

_COLUMNA DE OPINIÓN

El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme

Aída Kemelmajer de Carlucci

El 15 de abril de 2015 la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Trelew se reunió en pleno y de oficio dictó el acuerdo 194 del cual resulta que: “Una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó”.(1)

Me propongo analizar críticamente el contenido, sin ingresar en las facultades que puede o no tener la Cámara de esa Provincia para autoconvocarse a plenario, sin un caso en el que alguna cuestión haya sido sometida a decisión.

Para facilitar la comprensión de mi posición, contraopongo mis argumentos a los del tribunal en el mismo orden expuesto en el documento que analizo.

1. El tribunal intenta justificar la convocatoria en dos razones: (a) no afectar derechos amparados por garantías constitucionales; (b) evitar la entrada en vigencia de la nueva norma “trastorne el funcionamiento del sistema de administración de justicia y el ejercicio de la abogacía”, por lo que “corresponde establecer pautas claras y uniformes”.

Ninguna de las dos argumentaciones es correcta. En efecto:

a) El art. 7 del nuevo Código es copia del art. 3 del Código Civil, según texto incorporado por la ley 17.711 en 1968. Desde hace más de treinta y cinco años, ese artículo ha regido sin que decisiones judiciales argentinas hayan declarado su inconstitucionalidad.

b) A lo largo de estos años, las discrepancias a las cuales el art. 3 ha dado lugar han

CONTINÚA EN PÁGINA 9

La justicia juvenil y el juicio abreviado (*)

*Mary Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni (**)*

SUMARIO: I. El juicio abreviado y el principio de especialidad. — II. El juicio abreviado en el proceso penal argentino y su aplicación a la justicia juvenil. — III. Conclusiones.

➔ El principal problema de la aplicación del juicio abreviado en el proceso penal juvenil es su incompatibilidad con el principio de especialidad derivado del derecho de los niños a su protección especial y la preponderancia de la finalidad de reintegración social. Está comprobado que este instituto se traduce en el uso masivo y generalizado de una respuesta punitiva de baja calidad, burocrática y alejada de los ideales de resocialización determinados por el *corpus juris* de protección de derechos a la infancia. De ahí que pueda concluirse que una regulación compatible con los estándares internacionales lo excluya de la justicia juvenil.

I. El juicio abreviado y el principio de especialidad

El instituto del juicio abreviado (art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación) se ha transformado en una herramienta utilizada casi como regla en la resolución de causas penales. El fuero penal juvenil no ha sido una excepción en esa dinámica. Sólo en el año 2012, según las estadísticas de los Tribunales Orales de Menores de la Capital Federal (1), sobre un total de 292 sentencias de declaración de responsabilidad penal, 201 fueron mediante la vía abreviada, es decir, un 68% de las causas (2).

El “éxito” (entendido como amplia aceptación) del juicio abreviado no debería llamar la atención, pues constituye un modo rápido de finalización de los procesos penales que genera para el imputado una condena más leve que la que eventualmente podría corresponderle de celebrarse el juicio oral, al tiempo que descongestiona el sistema penal al evitar también el trámite recursivo en casi todos los casos.

Cuando se trata de imputados de delitos cometidos durante la minoría de edad penal se permite incluso que por medio del juicio abreviado se declare la responsabilidad penal del joven y, al mismo tiempo, se resuelva no aplicar una pena en los términos del art. 4º de la ley 22.278, lo cual constituye un incentivo mayor a su utilización.

Sin embargo, los parámetros de eficacia en la resolución de casos (3), con aparentes ventajas para todos los sujetos interesados (jueces, fiscales, defensores e imputados), presenta frente al derecho penal juvenil algunos problemas específicos que aún no han sido desarrollados en profundidad y que este trabajo pretende comenzar a abordar.

Esos problemas pueden sintetizarse en uno: *la paulatina disminución de la protección especial a la infancia entendida como un trato judicial diferenciado en relación con las normas procesales que regulan el proceso penal de las personas adultas*. En efecto, como consecuencia de las reformas acaecidas en los últimos veinte años en nuestro país, que incluyeron la sanción de nuevas legislaciones de protección de la infancia a nivel nacional y provincial, la actualización de los códigos procesales penales (federal y provinciales) hacia sistemas mixtos o acusatorios e importantes cambios jurisprudenciales que incorporaron normas internacionales convencionales y no convencionales al proceso penal juvenil, se produjo un lento y paulatino acercamiento entre el proceso penal juvenil y el de adultos. La dinámica señalada se ha acelerado en los últimos años, con el evidente riesgo de la pérdida de un proceso penal que debe reconocer los matices propios de la etapa de la vida que conforman la infancia y la adolescencia, sentido central del principio de especialidad (4) (art. 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (5).

En este desordenado y, probablemente, inintencionado proceso hacia la equiparación del proceso penal juvenil al de los imputados adultos iniciado a mediados de la década de los '90 en la República Argentina, la aplicación del instituto previsto en el artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación representa un hito muy significativo (6).

Más allá de las conocidas críticas a la aplicación extendida de esta institución a la justicia penal general, las dificultades se acrecientan si se considera el mencionado principio de especialidad, derivado a su vez del de protección especial a la niñez. Este principio, que surge del Derecho internacional de los derechos humanos, demanda un tratamiento diferenciado para el niño (7) en el ámbito de la justicia penal (8). Se manifiesta en el proceso que se le aplica, en los órganos encargados de intervenir en dichos procedimientos penales, en las leyes sobre las que se basa la responsabilidad penal, así como en sus consecuencias y, finalmente, en la interpretación que de esas leyes debe hacerse. Sobre la base del mencionado principio, todo instituto del derecho penal general que pretenda ser aplicado a los niños debe ser analizado sin perder de vista las particularidades que rodean al derecho penal juvenil (9).

En lo que sigue abordaremos distintos aspectos relacionados con las dificultades que plantea el principio de especialidad —rector de la justicia juvenil— a la utilización generalizada de la institución del juicio abreviado.

Esos particulares aspectos pueden sintetizarse en las siguientes preguntas:

- 1) ¿Tiene el niño capacidad general para asumir su propia responsabilidad penal?
- 2) ¿Está el niño en condiciones de negociar en el juicio abreviado sólo su responsabilidad o también la pena que se le aplicará?
- 3) ¿Puede un niño aceptar una pena privativa de la libertad de ejecución efectiva?
- 4) ¿Su aceptación de responsabilidad a cambio de una promesa de reducción de pena es admisible a la luz del principio de especialidad?
- 5) ¿Es compatible el juicio abreviado con la finalidad preventivo-especial de la pena juvenil?

Desde el punto de vista metodológico se utilizará la jurisprudencia de la Justicia Nacional con

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN. El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme

Aída Kemelmajer de Carlucci..... 1

DOCTRINA. La justicia juvenil y el juicio abreviado

Mary Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni..... 1

NOTA A FALLO. Inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles

Sebastián M. Serra 9

JURISPRUDENCIA

QUIEBRA. Inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única. Ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires. Ley 14.394 (Bien de familia). Suspensión de subasta y posibilidad de depositar el importe de créditos verificados. Circunstancias particulares (CNCCom.) 9

JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Despido por falta o disminución de trabajo
Jorge Alberto Diegues 11

La justicia juvenil y el juicio abreviado

● VIENE DE TAPA

sede en la Capital Federal y de la Justicia Federal de todo el país. La elección responde a los más de veinte años de experiencia acumulada en la celebración de acuerdos de juicio abreviado en tales jurisdicciones y a que la regulación contenida en el Código Procesal Penal de la Nación vigente resulta un estándar medio de la legislación procesal del país en lo que se refiere a las escalas punitivas que habilitan la utilización del procedimiento abreviado, a la exigencia de aceptación de responsabilidad por parte del acusado y a la de intervención de todos los imputados en la misma persecución penal, entre otros aspectos.

Esta aproximación a los debates jurisprudenciales y doctrinarios sobre la aplicación del

juicio abreviado requiere necesariamente de una posterior etapa de relevamiento empírico, ya que la regulación procesal del instituto contempla una cantidad de matices y singularidades que superan el marco de este trabajo, el cual sólo dará cuenta, como indicamos, de las tendencias corroboradas en la aplicación amplia del instituto por los tribunales nacionales y federales.

II. El juicio abreviado en el proceso penal argentino y su aplicación a la justicia juvenil

II.1. Aspectos generales

El instituto del juicio abreviado fue incorporado por la ley 24.825 al Código Procesal Penal de la Nación con una clara finalidad práctica: evitar que un gran volumen de causas llegaran a audiencia de debate para descomprimir así a los tribunales de juicio (10), a la vez que se obtendrían sentencias condenatorias. Paralelamente, se suponía que disminuiría la cantidad de “presos sin condena” al definir la situación de los imputados privados de la libertad por medio de la prisión preventiva.

El derecho penal de menores es derecho penal. El modelo, entonces, si bien orientado a procurar la adecuada formación del menor mediante su protección integral (art. 3.a), ley 22.278), no pierde sus líneas admonitorias”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa n° 5.798, “B., W. D. s/recurso de casación”, del 26/04/06, voto de la jueza Berraz de Vidal, entre otros.

(5) Sobre el principio de especialidad, véase TERRAGNI, Martiniano, “El principio de especialidad en la organización judicial y en la jurisprudencia”, *La Ley, Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 2014, ps.167/181.

(6) La discusión acerca de la aplicación de este instituto en materia de Derecho penal juvenil no es reciente. Puede encontrarse jurisprudencia de hace más de una década en la que se aborda el problema, con distintos matices, pero básicamente con una discusión en cuanto a la capacidad del imputado menor de edad: “(...) Encuentro imposible la validación del juicio realizado al menor M. G. B., por el Tribunal Oral en lo Criminal N°16, por haberse dictado sentencia sirviéndose del procedimiento contenido en el artículo 431 bis del CPPN, en un juicio abreviado. Entiendo que no se puede tener por válida la expresión de voluntad emitida por quien en ese momento contaba con diecisiete años de edad, y era asistido por un defensor que no tenía conocimiento de ello, omitiéndose dar intervención al Ministerio Público Pupilar. Además, este procedimiento no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento para los menores, es decir para quienes no tienen capacidad de hecho (...)”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa n° 4.642, “N., J. A. s/recurso de revisión”, resuelta el 12/08/04, del voto de la Jueza Ledesma, entre otros. En sentido similar, la jurisprudencia anuló la sentencia condenatoria y el acuerdo de juicio abreviado celebrado por un imputado menor de edad que fue juzgado y condenado sin las previsiones de la ley 22.278 respecto de la imposición de pena: “(...) Se han vulnerado reglas de procedimiento, pues a la fecha de los sucesos por los que recayera sentencia condenatoria, el nombrado tenía la edad de diecisiete años, correspondiendo en consecuencia la intervención de la justicia de menores y la aplicación de las previsiones de la ley 22.278, que regula el régimen penal de la minoridad. Siendo ello así, corresponde anular la sentencia impugnada en virtud de que la misma fue dictada en violación a la dicha norma legal, que en sus artículos 1, 2 y 4 establece en qué supuestos y bajo qué requisitos corresponde imponer una sanción penal a los menores que hubieran cometido delitos (...)”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa n° 3.167, “N., R. L. s/recurso de revisión”, resuelta el 8/06/01, entre otros.

(7) Para simplificar la redacción, se hará referencia sólo a la palabra “niño” o “niños” al considerar que el término comprende a las categorías de niños, niñas y adolescentes. En igual sentido: “(...) Tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes (...)”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, de 28 de agosto de 2002, del párr. 42 y supra nota 45.

(8) Véase al respecto la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.5; la Convención sobre los Dere-

chos del Niño, art. 40, inc. 3; las Reglas de Beijing (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985), Regla 2.3; y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990), Directriz 52.

(9) “(...) La Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (artículo 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas (...)”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 19 del voto de la jueza Argibay.

