficial, le informó el hecho por el que "*viene acusado*" y su calificación legal, "*conforme la imputación efectuada por el Agente Fiscal de Menores*". En ese acto, B hizo uso de su derecho a abstenerse de "*prestar declaración indagatoria*" (audiencia del 26 de abril de 2017, fs. 56/57, en págs. 93/95). Estas constancias del proceso abonan la descalificación del fallo recurrido.

Sin perjuicio de lo dicho, estimo que aquél temperamento tampoco habría facultado a los magistrados a omitir el régimen autónomo descripto por V.E. en el pronunciamiento antes reseñado, en el que no se reconoció a esa situación como una posible excepción a los pasos allí trazados. El *a quo*, no obstante, tomó otro camino, contrario al dispuesto en la citada convención internacional y la ley 22.278, y confirmó el impulso de la acción penal contra un

menor de catorce años de edad que lo involucró directamente en ese procedimiento, al punto que -en desconocimiento de lo actuado- sostuvo que en el marco de la investigación para determinar la existencia del delito se imponía "*escuchar al niño*" (fs. 37 vta.), en lugar de circunscribir la actuación de la juez, respecto del menor, a tomar conocimiento de él, realizar nuevos informes conducentes al estudio de su personalidad y sus condiciones familiares y ambientales -artículo 1° de la ley 22.278 (si bien ya consta agregado a los autos principales -págs. 8/11 del segundo cuerpo, correspondientes a fs. 206/207- el elevado el 16 de agosto de 2017 por la psicóloga interviniente)- y, en su caso, disponer otras medidas ajenas al procedimiento judicial, en protección de sus derechos.

No pierdo de vista que el superior tribunal provincial también invocó en sustento de su decisión el derecho del menor a ser oído, en los términos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto establece que "*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 procedimiento de la ley nacional".*

Sin embargo, estimo que el criterio del *a quo* en el *sub examine* no se corresponde con el alcance de ese derecho en los términos de esa cláusula pues, sin perjuicio de que ningún detalle brindó sobre la "*recepción de la declaración del menor no punible*" (fs. 36 vta.), la imposición de escucharlo -que se sostuvo en el fallo apelado no obstante lo ya actuado al respecto- resulta contraria a la caracterización como una garantía cuyo ejercicio está condicionado por la opinión de aquél. Por lo demás, el propio texto del citado artículo 12 condiciona ese derecho del menor a ser oído, a "*las normas de procedimiento de la ley nacional*" y, como se ha desarrollado *supra*, en las condiciones del *sub judice*, ellas, precisamente, desautorizan el temperamento aplicado.

Al respecto, creo pertinente recordar que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, órgano de vigilancia del tratado cuyas pautas han servido de guía al Tribunal en diversas oportunidades (conf. Fallos: 328:4343; 331:2047; 2691; 335:1136; 340:415; 1450 y 1795), en su Observación General n° 12/2009 ("*El derecho del niño a ser escuchado*") precisó que "*el niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación*" (apartado 16), y "*el niño tiene el 'derecho de expresar su opinión libremente'. 'Libremente' significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado*" (apartado 22).

Pienso que resulta significativo señalar, en este punto, que el criterio sostenido en el *sub examine* en las diversas

instancias locales acerca de la persecusión penal contra el menor y su declaración en tales actuaciones resultó contrario a la expresa oposición de quienes ejercieron, en cada etapa, su defensa técnica y solicitaron de manera continua su sobreseimiento en razón de la edad que tenía al momento del hecho.

En tales condiciones, considero que el fallo apelado no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, y debe entonces ser descalificado como un acto jurisdiccional válido (Fallos: 334:725, considerando 4° y sus citas).

VI

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar el fallo apelado, a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo de acuerdo a derecho.

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2021.

Firmado digitalmente por: CASAL Eduardo Ezequiel
Fecha y hora: 27.12.2021 12:45:36