(10) Código Procesal Penal de la Nación, art. 431 bis: “1. Si el ministerio fiscal, en la oportunidad prevista en el artículo 346, estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis (6) años, o de una no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquella, podrá solicitar, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según este capítulo. En tal caso, deberá concretar expreso pedido de pena. En las causas de competencia criminal (artículo 32), el acuerdo a que se refieren los incisos 1 y 2 del artículo 431 bis, podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (artículo 359). 2. Para que la solicitud sea admisible, deberá estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquél, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída. A los fines de este artículo y en cualquier etapa del proceso, pero desde la aceptación del cargo del defensor designado, el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia. 3. El juez elevará la solicitud y la conformidad prestada, sin otra diligencia, tribunal de juicio el que tomará conocimiento *de visu* del imputado, y lo escuchará si éste quiere hacer alguna manifestación. Si el tribunal no rechaza la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida, llamará a autos para sentencia, que deberá dictarse en un plazo máximo de 10 días. Si hubiera querrelante, previo a la adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión, la que no será vinculante. 4. Si el tribunal de juicio rechaza el acuerdo de juicio abreviado, se procederá según las reglas del procedimiento común con arreglo a los artículos 354 ó 405, según corresponda, remitiéndose la causa al que le siga en turno. En tal caso, la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate. 5. La sentencia deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso en la admisión a que se refiere el punto 2, y no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el ministerio fiscal. Regirá el artículo 399. 6. Contra la sentencia será admisible el re-

curso de casación según las disposiciones comunes. 7. La acción civil no será resuelta en este procedimiento por juicio abreviado, salvo que exista un acuerdo entre las partes en tal sentido, aunque se podrá deducir en sede civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación en la medida que la sentencia pueda influir sobre el resultado de una reclamación civil posterior. 8. No regirá lo dispuesto en este artículo en los supuestos de conexión de causa, si el imputado no admitiere el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos allí atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de oficio (artículo 43). Cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado sólo podrá aplicarse si todos ellos prestan su conformidad”.

(11) Tempranamente señaló Schünemann el problema de “la apoteosis de la instrucción, que florece disimuladamente a través de la práctica de los acuerdos, es decir, la renuncia al juicio oral y por la condena basada solamente en el reconocimiento, parcial o total, por parte del acusado, del contenido de la instrucción. Desde un punto de vista dogmático nos encontramos aquí con una inversión de todos los valores en los que se basa toda la práctica procesal continental europea. A un resultado aún más sorprendente nos conduce una visión histórica-jurídica. Porque la apoteosis del procedimiento de instrucción, en la que la posición del acusado muy débil nos reconduce al procedimiento inquisitivo, contra el que se introdujo en el siglo XIX el bastión del juicio oral como centro del procedimiento penal. Y no resulta menos grave desde el punto de vista de la psicología de la percepción y de la teoría de la información porque el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad, que desaparecen en un procedimiento regido por acuerdos.”, SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal?”, ob. cit., p. 427.

(12) La disidencia total del senador Villarroel en el debate parlamentario de la ley que incorporó al régimen procesal penal federal este instituto alertó acerca de las posibles consecuencias negativas que podría acarrear el juicio abreviado en el sistema de garantías del proceso penal. El senador expresó que: “(...) En el modelo que rige nuestro procedimiento, la persistencia de rasgos inquisitivos de la instrucción sumada a la simplificación del juicio supone el peligro de trasladar a la instrucción el peso de la decisión sobre el hecho punible, la responsabilidad del imputado y la pena aplicable, debilitando a su vez los rasgos que constituyen la garantía más importante de control de los actos de la instrucción durante el juicio, es decir, el carácter contradictorio, oral y público del debate, el principio de inmediación, la necesidad de producción íntegra de la prueba en esa etapa, etcétera. La modificación propuesta importa además otro grave peligro, señalado reiteradamente por autores críticos del *plea bargaining* estadounidense: la posibilidad de que la no aceptación de la propuesta del fiscal por parte del imputado y su defensor vaya acompañada de la amenaza de un pedido de condena más grave (...) El rechazo del acuerdo por parte del imputado lo coloca en situación especialmente desventajosa, ya que ‘impone’ al ministerio público y al tribunal la carga de realización de un juicio pleno, mucho más trabajoso y exigente que las simples formalidades del juicio abreviado (...)”, Cámara de Senadores de la Nación, reunión 29ª, 21 de mayo de 1997, ps.2360/1.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) “Desde el punto de vista de la prevención especial la atenuación convenida de la pena no resultaría adecuada, pues el condenado no tomaría en serio la sentencia producto del acuerdo, pues se sentiría únicamente como la parte más débil de un negocio transaccional. El arrepentimiento y la comprensión de la propia culpabilidad como motores de la auto-resocialización no pueden fundar una atenuación de la pena en cuanto provienen de un acuerdo que, si no indica lo contrario, inclusive puede contradecirlo”. SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal?”, en revista *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año IV, número 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p.429.

(**) Agradecemos especialmente la atenta lectura y los aportes de Federico Kierszenbaum.

(1) http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/Libros/Estadi_12/Tome_12.htm

(2) La tendencia es claramente una práctica consolidada. En el año 2011 sobre un total de 316 declaraciones de responsabilidad penal, 204 (64%) fueron mediante la vía abreviada. Los números en los años anteriores tienden a ser similares: año 2010, 55 %; 2009, 25% —en este año aparecen en blanco los números de abreviados del TOM 1, lo cual explicaría la baja cantidad—; 2008, 45%; 2007, 62%; 2006, 64%; 2005, 69%; 2004, 67%; 2003, 57% (http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/Libros/Estadi_12/Tome_12.htm).

(3) En el debate parlamentario de la ley 24.825, que introdujo el juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, se expresó: “(...) La introducción de la oralidad al sistema judicial en materia penal ha resuelto sustancialmente la lentitud de los procesos. Sin embargo, hoy observamos que los tribunales están abarrotados por causas que no pueden resolver. También es cierto que en las cárceles hay más presos sin condena que los que cuentan con ella. Por eso hoy nadie duda de la necesidad de agilizar los procedimientos en las causas penales, sobre todo porque está en juego la libertad de los individuos (...)”, Cámara de Diputados de la Nación, reunión 40, 23 de octubre de 1996, p. 4218. Se evidencia así que el interés no consistía en disminuir los índices de personas privadas de su libertad, sino en aumentar el nivel de condenas en la estadística criminal.

(4) Aunque todavía a la jurisprudencia le resulta difícil diferenciar un proceso seguido a personas menores de edad del seguido contra adultos, a partir del entendimiento de que ambos son procesos penales regidos (casi) por los mismos principios. Véase, por ejemplo: “ (...) En cuanto al argumento que el *a quo* expone con fundamento normativo en el artículo 40.1 de la convención citada [CDN], desde mi óptica, aparece contradictorio, pues un paso antes es el propio Tribunal el que reconoce el marco coactivo que ineludiblemente genera la sustanciación de un proceso penal. Considerar el disímil sentido axiológico que anima en el derecho interno la justificación de las medidas que se imponen a los menores a quienes se imputan infracciones a la ley penal y perseguir que el designio del sistema especial deba necesariamente remitir a los altruistas fines de la norma citada, no puede implicar la negación de su ontológica naturaleza represiva. Máxime en una materia en la que, independientemente de la conducta personal de los jueces, se persigue el amparo de la confianza que debe inspirar la administración de justicia en el acusado.

ficado de terminación del proceso penal con una sentencia de responsabilidad penal y, eventualmente, una pena de cumplimiento efectivo.

En efecto, desde hace muchos años se admite arribar a la declaración de responsabilidad penal de una persona menor de dieciocho años al momento del hecho (conocida como primera sentencia) por medio de un acuerdo de juicio abreviado. Precisamente, el art. 410 del Código Procesal Penal de la Nación —ubicado en el capítulo llamado “Juicio de Menores”— establece una regla general: en las causas seguidas contra personas menores de 18 años se procederá conforme las disposiciones comunes del rito penal, salvo las especiales que establece ese capítulo. Por ello se ha entendido tradicionalmente que no habría ningún obstáculo en las normas procesales para el uso del juicio abreviado en los casos de los imputados menores de dieciocho años de edad al momento del hecho.

Como es sabido, el Régimen Penal de la Minoridad exige ciertos requisitos para imponer una pena al joven imputado: a) su declaración de responsabilidad penal; b) que haya cumplido dieciocho años de edad y c) que haya sido sometido a un año de tratamiento tutelar, prorrogable hasta la mayoría de edad (13). Sobre la base de esta legislación, es posible celebrar un pacto de responsabilidad penal antes de que el acusado haya cumplido los dieciocho años de edad, siempre que no se resuelva la necesidad de la imposición de pena y su eventual monto. Cabe aclarar que el requisito del año de tratamiento tutelar cuando el joven ya ha alcanzado la mayoría de edad se suple en la práctica por un informe socio-ambiental equivalente al elaborado para los imputados adultos (14).

Con los años, las prácticas del juicio abreviado adquirieron formas diversas, aún más refinadas con las garantías fundamentales del menor penalmente imputable. Como ejemplo puede mencionarse una práctica instalada hace pocos años en la Justicia Nacional de Menores. Ella consiste en la entrega de “conformidades” al fiscal por parte de los acusados y sus defensas. De ese modo, los acusados —en lo que aquí interesa, menores de edad al momento del hecho—, de manera no presencial y por escrito, manifiestan, junto con su defensa técnica, su conformidad con la acusación. No cuentan con una audiencia conjunta ante el fiscal (15) dado que, de ser más de un imputado, prestan su consentimiento mediante escritos separados. Luego todos los imputados son convocados a la audiencia *de visu* que necesariamente debe realizar el tribunal interviniente para la homologación del acuerdo.

Esta práctica de “la declaración de conformidad” en el proceso penal juvenil se explica,

entre otros motivos, por la frecuencia de procesos iniciados en los que menores de edad son imputados por delitos contra la propiedad cometidos junto con adultos (en muchos casos, personas con edades comprendidas entre los dieciocho y los veintinueve años de edad). El Código Procesal Penal de la Nación y la ley 24.050 de Organización de la Justicia (art. 24) disponen que en los casos de comisión de un mismo delito por parte de personas mayores y menores de edad resulta competente la Justicia Nacional de Menores, o sea, la jurisdicción especializada. Debido a que las personas adultas tienen una pena en expectativa mayor por la aplicación de la agravante genérica prevista en el art. 41 *quater* del Código Penal, en muchos casos, cuando se eleva la causa a juicio se encuentran privadas de la libertad con una prisión preventiva. En un escenario de colapso de la justicia nacional de menores, el imputado adulto tiene muchos incentivos para acordar un juicio abreviado que le permita recuperar la libertad lo antes posible, dadas las dificultades para fijar la fecha de juicio en forma inmediata. Por otro lado, el imputado menor de edad puede verse presionado por el adulto o su medio familiar para que acepte el juicio abreviado.

En síntesis y tal como lo demuestra claramente la práctica de las “declaraciones de conformidad” para el juicio abreviado, la práctica forense no sólo ha admitido una institución no regulada específicamente para el proceso penal juvenil sino que la utiliza, del mismo modo que con imputados adultos y en casos de numerosos imputados o coimputados mayores y menores de edad, de forma burocrática, por escrito y en oposición a los principios y derechos que amparan a una persona imputada de un delito cometido durante su minoría de edad penal.

II.2. Las diferentes capacidades de la persona menor de dieciocho años de edad

En este punto abordaremos de manera general las capacidades que las leyes acuerdan a los niños para ejercer sus derechos en diversos ámbitos: los derechos ciudadanos, laborales, sexuales y en materia de salud.

Este análisis general permitirá contar con un panorama respecto de cuáles son las capacidades de los niños a los efectos de determinar luego si es admisible que se les reconozca la potestad de consentir su propia responsabilidad penal. En otras palabras, la pregunta es si un niño, al que legalmente se le reconocen diferentes capacidades, pero una disminuida en materia penal, puede asumir su responsabilidad penal en los términos que implica el juicio abreviado.

II.2.a) Las capacidades relativas de la persona menor de dieciocho años (niño)

A diferencia del adulto, el niño es, por regla, un incompetente básico, (16) que va adquiriendo capacidades en el transcurso de su desarrollo. Por lo tanto, las posibilidades de decidir en función de sus propias necesidades, como puede hacerlo un adulto, son delegadas en sujetos competentes, que deben decidir por él.

A partir de que la incompetencia del niño tiene base en su falta de madurez, la ley le reconoce gradualmente distintas competencias a medida que va creciendo. Esta evolución madurativa podría constatare caso por caso o sobre la base del colectivo etario al fijarse edades determinadas legalmente. Esta última opción es la que ha guiado nuestra tradición jurídica y es la que favorece en mejor medida la garantía de la seguridad jurídica. Es por ello que la pregunta acerca de qué puede y qué no puede decidir un niño debe responderse en consideración de una edad concreta.

Las capacidades del niño a partir de los dieciséis años son amplias en nuestro ordenamiento jurídico. A partir de dicha edad, el niño ha alcanzado la última etapa de la infancia, lo cual se manifiesta en distintas regulaciones. Mencionaremos a continuación algunas de ellas:

* *Capacidad civil*: según el Código Civil todavía vigente “[s]on menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos” (17). Mientras que los menores impúberes tienen incapacidad absoluta, “[l]os menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”.

Recientemente, la ley 26.994 (18), mediante la cual se aprobó el nuevo Código Civil que entrará en vigencia el 1º de enero del año 2016, dispone que “[m]enor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.” (19)

Respecto del ejercicio de los derechos por parte de una persona menor de edad, la mencionada ley dispone que:

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento

jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.” (20).

* *Libertad sexual*: a los dieciséis años el niño ya deja de ser sujeto pasivo del delito de abuso sexual aprovechándose de la inmadurez de la víctima —art. 120, Código Penal— (21) y del delito de acceso a espectáculos o material pornográfico —art. 128, Código Penal— (22), pero puede ser víctima de prácticas corruptoras —art. 125, Código Penal— (23), pornografía infantil —art. 128, Código Penal— (24) y *grooming* —art. 131, Código Penal— (25).

* *Derechos políticos*: en cuanto a los derechos políticos, de conformidad con el art. 7º de la Ley de Ciudadanía (26), “[l]os argentinos que hubiesen cumplido la edad de dieciséis años gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República”. De acuerdo con el art. 1º del Código Electoral Nacional “[s]on electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho años de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley” (27).

* *Capacidad laboral*: desde el punto de vista de la legislación laboral, “[l]as personas desde los dieciséis años y menores de dieciocho años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos” (28). Asimismo, el art. 33 de la mencionada ley establece que “[l]as personas desde los dieciséis años están facultadas para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(13) Ley 22.278, art. 4: “La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2º estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2º) Que haya cumplido dieciocho años de edad. 3º) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2º”.

(14) Ley 22.278, art. 8: “Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inciso 3º del artículo 4º se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndose complementar con una amplia información sobre su conducta. Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido”.

(15) Esta modalidad ya había sido premonitoriamente advertida por el diputado Garay en el debate parlamentario de la ley, quien intentó incorporar una modificación

al proyecto que fue rechazada. Así se expresó el diputado: “(...) En el artículo 2º se da un problema vinculado con el ejercicio de la defensa en juicio, que podría tornarlo inconstitucional. Cuando el fiscal estima que la pena no superará los seis años, de reunirse con el defensor y el imputado necesariamente para escucharlos, y no como se dice en el último párrafo del punto 2 del artículo 431 bis a que se refiere el artículo 1º en tratamiento, en el sentido de que ‘...el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia’. Si esto es facultativo no se respetará el ejercicio del derecho de defensa (...)”, Intervención del diputado Garay, Cámara de Diputados de la Nación, reunión 40, 23 de octubre de 1996, p. 4219.

(16) Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Desde la Modesta propuesta de Swift hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño”, Revista *Doxa*, Alicante, nº 15/16, 1994, pp. 731/743. En su ensayo “Sobre la libertad”, John Stuart MILL había explicado: “(...) Nadie niega que deba enseñarse y adiestrarse al hombre en su juventud para que conozca los resultados comprobados de la experiencia humana y se beneficie con ellos. Sin embargo, el privilegio y la condición apropiada de todo ser humano que haya llegado a la madurez de sus facultades, consiste en utilizar e interpretar la experiencia en la forma que desee (...)”. También se pregunta allí: “(...) ¿Debería la sociedad abandonar a sus propios impulsos a

aquellos que son manifiestamente incapaces de dirigirse a sí mismos? Si se acepta que hay que proteger contra ellos mismos a los niños y los menores de edad, ¿No está igualmente obligada la sociedad a extender esa protección a todos los mayores de edad que son igualmente incapaces de gobernarse a sí mismos (...)?”, México, Diana, 1965, ps. 104 y 132.

(17) Código Civil, art. 127.

(18) Ley 26.994, sancionada el 1/10/14 y promulgada de hecho el 7/10/14.

(19) Ley 26.994, art. 25.

(20) Ley 26.994, art. 26, destacado agregado.

(21) Código Penal, art. 120: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado (...)”.

(22) Código Penal, art. 128: “Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años”.

(23) Código Penal, art. 125: “El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque

mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años”.

(24) Código Penal, art. 128: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgar o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos in vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización...”.

(25) Código Penal, art. 131: “Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

(26) Ley 346, conforme la modificación introducida por la Ley 26.774 (sancionada el 31/10/12 y promulgada de hecho el 1/11/12).

(27) Texto conforme a la ley 26.774.

(28) Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, art. 32.

● VIENE DE PÁGINA 3

otorgado en la forma que prevén las leyes locales, debiéndose cumplir en cualquier circunstancia las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el artículo 27 de la ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”. Por su parte, el art. 187 de la misma ley establece que “[l]as personas desde los dieciséis años y menores de dieciocho años podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo, en las condiciones previstas en los artículos 32 y siguientes de esta ley. Las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán a estos trabajadores igualdad de retribución, cuando cumplan jornadas de trabajo o realicen tareas propias de trabajadores mayores. El Régimen de Aprendizaje y Orientación Profesional aplicable a los trabajadores desde los dieciséis años hasta los dieciocho años estará regido por las disposiciones respectivas vigentes, o que al efecto se dicten” (29).

Asimismo, la ley 26.844 de Servicio Doméstico, reglamentada por el decreto 467/2014, prohíbe la contratación de menores de dieciséis años de edad (art. 9º) y permite el trabajo adolescente, referido a personas entre dieciséis y dieciocho años de edad (para el cual se necesita un certificado médico de aptitud para el trabajo —art. 10º—), limitado a una jornada que “no podrá superar, bajo ninguna circunstancia, las seis horas diarias de labor y treinta y seis horas semanales” (art. 11). También establece en su art. 12 que “[q]ueda prohibida la contratación de las personas menores de edad comprendidas en la edad escolar que no hayan completado su instrucción obligatoria, a excepción que el empleador se haga cargo de que la empleada/o finalice los mismos” y, en su art. 13 prohíbe, respecto de los niños de dieciséis y diecisiete años de edad, la modalidad de empleo sin retiro del lugar de trabajo.

* *Los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud:* la ley 26.529 (30) prevé que “[e]l paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud” (art. 1º, el destacado nos pertenece).

Sin embargo, en cuanto a las directivas anticipadas, el art. 11 de la mencionada ley establece que: “*Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el mé-*

co a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes” (el destacado nos pertenece).

* *Identidad de género (ley 26.743) (31):* según la Ley de Identidad de Género: “Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida” (32). En cuanto a los niños establece que: “Con relación a las personas menores de dieciocho años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º [la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen] deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes” (art. 5º).

Por su parte, el art. 11 regula las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos integrales hormonales para la adecuación del cuerpo estableciendo: “Todas las personas mayores de dieciocho años de edad podrán, conforme al artículo 1º de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5º para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo

no mayor de sesenta días contados a partir de la solicitud de conformidad (...)” (el destacado nos pertenece).

El análisis general de la capacidad de los niños refleja que el sistema combina espacios de autonomía con espacios de protección, en los que los niños no pueden elegir sobre la base de su propio deseo (por ejemplo, se prohíbe el trabajo infantil o las relaciones sexuales de adultos con niños).

II.2.b) Mayores capacidades y mayores prohibiciones: las protecciones “cruzadas”

Un fenómeno actual relacionado con el tema en análisis es que al mismo tiempo en el que al tiempo en el que se avanza con la idea de otorgarle mayor cantidad de derechos civiles (que se caracterizan por su contenido negativo y activo) al niño (entre los que destaca el derecho al voto), se sancionan normas que elevan a la categoría de prohibiciones penales comportamientos que lesionan los derechos positivos de los niños (33).

Esto ha sucedido, por ejemplo, con la incorporación del delito de aprovechamiento de trabajo infantil en el art. 148 bis (34) del Código Penal, que establece: “Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave (...)”. Algo similar ocurre con la incorporación del delito de *grooming* en el art. 131 del Código Penal (35).

Como se aprecia, el legislador, por un lado, le otorga al niño mayores libertades civiles y políticas, lo cual presupone un mayor ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero, por otro lado, se crean normas destinadas a sancionar penalmente ciertas conductas en las que un adulto se aprovecha de un niño asumiendo su incapacidad para ejercer plenamente la autonomía personal en determinado tipo de relaciones (en estos casos, laborales y sexuales).

Otro aspecto que evidencia las mismas tensiones en cuanto a las protecciones cruzadas lo advertimos en relación con la extensión de la obligatoriedad escolar hasta los dieciocho años de edad. Ello se corresponde con una política paternalista para garantizar un derecho positivo (el derecho a la educación); pero, al mismo tiempo, se ha otorgado a los niños un derecho activo fundamental, el derecho al voto, a partir de los dieciséis años de edad (política liberacionista).

Estas protecciones “cruzadas” pueden parecer a primera vista como instrumentos que maximizan el cúmulo de los derechos de la niñez, pero desde otra perspectiva pueden conducir a soluciones contradictorias, en la medida en la que se busca otorgar poder de decisión total, sobre determinados asuntos, a un sujeto respecto del cual en el mismo ordenamiento jurídico no se le reconoce esa capacidad plena.

II.2.c) Alcances de la capacidad del niño en materia penal: capacidad sustantiva y capacidad procesal

Luego del análisis sobre la capacidad general del niño, abordaremos el problema acerca de si este sujeto tiene capacidad de decidir la asunción de su responsabilidad penal, tal como lo puede hacer una persona adulta. Dentro de ese marco examinaremos si un sujeto considerado por la ley con una capacidad disminuida se encuentra en condiciones de consentir su responsabilidad penal, el monto de la pena que eventualmente se le aplicaría como consecuencia de esa asunción de responsabilidad, la forma de ejecución de ella, etc. En el fondo la pregunta es si es posible extender las autorizaciones que la ley concede a los niños en otras ramas del Derecho a la materia penal-juvenil.

De acuerdo con el Régimen Penal de la Minoridad, la edad mínima de imputabilidad en la legislación argentina es de dieciséis años de edad (ley 22.278, art. 1º). La responsabilidad penal del niño entre dieciséis y dieciocho años no cumplidos es siempre disminuida, por el menor reproche de culpabilidad que se expresa en una pena atenuada (36). Esta reducción en la sanción penal opera pese a que en el momento de la determinación e imposición de la pena, el imputado en el proceso penal juvenil sea ya una persona adulta (lo que siempre ocurre en nuestro país en función de que el art. 4º de la ley 22.278 exige que el imputado haya cumplido los dieciocho años para determinar la sanción penal).

En consecuencia, se advierte que el trato especial asegurado al joven obedece a su edad al momento del hecho delictivo (lo cual es un principio general del derecho penal) y no cuando se resuelve la aplicación de la sanción. Sin embargo, la capacidad procesal necesaria para que el imputado brinde su conformidad al acuerdo de juicio abreviado no depende del momento de la comisión del hecho, sino de la ocasión en la cual se realiza el acto procesal (principio general del Derecho procesal). Por este motivo, deben distinguirse los casos de acuerdos de juicio abreviado realizados por personas que no han cumplido aún los dieciocho años de edad, de aquellos realizados una vez alcanzada la mayoría de edad.

i. Juicio abreviado celebrado con menores penalmente responsables que aún no han cumplido dieciocho años al momento del planteo

En relación con este grupo de imputados menores de edad penalmente responsables que deben consentir la aplicación de la institución antes de cumplir los dieciocho años corresponden determinarse: a) si se encuentran en condiciones normativamente establecidas de asumir la decisión de celebrar un juicio abreviado; b) en caso afirmativo, con qué alcances; c) en caso negativo, si la decisión definitiva debería ser adoptada por un sujeto adulto competente para resolver lo más conveniente para el niño en el caso concreto o, finalmente, d) si direc-

{ NOTAS }

(29) Los artículos 190 y siguientes de la Ley de Contrato de Trabajo disponen de regímenes especiales para las personas menores de edad, en cuanto a su descanso, extensión de jornada laboral y condiciones de trabajo.

(30) Ley 26.529, sancionada el 21/10/09, promulgada de hecho el 19/11/09 y publicada en el B. O. del 20/11/09.

(31) Ley 26.743, sancionada el 9/05/12, promulgada de hecho el 23/05/12 y publicada en el B.O. del 24/05/12.

(32) Ley 26.743, art. 3º.

(33) Se atribuye a Georg Jellinek la clasificación entre el *status* pasivo, negativo, positivo y activo de los distintos derechos, que da lugar a la clasificación entre derechos positivos, negativos y activos (JELLINEK, Georg, “System der subjektiven öffentlichen Rechte”, 2. Aufl. 1919, S. 87, 94 ff. Citado por PIEROTH-SCHLINK, “Grundrechte Staatsrecht II”, 27. Auflage, C.F. Müller, 2011, p. 21, § 4.I, nº 75. Véase también SCHMIDT, Rolf, “Grundrechte”, 13. Auflage, 2011, p. 7, C.I.I, nº 13; HUFEN, Friedhelm, “Staatsrecht II. Grundrechte”, 2. Auflage, Beck, München, 2009, p. 52.

Un análisis sobre la clasificación de Jellinek en ALEXY, p. 119 y ss.).

(34) Ley 26.847, sancionada el 20/03/13, promulgada de hecho el 11/04/13 y publicada en el B.O. del 12/04/13.

(35) Ley 26.904, sancionada el 13/11/13, promulgada de hecho el 4/12/13 y publicada en el B.O. del 11/12/13.

(36) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343. Allí se expresó: “[N]o escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurrían en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental [...] Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda

alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional [...] en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto [...]”, de los considerandos 37 y 40 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda,

Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Esta postura resulta compatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de la infancia, ya que al interpretar estas normas el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que: a) “[L]os niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas, y otras, diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños (...)”, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, 44º período de sesiones, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, párr. 10; y b) “[l]a respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad (...)”, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10, ya cit., párr. 71, bastardilla agregada.

tamente el juicio abreviado en relación con las personas menores de dieciocho años no debería estar habilitado.

Según la breve reseña normativa que realizamos en el apartado anterior, el niño, a partir de la edad de dieciséis años, se encuentra habilitado para realizar una gran cantidad de actividades, algunas de las cuales requieren una considerable capacidad de decisión.

El niño tiene además competencia para ejercer su defensa material con amplias posibilidades de ser oído, más allá de la labor que desempeñe su abogado defensor. Por lo tanto, nada impediría que el niño imputado confesara el delito, incluso ofreciendo pruebas que avalen su versión autoinculpatoria. Desde ya, no puede ser obligado a declarar en su contra; pero por otro lado, tampoco puede ser obligado a mentir o a negar el hecho, cuando decidiera en forma informada y consentida confesar el delito cometido.

Por todas esas razones parecería no existir un obstáculo para sostener que el menor podría decidir respecto de su propia responsabilidad penal en el marco de un acuerdo de juicio abreviado. La dificultad radica en ponderar las consecuencias disvaliosas que implicaría la mencionada negociación.

En definitiva, el dilema que se presenta es:

a) si se admite que el niño puede aceptar por sí mismo una decisión en perjuicio de sus intereses (como ocurre con la institución en análisis en aquellos supuestos donde sí se resuelve aplicar una pena, ya sea ella de ejecución condicional o de cumplimiento efectivo), derivada de un razonamiento liberacionista (37);

b) si, por lo contrario, se considera que la voluntad del niño debería quedar supeditada a la opinión de los operadores que representan sus intereses en el proceso penal, sobre la base de su capacidad disminuida (38) en el marco de una justicia penal singular con roles

específicos del defensor técnico, del asesor de menores (39) y del fiscal y orientada preponderantemente a su reintegración social, posición que se derivaría de una postura paternalista justificada (40); o, reiteramos, c) prohibir directamente la institución por razones de un orden diferente que las derivadas del grado de capacidad del niño.

El tema ha sido abordado por una cantidad de decisiones jurisprudenciales pero no en relación con el juicio abreviado, sino respecto de la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, en casos donde se había producido un choque entre la opinión del defensor técnico y lo expresado por el niño imputado. En ese sentido, se concedió la suspensión del juicio a prueba a un adolescente que la solicitó, pese a la oposición de su defensa técnica (41), al valorarse que el imputado tenía diecisiete años de edad, contaba con conocimiento de las consecuencias de su decisión y con el apoyo de su familia. Por otro lado, la jurisprudencia reciente ha valorado la capacidad del niño para aceptar la suspensión de juicio a prueba, pese a que al Tribunal no le pareciera la mejor opción (42).

En estos casos vinculados con una salida alternativa al proceso penal, la jurisprudencia ha otorgado amplia capacidad al niño, incluso cuando su decisión se oponía a lo propuesto por el abogado defensor y a lo que el tribunal consideraba más beneficioso; pero reiteramos que el análisis de esta tensión entre la voluntad del niño y los operadores de la Justicia especializada sólo pudo relevarse en la concesión de la suspensión del juicio a prueba, mecanismo que no implica asunción de responsabilidad penal alguna y sólo tiene como consecuencia el sometimiento a reglas de conducta. En la materia penal-juvenil, esta exigencia se considera satisfecha si los informes derivados de la actividad tuitiva del Estado bajo el nombre de *disposición tutelar* así lo acreditan, práctica conocida como *“probation retroactiva”* en la práctica forense nacional y federal (43).

El problema es que este reconocimiento absoluto a la voluntad de la persona menor de edad que se deriva de la jurisprudencia mayoritaria sobre suspensión del juicio a prueba no puede ser trasladado automáticamente al análisis de la asunción de la responsabilidad penal en el marco de un procedimiento de juicio abreviado, porque se trata de instituciones sustancialmente diferentes y que no implican similares consecuencias respecto del joven imputado.

Cabría preguntarse entonces cómo debería actuar la justicia especializada en los casos en los que se considere que la aplicación del instituto del juicio abreviado no pareciera la opción más razonable o más conveniente para el menor de edad. ¿Debería primar allí también la voluntad del niño, pese a que el abogado defensor confía en la posibilidad de obtener una absolución en el juicio oral (por ejemplo por falta de pruebas suficientes para acreditar el hecho imputado o por ser aplicable una causa de justificación) o a pesar que el asesor de menores considere que el sometimiento a un juicio oral por su sentido pedagógico resulta más beneficioso para el joven?

La otra opción surge de considerar que la voluntad del niño siempre debe quedar sujeta al “paternalismo justificado” aplicable en el proceso judicial, por el cual las autoridades judiciales encargadas de velar por la protección de sus derechos y garantías tienen competencia para limitar la aplicación de juicio abreviado en función del interés superior del niño, como se indicará más adelante.

En definitiva, queda claro que en el sistema legal argentino el niño, a partir de los dieciséis años de edad, adquiere una gran cantidad de competencias (laborales, civiles, políticas, entre otras), razón por la cual, ante la ausencia de una prohibición expresa, no parecería haber motivo legal para negarle —en forma general— la capacidad de consentir su responsabilidad penal en un acuerdo de juicio abreviado; pero como esa decisión puede contraponerse a

los consejos de su abogado defensor o del asesor de menores, el tribunal que tiene a cargo la homologación del acuerdo está obligado a ponderar si debe primar la decisión del niño o la de sus representantes, en función de los fines del proceso penal juvenil, la protección especial del niño y su interés superior.

ii. *Juicio abreviado con menores penalmente responsables celebrado una vez que cumplieron dieciocho años de edad*

Un escenario diferente se presenta cuando el joven ya ha cumplido los dieciocho años de edad y reconoce su responsabilidad por delitos cometidos antes de esa edad mediante el procedimiento del juicio abreviado. En este caso, la capacidad procesal del imputado no se constituye en un obstáculo. Incluso el mismo imputado podría haber acordado previamente un juicio abreviado en una causa penal iniciada por la comisión de un delito posterior cometido cuando ya era adulto en el marco de las normas procesales generales. Desde ya, sería una excepción al trato judicial diferenciado en el proceso penal juvenil, que sólo se admite respecto de ciertas cuestiones procesales, como ya lo ha esbozado la jurisprudencia (44).

II.3. *La asunción de la responsabilidad penal y el monto de la pena*

Un matiz singular de la justicia juvenil viene dado, porque el niño imputado sólo pacta y acepta su declaración de responsabilidad penal, pero no así el monto de la pena (tal como ocurre con este procedimiento simplificado cuando se trata de imputados adultos). Esto puede deberse, por lo general, a la falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 4º de la ley 22.278 (45) (vgr. el imputado tiene diecisiete años de edad o no estuvo sometido a un año de tratamiento tutelar). En este caso, la necesidad de la sanción penal juvenil y su monto serán objeto de un debate

CONTINÚA EN PÁGINA 6

NOTAS

(37) La tesis liberacionista se nutre del pensamiento liberal que reconoce el principio de autonomía personal, por el cual “(...) es valiosa la adopción individual libre de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos. Por lo tanto, sostiene que el Estado (así como también los demás individuos) no puede interferir en esa elección ni en la materialización de esos ideales y planes (...)”, NINO, Carlos, “Discurso moral y derechos liberales” en (del mismo autor) *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, Moral y Política II*, editor Gustavo Maurino, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2007, p.33.

(38) Véase *supra* nota 36.

(39) Vale recordar aquí que, en principio, quien debería asesorar al niño en cuestiones técnico-legales es el defensor técnico; sin embargo, últimamente ha crecido la tendencia de la jurisprudencia de otorgar mayores competencias al asesor de menores, de forma tal que actualmente es consultado en gran cantidad de actos procesales. Véase, entre muchos otros: “(...) El Ministerio de Menores ejerce una defensa especializada que no puede ser suplida por la defensa técnica, no obstante ser ambas obligatorias (...)”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº2 de Rosario, expediente nºFRO 83000133/2012, “G. J., R. s/ ley 23.737”, rto. el 30/09/13. En similar sentido: “(...) Se debió dar intervención al defensor de menores para que ejerza este plus de protección adicional, figura a la que debe recurrirse hasta que se disponga la defensa especializada conforme lo establece la normativa internacional y la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. La existencia de la figura del asesor de menores conforme la ley 22.278 no puede ser interpretada en desmedro de los niños/as. Entonces, considerar que la defensa técnica particular suple las falencias normativas existentes y que el defensor de menores no es necesario porque responde a un formato adscripto a la protección irregular implica hacer una interpretación que no se condice con el principio *pro homine* o *pro personæ* y el interés superior del niño/a. Este razonamiento llevaría a situar al niño/a en el mismo lugar que un adulto, que es justamente lo que el Bloque de Constitucionalidad Federal rechaza (...) En consecuencia debe interpretarse que el defensor de menores, hasta tanto no se modifique la ley 22.278, es indispensable en un proceso

penal donde está imputado un menor, dándole a esta figura el alcance establecido por la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 (...)”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, expediente nº25.759/2012, “R.M. d. V. s/ incidente de nulidad”, del 4/07/14. Finalmente, cabe reseñar el caso “O., S. S. y O., E. D por infracción ley 23.737”, expediente nºFPA 32009761/2011/2/CAI, del 03/04/13, de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, donde se entendió que: “(...) Una vez radicadas las actuaciones en el Juzgado Federal, el magistrado no dio cumplimiento a cuanto prescribe la referida ley. En tal sentido, al comparecer a prestar declaración indagatoria E. D. O., se le dio intervención a la Sra. Defensora Pública Oficial, como defensora del nombrado, sin dar participación al Ministerio Pupilar, tal como lo establece el art. 59 del Código Civil —lo que de por sí conlleva la nulidad de la misma de conformidad al art. 167 inc. 3 del Código de rito— (...)”. Por lo demás, un interesante análisis en el campo del Derecho de familia sobre el rol del asesor de menores fue realizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al remitirse a los fundamentos de la Procuración General de la Nación en el caso “M., G. c/ P., C. A.”, en CSJN, Fallos 335:1336.

(40) Sobre el concepto de paternalismo se ha expresado: “Una conducta (o una norma) es paternalismo si y sólo si se realiza (o establece): a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma)”, ATIENZA, Manuel, “Discutamos sobre paternalismo”, revista *Doxa*, nº5, Universidad de Alicante, 1988, p.203. En sentido coincidente se explica que “El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida”, GARZÓN VALDEZ, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, revista *Doxa*, Alicante, nro. 5, 1988, p.156.

(41) “(...) Dada la palabra al joven O., manifestó que había hablado con los integrantes del equipo interdisciplina-

rio y que era su voluntad acceder al beneficio ‘porque así lo controlan y lo acompañan para seguir portándose bien’ (...) Estima la Sala que los agravios de la defensa técnica se basan exclusivamente en que la aplicación del instituto no resultó su estrategia de defensa, sino que fue producto del asesoramiento del equipo interdisciplinario del juzgado a cargo y que no era beneficioso para su imputado el resultado obtenido (...) Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, como nuestra legislación, ley 26.061, reconocen la importancia de escuchar al joven. Teniendo en cuenta la edad de O. (17 años), como así también, que siempre fue acompañado por su padre el que tuvo una conducta activa con respecto a la problemática por la que atravesaba su hijo, no se puede dudar que la decisión del joven fue producto del conocimiento de las alternativas dentro del proceso, circunstancia que no puede ser desoída (...)”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, causa nº. 634/11, “O., G. C. s/ robo en tentativa” —suspensión del juicio a prueba—, 20/12/11, entre otros.

(42) “(...) El joven N. N. se encuentra sometido al régimen previsto en la ley 22.278 y sus modificatorias, legislación que en mi criterio resulta más beneficiosa, por cuanto contempla la posibilidad de absolver al menor (previamente declarado responsable), en virtud del resultado del tratamiento tutelar al que fue sometido (...) No obstante lo expuesto, en este caso en particular considero adecuado hacer lugar a la petición (...) por cuanto entiendo que posee capacidad suficiente para decidir en cuanto a lo que considere más conveniente a sus intereses, dando por terminado el estado de incertidumbre que pesa sobre él, que ante el cúmulo de tareas que pesan sobre esta judicatura, esa circunstancias se mantendría por largo tiempo (...)”, en Tribunal Oral de Menores Nº2 de la Capital Federal, causa nº 4.931 seguida a A. M. N. N., rta. el 11/07/08, entre muchos otros.

(43) La Justicia Nacional de Menores concilió la suspensión del juicio a prueba con el principio de especialidad al arribar a una conclusión innovadora: dar por cumplidas las reglas de conducta previstas en el artículo 27 bis del Código Penal que se le impondrían a la persona menor de

edad de manera retroactiva al inicio de su expediente de disposición con base en la similitud existente con las pautas de conducta impuestas a las personas adultas. De este modo una vez concedida la suspensión del juicio a prueba por parte del tribunal, de manera inmediata se decreta el sobreseimiento del joven si ya ha sido sometido a tratamiento tutelar por el lapso mínimo de un año (conforme a la pauta mínima temporal fijada en el Código Penal).

(44) En este sentido, puede mencionarse, a título de ejemplo, la limitación en la intervención de Defensor de Menores en el proceso penal juvenil: “(...) La razón de existencia e intervención necesaria de la Defensoría Pública de Menores, Incapaces y Ausentes responde a razones distintas de las que están en la base de la intervención necesaria de un defensor técnico, las facultades recursivas de los funcionarios de la primera no pueden entenderse idénticas a las del defensor técnico, sea este de elección o de la Defensa Pública (...) pero si al momento de la sentencia el imputado ya ha alcanzado la mayoría de edad, no tiene legitimación para invocar un interés en la protección de una persona que ya no es menor de edad, aunque se tratase de un hecho cometido cuando tenía entre dieciséis y dieciocho años de edad (...)”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa nº8.590, “G., F. M. s/recurso de casación”, del 25/09/08, entre otros, destacado agregado.

(45) Ley 22.278, art. 4: “La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2º - Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3º - Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo”

● VIENE DE PÁGINA 5

posterior (46), con la intervención necesaria del Ministerio pupilar en varias jurisdicciones del país. La necesidad y el monto de la pena requieren una valoración del fiscal y del tribunal, en la cual resulta indispensable considerar los resultados del tratamiento tutelar y la impresión actual de quien cometiera el hecho como adolescente, pero ya es una persona adulta.

En relación con este tema, la jurisprudencia ha dejado sin efecto sentencias condenatorias obtenidas por medio del juicio abreviado, porque no se había cumplido con las prescripciones procesales, ya que en el acuerdo sólo se había limitado a la mención de la existencia de los hechos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio, la participación del niño y las calificaciones legales asignadas, quedando excluido todo lo relativo al monto de pena (47). En otros precedentes, por lo contrario, se admitió que el Fiscal supeditara el pedido concreto de pena a los resultados del tratamiento tutelar en un debate posterior (48). Sin embargo, la certidumbre sobre la pena (o al menos, su techo) surge como un incentivo de envergadura para que el imputado celebre el acuerdo.

Por lo contrario, cuando al momento de resolver ya estuvieran presentes todos los requisitos del art. 4º de la ley 22.278, esto es, que el imputado haya alcanzado la mayoría de edad y cumplido con el año de “tratamiento tutelar” (requisito sustituible por un informe socio-ambiental como indicamos anteriormente), no existirían obstáculos legales para que el acuerdo incluya la necesidad y el monto de la pena.

Una cuestión adicional a tener en cuenta es que el Régimen Penal de la Minoridad interpretado en forma compatible con los estándares internacionales de derechos humanos exige, en el caso de considerar necesaria la pena, la aplicación de la escala penal reducida del mismo modo que la tentativa (49), tal como lo ha resuelto la Corte Suprema en el conocido precedente “Maldonado” (50).

En este sentido debe recordarse que el Código Procesal Penal de la Nación limita la procedencia del juicio abreviado a delitos cuya pena sea inferior a los seis años de prisión (incluso en varias legislaciones provinciales este techo es ampliamente superior).

Ello implica que el uso del juicio abreviado sería más amplio para los delitos cometidos por menores de edad, porque la reducción imperativa de la escala penal va a determinar que proceda para ciertos delitos graves, lo que no sería admisible, según la normativa procesal

nacional, cuando el hecho delictivo es realizado por un adulto. Por ejemplo, el homicidio simple prevé una pena de 8 a 25 años de prisión o reclusión, (51) por lo que el juicio abreviado resulta improcedente si el hecho es cometido por un mayor; pero si el delito es cometido por una persona menor de edad, la escala penal es de 4 a 16 años y 8 meses de prisión o reclusión, por lo que sería perfectamente procedente el juicio abreviado.

Otro problema relacionado con la utilización del juicio abreviado en la justicia juvenil se presenta cuando el acuerdo se refiere a una pena de cumplimiento efectivo. La distinción debe ser necesaria, pues no es lo mismo consentir un juicio abreviado cuando se sabe que no habrá pena o que ella no será de efectivo cumplimiento que respecto de aquellos casos en donde el cumplimiento de la pena se aplicará necesariamente.

Es cierto que en ambos casos (penas de efectivo cumplimiento y condenas de ejecución condicional) lo que se consiente es la privación de la libertad, sólo que en un caso (ejecución condicional) va a estar subordinado a una condición suspensiva. No obstante, la evidencia del problema es mucho mayor cuando la pena ha de ser, sí o sí, cumplida, pues en materia de ejecución condicional siempre cabe la posibilidad de pensar en un efectivo control del comportamiento del niño durante de acuerdo a las pautas de conducta fijadas por el juez, que pueda permitir brindar respuestas menos represivas a la situación del joven. En definitiva, es posible que en ambos casos sean realmente problemáticos, pero lo que es seguro es que existe una diferencia cuantitativa considerable entre los dos supuestos, pues en uno se tiene la certeza de la pena; y en el otro, no.

El problema que allí surge finca en que la pena, por regla, constituye un mal, es decir, un desmedro en los derechos del condenado. En punto a ello, es absolutamente discutible que el niño pueda consentir un daño semejante, que tiene severas repercusiones en toda su vida. El ordenamiento jurídico, cuando reconoce amplias competencias al niño en cuanto a la toma de decisiones, no reconoce, en general, la posibilidad de que consienta comportamientos autolesivos (dañosos) y que puedan significar futuras restricciones al ejercicio pleno de su autonomía. Así, por ejemplo, el niño no puede consentir ser víctima de la producción de pornografía infantil o de prácticas sexuales que puedan afectarlo. Tampoco puede consentir trabajos que lo perjudiquen en su desarrollo o educación. El niño ni siquiera puede consentir auto-excluirse de su educación (es obligatoria hasta los dieciocho años de edad). Tampoco puede realizar prácticas autolesivas para su

salud como fumar o beber alcohol (52). En definitiva, aun cuando el Estado reconoce que el niño puede decidir gran cantidad de aspectos de su vida y participar en la vida cívica, no permite que decida por su autolesión o que condicione severamente la posibilidad de desarrollar su proyecto de vida en el futuro.

Si ello es así, no parece razonable suponer que el niño pueda consentir la aplicación de penas privativas de la libertad de efectivo cumplimiento y, además, prolongadas en el tiempo, las que, sin lugar a dudas, constituirán daños severos en sus derechos fundamentales con graves repercusiones en toda su vida.

II.4. Admisibilidad de la negociación de la responsabilidad a cambio de una disminución de la pena en expectativa en función del principio de protección especial a la niñez

En esta sección nos preguntamos respecto de si el imputado por cometer un delito cuando era menor de edad tiene la posibilidad, en función del principio de protección especial (art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de negociar su responsabilidad a cambio de una reducción potencial de la pena en expectativa que le correspondería.

Al momento de definir el estándar de garantías en el proceso penal juvenil, el Comité de los Derechos del Niño (53) expresó que: “ (...) En armonía con lo establecido en el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, la Convención dispone que no se obligará a un niño a prestar testimonio o a confesarse o declararse culpable. Estos significa, en primer lugar —y desde luego— que la tortura, o el trato cruel, inhumano o degradante para extraer una admisión o una confesión constituye una grave violación de los derechos del niño (artículo 37 a) de la Convención) y totalmente inaceptable. Ninguna admisión o confesión de ese tipo podrá ser invocada como prueba (artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes) (...) Hay muchos otros medios menos violentos de obligar o inducir al niño a una confesión o a un testimonio autoinculpatorio. El término ‘obligado’ debe interpretarse de manera amplia y no limitarlo a la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. La edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión pueden inducirle a confesar lo que no es cierto. Esa actitud puede ser aún más probable si se le promete una recompensa como ‘podrás irte a casa en cuanto nos digas la verdad’, o cuando se le prometen sanciones más leves o la puesta en libertad” (el destacado nos pertenece) (54).

El estándar fijado para el proceso penal juvenil es por demás claro: no se le debe prometer al imputado una pena más leve o el adelanto de su liberación para lograr que asuma su responsabilidad penal (55). Téngase en cuenta que este estándar de garantía debe regir durante todo el proceso penal juvenil, aun cuando el imputado alcance la mayoría de edad durante su desarrollo. De lo contrario, la extensión del proceso con la consecuente adulez del imputado provocaría que se perdiera el alcance otorgado a las garantías en el proceso penal juvenil en función del principio de protección especial.

El problema ocurriría en aquellos casos en los que nos encontremos frente a un supuesto en el que un joven haya alcanzado la mayoría de edad se pretenda acordar el monto de la pena y se considere que el estándar de esta garantía es aplicable al caso concreto. Imaginemos que sobre el delito imputado al joven existe una amenaza de pena de 2 a 4 años de prisión. El estándar parecería traducirse en que el fiscal no podría ofrecer un acuerdo con una pena de 2 años y 6 meses (que podría ser de ejecución condicional), porque le estaría ofreciendo “una pena más leve” o “la posibilidad de obtener la libertad”. Esta limitación desvirtuaría toda viabilidad de aplicar el juicio abreviado.

Una respuesta a esta objeción sería que el fiscal, cuando decida comenzar una negociación con el imputado, hiciera un ofrecimiento de pena que no pudiera incrementarse en el juicio oral. De esta forma, si el imputado aceptare el ofrecimiento no obtendría la “recompensa” de una pena inferior o, llanamente, su libertad. En otras palabras, el joven sabría que si resultare condenado en un juicio oral, recibiría como máximo la pena ofrecida por el fiscal en esta instancia. En consecuencia, al consentir el ofrecimiento no se motivaría por la eventualidad de recibir una pena mayor tras el juicio oral, sino porque prefiere no someterse a esa instancia procesal.

Desde ya, la preservación de este criterio implica regular en forma específica el juicio abreviado en la justicia penal juvenil a fin de formalizar el procedimiento y asegurar que el ofrecimiento de pena por el fiscal se incorpore a las actuaciones judiciales y no pueda ser modificado en perjuicio del imputado en el juicio oral.

Por lo expresado cabe concluir que en la negociación del juicio abreviado, de manera general, se debería eliminar cualquier posibilidad de que el joven imputado se viera coaccionado por parte del Estado, de cualquier forma; sin embargo, tal pretensión parece imposible de verificarse en la práctica dadas las características de la institución procesal abordada en este trabajo (56).

{ NOTAS }

(46) Una postura contraria a la aplicación del juicio abreviado en el proceso penal juvenil rechazó la posibilidad de un debate que se redujera únicamente a la necesidad de imposición de la pena al imputado menor de edad y su monto: “(...) Todos los que acordaron proceder por la vía abreviada debatieron, sin embargo, sobre la posibilidad de imponer inmediatamente pena, o en su defecto de diferir el pronunciamiento sobre la pena en los términos del art. 4 de la ley 22.278. También observo que allí se ha discutido sobre la medida de la pena, y sobre la posibilidad de absolver al imputado o imponerle una pena reducida según la escala de la tentativa. En otros términos el imputado ha renunciado a la realización del debate, y los representantes del ministerio público y del ministerio de la defensa han renunciado sólo al debate sobre los hechos, su significación jurídica y sobre la responsabilidad del imputado, pero no al debate sobre la pena, y han debatido, sin realizar la audiencia de debate que regula la ley (...)”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 8.443, “R., C. A. s/ recurso de casación”, del 2/09/08, del voto del Juez García.

(47) Al respecto se consideró: “(...) El acuerdo que las partes presentan ante el tribunal, en el marco de un juicio abreviado, debe abarcar la pena individualizada, pues ella es precisamente la verdadera respuesta penal que el condenado habrá de afrontar. En caso contrario, de admitir la posibilidad de que se imponga una sanción respecto de la cual

no prestó su consentimiento, se vería desvirtuado el sentido mismo del instituto en cuestión (...)”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa n° 7.158, “C., J. E. s/ recurso de casación”, del 18/05/09, del voto del Juez Diez Ojeda.

(48) Se sostuvo que: “(...) La reducción punitiva prevista en la ley 22.278 es un beneficio especial que es ajeno a la graduación de la pena. A lo que cabe agregar la falta de sustento de las afirmaciones de la defensa, pues de la lectura de las actas de juicio abreviado surge que, contrariamente a lo argumentado por la recurrente, el Fiscal estimó suficiente una pena de prisión... ‘el caso de que la imposición de la misma, en su totalidad o con la reducción prevista en el art. 4º de la ley 22.278 surja como necesaria del resultado del tratamiento tutelar al que el menor se encuentra sometido, aspecto sobre el que opinará oportunamente...’. Y al expedirse sobre ese extremo de la causa principal el Representante del Ministerio Público solicitó la aplicación de las penas requeridas en su oportunidad, que se practique la unificación correspondiente en función de las condenas que registraba el imputado y, finalmente, en atención a las malas referencias que surgían del expediente tutelar, consideró que A. L. no era merecedor de la mentada reducción punitiva (...)”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa n° 3.118, “A. L., C. A. s/ recurso de queja”, del 21/03/01, entre otros.

(49) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, ya cit., párrs. 10 y 71.

(50) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343.

(51) Código Penal, art. 79.

(52) Entre otros ejemplos de políticas de protección al niño que le impiden realizar conductas autolesivas se puede mencionar la ley 26.968, sobre solventes orgánicos volátiles (sancionada el 6/08/14, promulgada de hecho el 27/08/14 y publicada en el B.O. del 29/08/14) que prohíbe la venta, expendio o suministro a cualquier título a menores de edad de adhesivos, pegamentos, cementos de contacto, selladores o similares que contengan en su formulación más de un diez por ciento (10%) p/p (peso en peso) de solventes orgánicos volátiles susceptibles de ser inhalados para provocar efecto psicoactivo o estado de alteración mental (art. 1º).

(53) Reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como “(...) intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención (...)”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 331:2047, del considerando 4º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Con anterioridad ya se había expresado en cuanto a ese rol del citado Comité: “(...) El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención (...)”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, del considerando 9º del voto de los Jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

(54) Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, ya cit., párrs. 56 y 57.

(55) No es ocioso resaltar como lo advirtiera Bovino con relación al sistema anglosajón “ (...) que la pena que se impone a quien es condenado en juicio es sustancialmente más severa que la impuesta a quien renuncia a su derecho (...) no se puede afirmar que el sistema ‘beneficia’ a quienes confiesan, sino, por el contrario, que perjudica a quienes no lo hacen, es decir, a quienes ejercen su derecho constitucional de obligar al Estado a probar la imputación en juicio (...)”, BOVINO, Alberto, “Simplificación del procedimiento y ‘juicio abreviado’”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año IV, n° 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 533. De allí se sigue que ni siquiera puede sostenerse con seguridad que la pena sería realmente menor, sino que, antes bien, el niño recibiría un “castigo adicional” por no haber acordado con la acusación.

(56) Está regla, en verdad, también podría pensarse con relación al juicio abreviado en adultos. El Código Civil aún vigente establece en el artículo 842 que “[l]a acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público”. Esta regla podría interpretarse en el sentido de que el juicio abreviado se opone a la regla civil; pero también podría interpretarse que la

II.5. El sentido del juicio abreviado como sistema de eficacia y eficiencia para obtener condenas vs. la finalidad educativa del proceso penal juvenil

Otro tema que debe ser considerado es si el juicio abreviado resulta compatible con la función de reintegración social característica de la pena juvenil.

La normativa constitucional (57) y su interpretación (58) consideran preponderante esta finalidad, lo cual implica una diferencia de énfasis en sus fines con la pena aplicable a una persona adulta, además de considerar a la Justicia penal y a la pena como una solución excepcional. Es decir que arribar a una condena de responsabilidad penal por el mecanismo de juicio abreviado exigiría por parte de los operadores un cuidadoso ejercicio al momento del debate posterior sobre la imposición de una pena (59) que no puede desvirtuar su objetivo (60).

{ NOTAS }

prohibición solamente alcanza al hecho de que se puedan efectuar negociaciones en cuanto a las calificaciones y la pena a imponer. Por su parte, en el nuevo Código Civil, en su artículo 842 establece que “[n]o puede transgirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público”. Difícilmente pueda pensarse en algo más emblemático que comprometa el orden público, que el juicio penal.

(57) La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 40.1: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el 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 y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

(58) Para el más Alto Tribunal, “(...) El mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más restrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento (...) De la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto [...]”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, de los considerandos 22 y 35 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(59) Véase esta interesante valoración de las circunstancias personales y familiares del imputado menor de edad al momento de decidir la imposición de una pena: “(...) la Licenciada C. B., refirió que el encartado proviene de un grupo familiar en situación de exclusión social, que debe implementar diversas ‘estrategias de sobrevivencia’ y que atravesó varias ‘crisis de integración’ familiar. Más adelante, especificó que ‘...la actual pareja de la progenitora —padre de los dos hermanos menores del joven, uno de ellos paciente de una enfermedad en la médula ósea— sufrió un accidente cerebro-vascular en el mes de octubre de 2012, lo que ocasionó su interrupción laboral— tarea que desarrollaba como pocero en la zona de residencia y llevaba a trabajar consigo al joven V. A.—, situación que arrojó al tutelado y a su madre al cartoneo para la subsistencia del grupo’. Agregó que ‘(dicha circunstancia habría propiciado en el joven su incursión en el consumo de sustancias tóxicas, problemática de larga data. Al momento de inicio de la presente (...) residía junto a su madre, la pareja de ésta y siete hermanos. En su evaluación de admisión, pudo referir el compromiso adictivo que padecía y a partir del cual asistía —desde seis meses antes— al CPA de San Miguel dos veces por

Dicho esto, cabe destacar que, como se mencionó al comienzo, el instituto del juicio abreviado no tiene su origen como un instituto garantizador de los derechos del imputado, sino como un instrumento para agilizar los procesos en el marco de un sistema de Justicia saturado que, de otro modo, no podría llevar a cabo la innumerable cantidad de debates orales que deberían tener lugar según el número de causas en trámite. Sin embargo, y desde este punto de vista, surge el interrogante respecto de si estos criterios de eficiencia y eficacia en la persecución penal pueden trasladarse sin más al derecho penal juvenil, más cuando las audiencias de juicio no suelen ser muy extensas ni complejas por el tipo de delitos cometidos por las personas menores de edad (predominantemente, delitos contra la propiedad privada y los imputados son detenidos en situación de flagrancia).

semana y concurría una vez por semana junto a su madre a los talleres educativos de carpintería y electricidad dictados en la Iglesia (...) la progenitora y sus hijos se dedicaban a abrir puertas de taxis en la zona, recibiendo ayuda de alimentos y ropa en la Iglesia antes referida (...) Asimismo habría transcurrido los seis meses anteriores a su internación en el Centro terapéutico’... ‘desde donde asistía a la escuela, acompañado por un operador, y también visitaba a su madre’ (...), Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n°16.636, “V. A., F. D. s/recurso de casación”, del 19/11/13, del voto de los jueces Ledesma y Sloskar.

(60) “(...) Las partes presentaron un acuerdo en los términos del art. 431 bis del Código Procesal Penal, en el que el Sr. Fiscal General, requirió que la nombrada sea declarada penalmente responsable del ilícito atribuido y condenada, a resultas del tratamiento tutelar, a la pena de tres años de prisión y costas. Asimismo, no se opuso a que se aplique la reducción de pena prevista en el artículo 4º de la ley 22.278, por lo que, en definitiva, solicitó que se condene a V. a la pena de un año y seis meses de prisión y costas. Por su parte, la epigrafiada, prestó su conformidad con la existencia del hecho, como así también, la participación que le cupo, consintiendo la calificación legal propugnada. A su vez las defensoras intervinientes solicitaron que la pena sea en suspenso. Luego de haber tomado conocimiento personal de la encartada, quedó el proceso en condiciones de ser fallado (...) Debo aclarar que, aun cuando tenga la convicción de que los menores que posean entre 16 y 17 años de edad al momento de los hechos no deben ser sancionados en la misma medida que los mayores, por cuanto carecen de suficiente madurez como para advertir el verdadero alcance y consecuencias de su obrar delictivo, ello en modo alguno implica que la absolución que prevé el art. 4º de la ley 22.278 deba aplicarse automáticamente simplemente por tratarse de un menor. Entiendo que la no aplicación de pena debe ser la respuesta estatal al esfuerzo del joven en poder —en la medida de sus posibilidades— integrarse a la sociedad en forma pacífica, efectiva y constructiva, respetuosa de los derechos de terceros; puesto de manifiesto durante el seguimiento tutelar, circunstancia que deberá sopesarse con las características del hecho cometido. El fin de prevención especial y la protección de la sociedad hacen, en determinados supuestos, necesario y adecuado imponer una pena —inclusive privativa de la libertad— a aquellos que han delinquido siendo menores de 18 años de edad, ello, desde ya, sin perder de vista la naturaleza de la sanción y las consecuencias positivas y negativas para quien deba cumplirla (...), Tribunal Oral de Menores N°1 de la Capital Federal, causa n°7.901, del 19/08/14. Sobre el tema, véase BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniario, “La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación”, en *Estudios sobre edad penal y derechos del niño II*, Mary Beloff (Directora), en preparación.

(61) “(...) Respecto de la afirmación sentencial que estableció que ‘la aplicación de una pena favorecerá el proceso educativo iniciado’, debe señalarse que el tribunal omitió por completo la posibilidad de asegurarle al menor el acceso a los medios de educación sin necesidad de un efectivo encierro (...)”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa n°11.335, “G, J. M. A. s/recurso de casación”, rta. el 11/05/11, entre otros.

(62) “(...) El sistema de la ley 22.278 colocó al margen de su consideración la finalidad retributiva de la pena, imponiendo al juzgador el prudente examen sobre la necesidad de su aplicación, que en caso afirmativo deberá en su individualización ajustarse a las pautas que la propia norma establece sin olvidar sus fines tutelares y recuperativos (...)”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa

Si se piensa al derecho penal juvenil como un derecho de carácter educativo (61), cuyo aspecto retributivo ha sido vedado (62) y cuyas funciones preventivas generales se ven drásticamente debilitadas (63), no parece ser el juicio abreviado el mejor camino, pues se instrumenta en un trámite que en la realidad forense de nuestros tribunales se ha transformado, como ya indicamos, en casi *administrativo* (64).

La propia especialidad del enjuiciamiento juvenil anularía la posibilidad de celebrar un juicio abreviado, ya que tanto la pena como el proceso tienen funciones simbólicas cuando se trata de niños (65), pues en el debate oral puede comprender más claramente que el Estado le reprocha la realización de un comportamiento ilícito (66). Esta actuación de la administración de justicia tiene un fuerte sentido pedagógico que le demuestra al niño

n°3.719, del 14/08/03, del voto de la Jueza Berraz de Vidal, entre muchos otros. Véase también Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 328:4343, del considerando 22 del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

(63) El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°10 —sobre la base del interés superior del niño y del primer párrafo del artículo 40 de la Convención— expresó que: “(...) La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública (...) La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención (...)”, párrs. 10 y 71.

(64) “(...) Creo que no es posible utilizar el juicio abreviado para adolescentes, por la misma razón que lo torna conflictivo para los adultos, esto es, la vulneración de garantías, pero, además, por otra razón específica. Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone la nueva justicia juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido (...)”, en BELOFF, Mary, “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos”, revista *Justicia y Derechos del Niño* N°3, nota 55, UNICEF, Buenos Aires, 2001, p.22..

(65) Véase en un caso concreto la importancia de la dimensión educativa mencionada: “(...) La gran colaboración prestada por los padres de los tres implicados, quienes se mostraron muy preocupados en todo momento por el comportamiento de sus hijos, y los acompañaron permanentemente, en especial, en la visita y clase educativa en el Museo de la Shoah, de la cual también participaron con suma atención y apoyando la medida que se estaba llevando a cabo (...) de la contemplación de la letra constitucional enfocada en materia de juventud, en especial, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, que integra nuestra Ley Suprema desde 1994, cuya guía primera y fundamental es velar por el interés de los niños, niñas y adolescentes involucrados en un conflicto, estoy convencido de que, en el caso concreto, tanto mejor ha sido educar que reprimir; en definitiva, corresponde darle a estos chicos otra oportunidad, ahora sí con un horizonte de conocimientos mayor sobre el asunto aquí en cuestión (a partir de la medida educativa impartida), de modo tal de propender a su inclusión social, y no a su definitiva exclusión, a través de lo que hubiera sido su persecución penal y en definitiva, su estigmatización y reafirmación en el rol que se le ha pretendido imponer en los primeros tramos de la investigación, como *skinheads* o neonazis, que no lo eran, pero que eventualmente podrían terminar siéndolo si se adoptaban otras vías desde el ejercicio de poder punitivo estatal (...)”, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal n°9, “N.N.”, del 5/09/05, entre los primeros.

(66) Nótese como en ocasiones, y por motivos diversos, esta dimensión educativa del proceso penal juvenil se diluye: “(...) Dado que se encontraba acreditado que T.R.F.Z.

que su comportamiento ha sido incorrecto y que por ello debe cargar con las consecuencias de su conducta que ha afectado bienes jurídicos protegidos.

Todo este sentido se diluye en el juicio abreviado, convertido en un trámite administrativo, en la medida en la que el niño simplemente acuerda su responsabilidad penal, pero no cuenta con un espacio para reconocer y conectarse con la legalidad, la declaración de la víctima y el reproche que el Estado y la sociedad le formulan. Esto se acentúa cuando la pena a aplicar no es de cumplimiento efectivo por ser inferior a los 3 años de prisión (67) o se absuelve en los términos del art. 4º de la ley 22.278 (68), lo cual resulta ser una paradoja adicional dado que, en términos ideales, la mejor pena juvenil

CONTINÚA EN PÁGINA 8

al momento de los hechos tenía 17 años de edad, debía aplicársele el régimen previsto en la ley 22.278. Por lo que solicitó en consecuencia, que se lo declare penalmente responsable por la comisión del delito que se imputa. Sin perjuicio de ello, indicó que debía contemplarse que el nombrado no fue sometido a un tratamiento tutelar, y que de haberse implementado oportunamente, ya hubiera superado con exceso el término de un año, extremo el cual no podía ser considerado en su perjuicio, por lo que se debía estar a las constancias incorporadas en autos. En ese aspecto reseñó, que de la compulsión de los actuados se desprendía una evolución en la reinserción familiar, con intenciones de continuar con su actividad estudiantil y que había iniciado una actividad laboral, a lo que se sumaba la falta de antecedentes penales, circunstancias éstas que permitían considerar su reinserción en la vida social. Sentado lo expuesto, consideró innecesaria la aplicación de una pena, por lo que de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del inc. 3º del artículo 4 de la ley 22.278, junto con la señora Asesora de Menores solicitaban su absolución. Por último, la Representante del Ministerio Público Fiscal solicitó a esta judicatura, que (...) se declare penalmente responsable a T.R.F.Z., como coautor del delito de lesiones en riña (arts. 45 y 95 del C.P.) y se lo absuelva en los términos del art. 4 de la ley 22.278. Finalmente, solicitó el decomiso de los dos cuchillos de cocina secuestrados, por considerar que tales elementos han servido para la comisión del delito, de conformidad con lo previsto en el art. 23 del C.P. Del mismo modo, los acusados ratificaron su deseo que se imprima a este proceso el trámite que establece el art. 431 bis del Código Procesal Penal, por lo que sus Defensores y la Asesora de Menores, les explicaron los hechos que se les imputan, el grado de autoría como así también la pena solicitada. Al tomar conocimiento ‘de visu’ de los enjuiciados, estos refirieron que ratificaban el convenio celebrado con la representante del Ministerio Público Fiscal y que comprendían cabalmente sus alcances y consecuencias. Notificado el acuerdo de juicio abreviado presentado en el marco de este proceso a la parte querellante, el día 22 de octubre del corriente año, no se pronunció al respecto (...) El Ministerio Público Fiscal promueve la declaración de responsabilidad penal por el delito de lesiones en riña y la absolución en virtud de que ha transcurrido holgadamente los plazos en los que se le debería haber aplicado el tratamiento tutelar que prevé la ley 22.278. Extremo éste que aparece con claridad aplicable al caso ya que no puede endilgarse al joven las fallas estructurales del sistema penal de menores. Máxime debe tenerse presente la evolución favorable de los informes socio-ambientales (...)”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°5 de la Capital Federal, causa n°1.599, seguida contra M. N. C., N. N. M. G. y R.T.F.Z., del 16/12/13.

(67) Código Penal, art. 26: “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediere los tres años de prisión (...)”.

(68) Pudieron relevarse casos en que se dictado la absolución de delitos que presentan cierta gravedad, por

● VIENE DE PÁGINA 7

es la que no consiste en la privación de libertad (69).

En esta línea de ideas, la priorización de la eficacia y eficiencia en cuanto a lo obtención de condenas frustraría de manera absoluta el fin educativo que para el niño pueda tener un debate oral, en el cual se discuta acerca de su responsabilidad y le permita comprender el sentido negativo de su comportamiento (70).

De todos modos, para tomarse en serio esta idea, hay que pensar adecuadamente las prácticas procesales, la participación del joven en el proceso judicial y la intervención de los equipos técnicos interdisciplinarios. Ya se ha cuestionado que el joven poco entiendo del proceso penal (71) y la realidad forense demuestra que, en muchos casos, el lenguaje utilizado en el proceso, las discusiones técnicas producidas, las formalidades del acto procesal y, por otro lado, la falta de información y de conocimiento del joven, su inmadurez, sus sentimientos de miedo, ansiedad o nervios, conspiran contra este objetivo.

Es muy probable que el joven desee que el juicio oral termine cuanto antes y con el resultado más favorable posible, sin llegar a estar dispuesto a prestar atención a lo que ocurre (72) y a participar más activamente (73).

Otro aspecto problemático es el llamado en la práctica forense juicio “breve”, utilizado en la justicia penal ordinaria en casos en los cuales no resulta procedente el juicio abreviado por superar el acuerdo el monto de la pena permitido. Esta variante consiste en incorporar con la conformidad de las partes toda la prueba al debate por lectura y el imputado declara atribuyéndose la responsabilidad por el hecho endilgado e, inmediatamente, se formalan los alegatos y se condena (74). El ob-

jetivo es acortar la duración del juicio, prescindir de la declaración de testigos, evitar la posibilidad de que se presenten recursos y acordar el monto de la pena aplicable. De modo que se podría sortear una prohibición del juicio abreviado en el sistema penal juvenil con la aplicación práctica del juicio “breve”, lo cual tendría las mismas consecuencias no deseadas.

En definitiva, tanto la sanción penal como el proceso mediante el cual ella se aplica tienen finalidades educativas. Dado que el juicio abreviado anula la función educativa, en la medida en la que se basa en razones de eficiencia y eficacia sin generar un espacio institucional adecuado para que el joven comprenda el sentido disvalioso del acto imputado y su responsabilidad, es incompatible con los principios rectores de la justicia juvenil.

III. Conclusiones

De acuerdo con el análisis realizado a lo largo de este trabajo, es posible concluir que:

a) El legislador ha reconocido a las personas menores de dieciocho años de edad competencias diferentes para ejercer derechos en diversos ámbitos (derechos ciudadanos, laborales, sexuales y en materia de salud, por citar algunos representativos). Al mismo tiempo, ha creado normas que sancionan conductas mediante las cuales un adulto se aprovecha de un niño considerado incapaz para ejercer su autonomía (protecciones cruzadas). De ese régimen cruzado de habilitaciones y protecciones no puede concluirse categóricamente que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio que excluya otras opiniones expertas respecto de la aceptación de una negociación en el marco de un juicio abreviado cuya consecuencia es la aplicación de una pena.

b) El principal problema de la aplicación del juicio abreviado en el proceso penal ju-

venil es su incompatibilidad con el principio de especialidad derivado del derecho de los niños a su protección especial y la preponderancia de la finalidad de reintegración social. Está comprobado que este instituto se traduce en el uso masivo y generalizado de una respuesta punitiva de baja calidad, burocrática y alejada de los ideales de resocialización determinados por el *corpus juris* de protección de derechos a la infancia. De ahí que pueda concluirse que una regulación compatible con los estándares internacionales lo excluya de la justicia juvenil.

c) Debe no obstante distinguirse el trato especial al que un menor de dieciocho años imputado de un delito tiene derecho en función del momento procesal en el que se discute la aplicación de un juicio abreviado, dado que la capacidad procesal necesaria para que la persona imputada preste conformidad para el juicio abreviado depende del momento en el que se realiza el acto procesal. En relación con quienes no hayan cumplido dieciocho años, no se encuentran en condiciones de consentir daños y restricciones a sus derechos fundamentales por lo que no podrían acordar, por ejemplo, penas privativas de libertad de efectivo cumplimiento. Ello en razón de la capacidad disminuida y del fin educativo rector de la justicia juvenil tanto en sus aspectos procesales como sustantivos.

d) Por lo expresado en c), la restricción a la celebración de un acuerdo con menores de dieciocho años no regiría respecto de personas que ya hubieran cumplido esa edad al momento de expresar su voluntad al respecto.

Si bien la asimilación de los niños a los adultos en distintas áreas ha implicado un profundo y extendido reconocimiento de derechos, la simple y llana aplicación de institutos previstos en el Código Procesal Penal que no se orientan a garantizar derechos, sino a satisfacer demandas de eficacia tiene conse-

cuencias negativas en el procedimiento penal juvenil. Lo que en un primer momento fue celebrado como el reconocimiento de garantías procesales y sustanciales (recuérdese lo ocurrido con la asistencia técnica, el acceso a las constancias tutelares, la revisión de todas las resoluciones judiciales —incluso la declaración de responsabilidad penal—, los cómputos privilegiados para los plazos de internación o la suspensión del juicio a prueba), comienza a ser criticado como expresión de un endurecimiento del régimen penal juvenil que pierde de vista la singularidad de los sujetos destinatarios de sus procedimientos.

El nuevo proceso penal juvenil, fruto de reformas legales y de nuevas prácticas jurisprudenciales, puede ser analizado desde dos perspectivas bien diversas: como un punto de llegada que logró equilibrar las tensiones entre la justicia tutelar clásica y el debido proceso legal, o como un punto de partida razonable para debatir los alcances del trato diferenciado a la infancia en el proceso penal. Del camino que se elija dependerá la subsistencia de un sistema de justicia penal juvenil respetuoso de la diferencia de trato entre niños y adultos, o la inclusión de los niños en el sistema penal general, en contra de todas las prescripciones internacionales y regionales en ese sentido, pero tal como parece ser la tendencia que muestra la experiencia latinoamericana del último cuarto de siglo. ●

Cita on line: AR/DOC/1153/2015

! MAS INFORMACIÓN

Silvestroni, Mariano H., “Menores y juicio abreviado. El peligro de generalizar”. LLBA 2013 (marzo), 134.

Pirozzo, Jorge Daniel, “Procedimiento abreviado, monto y unificación de penas y juicio de menores”. LALEY, 2010-B, 211.

{ NOTAS }

ejemplo, un hecho de abuso sexual agravado por haber sido cometido contra una persona menor de 13 años, mediante amenazas y aprovechándose de la situación de convivencia preexistente (este delito tiene una escala penal prevista en el Código Penal de 3 a 10 años de prisión). Las partes presentaron un acuerdo en los términos del art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, en el que el señor Fiscal General recalificó el hecho como abuso sexual agravado por haber sido cometido respecto de una persona menor de 13 años de edad, mediante amenazas, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el damnificado (art. 119 primer párrafo e inc. f del Código Penal) y solicitó que el encausado S. fuera declarado penalmente responsable del ilícito referido, proponiendo la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, que estimó innecesaria por aplicación del art. 4 de la ley 22.278, en virtud de los informes positivos agregados al expediente tutelar del menor y al buen comportamiento demostrado con posterioridad al hecho que se le enrostra. El imputado con la asistencia técnica prestó su conformidad con la existencia del hecho y su participación, consintiendo la calificación legal propugnada. En el acta de acuerdo de juicio abreviado han solicitado también la absolución del nombrado, conforme lo previsto en la ley minoril, basándose en los distintos informes positivos que surgen del expediente tutelar respectivo y en el buen comportamiento demostrado con posterioridad al hecho atribuido (Tribunal Oral de Menores N°1 de la Capital Federal, causa n° 3.599, del 26/03/14, entre otros).

(69) Resulta paradójico en este sentido que, a contrario de lo que ocurre con el juicio abreviado, en la suspensión del juicio a prueba al imponérsele pautas de conducta (salvo en los casos de *probation* retroactiva) el niño puede internalizar que su comportamiento tiene consecuencias jurídicas pues la solución del caso no se agota en un mero acto administrativo, sino que se prolonga en el tiempo a través del control estatal. La paradoja se presenta si se tiene en cuenta que el instituto de la suspensión del juicio a prueba se aplica para situaciones de menor gravedad y respecto de las cuales el imputado no asume su responsabilidad. En síntesis: ante una res-

puesta estatal que debería ser más severa (la condena del juicio abreviado) el niño puede no sentir la imposición de la ley, mientras que ante una respuesta más leve (la suspensión del juicio a prueba), puede tomar conciencia de la incorrección de su comportamiento.

(70) “(...) El niño deberá ser informado en unos términos que pueda comprender. Para ello podrá requerirse que la información se presente en un idioma extranjero, pero también una ‘traducción’ de la jerga jurídica oficial que a menudo se usa en las imputaciones penales contra menores en un lenguaje que el niño pueda comprender (...) A menudo no basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que puede requerirse una explicación oral. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la información de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias (...)”, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10, ya cit., párrs. 47 y 48.

(71) En su investigación sobre jóvenes delincuentes desde mediados de los ‘50 a mediados de los ‘60 en los Estados Unidos, David Matza concluía que: “(...) Pocos delincuentes juveniles pueden expresar algo más que una sensación de injusticia que los hace hervir de rabia, aunque no pueden explicar por qué tienen esa sensación de injusticia. Ese es nuestro trabajo. Ellos no pueden explicarlo, en parte, porque son muchachos semianalfabetos todavía en edad escolar, pero principalmente porque también ellos, como todos los demás, están confundidos por lo que ocurre en el tribunal de menores; en algunos sentidos, incluso más confundidos que el resto. Además de estar expuesto a las fuentes de desorientación normales, el delincuente juvenil queda todavía más confundido porque, lamentablemente, a duras penas entiende las palabras que se utilizan en el tribunal. Como *el extranjero* de Camus, con frecuencia es un observador desconcertado de su propio juicio, aunque es perfectamente consciente del resultado: la disposición del juez”, en MATZA, “Delincuencia y deriva. Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, ps.198/199.

(72) Este déficit de conocimiento de las alternativas procesales por parte del niño ha sido previsto en diver-

sas legislaciones locales: “Claridad: Todos los actos procesales deben ser expresados en un lenguaje claro y sencillo que pueda ser entendido por la persona menor de dieciocho (18) años de edad. No pueden utilizarse latinismos y debe asegurarse la comprensión adecuada, para lo cual se deben realizar las aclaraciones o explicaciones que sean necesarias. Esta obligación abarca al/la Juez/a Penal Juvenil, al/la Fiscal Penal Juvenil, a su abogado/a defensor/a, a los/as funcionarios/as del Juzgado y a los/as funcionarios/as administrativos/as. Deben informar claramente el significado, los objetivos y consecuencia de cada una de las actuaciones y diligencias del proceso penal juvenil”, (Ciudad de Buenos Aires, *Régimen Procesal Penal Juvenil*, art.10.f). También, “El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho 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” (Provincia de Buenos Aires, ley 13.634, art.36.3).

(73) “(...) Para participar efectivamente en el procedimiento, el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente (...) Las audiencias judiciales y de otro tipo de un niño en conflicto con la ley deben realizarse a puerta cerrada. Las excepciones a esta norma deben ser muy limitadas y estar claramente estipuladas en la legislación nacional y guiadas por el interés superior del niño (...)”, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, 51º período de sesiones, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, párrs. 60 y 61.

(74) Cabe señalar en un precedente de la Corte Suprema un voto disidente de los jueces Zaffaroni, Lorenzetti y Fayt en el cual se adhirieron a un dictamen del

Procurador que cuestionaba la incorporación de toda la prueba por lectura. Al respecto, el Procurador había entendido que: “(...) En el debate, no se produjo ninguna prueba. Debido a la incomparecencia de la policía R., el chofer y los testigos de actuación, el tribunal decidió —con acuerdo de las partes— incorporar por lectura, tanto los dichos brindados por éstos en la prevención (...) como los estudios periciales e informes producidos en la instrucción (...) El sistema de la oralidad no tolera el desarrollo de un juicio sin producción de prueba alguna, ya que este método exige, para la tutela del debido proceso, que los juzgadores experimenten el peso o la fuerza de la percepción por sus sentidos, según el principio de inmediatez. Y más todavía, porque esa prueba, adquirida y evaluada en el contradictorio, es la que luego servirá de sustento para dictar una sentencia razonada y válida, fundada en los hechos verificados y el derecho vigente. Lo contrario, sería conformarse con un debate huérfano de elementos fácticos, en el que la discusión sólo girase en torno a cuestiones puramente jurídicas o de crítica a las constancias extrajudiciales. En suma, considero que el juicio de esta causa estuvo vaciado de contenido, al haberse menoscabado una etapa esencial en la cadena de actos que integran el debido proceso adjetivo, como es la prueba; etapa que no es absolutamente disponible por las partes una vez que la acusación abrió el debate. En consecuencia, y toda vez que en este proceso penal no han sido respetadas las formas sustanciales de todo juicio —acusación, defensa, prueba y sentencia—, adecuadas a las características propias del sistema oral (Fallos: 127:36; 308:1557 y 325:2019), entiendo que corresponde que V.E, actuando de oficio, declare nula toda la etapa del debate (Fallos: 317:2043; 319:1496; 320:854, entre muchos otros)”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 331:525.

COLUMNA DE OPINIÓN

El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme

VIENE DE TAPA

sido resueltas por la jurisprudencia sobre la base de situaciones concretas, nunca en abstracto y, mucho menos, teniendo en consideración el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (primera o ulterior instancia).

2. El punto de partida del razonamiento del acuerdo es correcto cuando dice: “La nueva ley rige para los hechos que están *in fieri* o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior, pues juega allí la noción de consumo jurídico”. También son correctas las citas de los maestros Borda, Morello, López y Moisset de Espanés. En efecto, el artículo 7, al igual que el art.3 de la ley 17.711, establece: “(a) la regla de la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento; (b) La barrera a la aplicación retroactiva”.

3. Los errores surgen al pretender establecer “pautas claras y uniformes” y afirmar que: (a) “Revisar sentencias dictadas en la instancia de grado con los códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo antes del 1º de agosto del año en curso, luego de ese hito temporal al conjuero del nuevo ordenamiento, constituiría lógicamente un despropósito y constitucionalmente un atentado contra derechos individuales amparados por garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio y resguardo del debido proceso legal”; (b)

“Una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo, se produce una consolidación jurídica de la causa o un *consumo jurídico*, que lleva aparejada la consecuencia de que en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz del mismo ordenamiento bajo cuyo amparo ella se dictó.

En mi opinión ambas afirmaciones son incorrectas, porque:

(A) El alegado derecho de defensa juega poco y nada. Las llamadas normas de transición o de derecho transitorio no son de derecho *material*; son una especie de tercera norma de carácter *formal* a intercalar entre las de dos momentos diferentes. A través de esa norma formal el juez aplica la ley que corresponde, aunque nadie se lo solicite, pues se trata de una cuestión de derecho (*iuria novit curia*), todo lo cual no impide que invite a las partes, si lo estima conveniente, a argumentar sobre cuál es la ley aplicable, si se trata de una cuestión dudosa (2).

(B) El acuerdo de la Cámara de Trelew implica, en contra de lo dispuesto por el art. 7, que: (i) el Código Civil y Comercial no se aplique a los expedientes que se encuentran en las instancias superiores al momento de la entrada en vigencia de este nuevo Código, postergando su aplicación inmediata sin bases legales; (ii) consagrar la regla de la aplicación diferida del Código Civil después de su derogación, si el expediente se encuentra en una instancia ulterior.

4. La noción de consumo que subyace en el art. 7 fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación

jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias. Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento debe analizarse según cada una de esas etapas (3), en concreto, para cada tipo de situaciones, siendo imposible una formulación en abstracto, para todo tipo de cuestiones.

5. El hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable. Véanse los siguientes ejemplos:

a) Si en el período que va entre el dictado de la sentencia de primera instancia y la de la Cámara se dictara una ley más favorable para el consumidor, el tribunal de apelaciones debería aplicarla a todas aquellas consecuencias no agotadas y que hayan operado mientras el expediente estuvo en la Cámara.

b) Si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 la revisará conforme el artículo 1113 del Cód. Civil, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente). En cambio, si la apelación versara sobre *consecuencias no agotadas* de esas relaciones, o lo que atañe a la *extinción* de esa relación (por ej., una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos; más aún, debería aplicarla también a los consumidos, si la ley ha establecido su carácter retroactivo y no se vulneraran derechos constitucionalmente amparados.

c) Para que haya divorcio, se requiere sentencia

(arts.213.3 del Cód. Civil y 435 inc. c del Cód. Civil y Comercial); se trata de una sentencia constitutiva, sin perjuicio de que algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior. Por lo tanto, mientras no haya sentencia *firme*, no hay divorcio, lo que implica, contrariamente a lo que sostiene este acuerdo, que después del 1/8/2015 si el expediente que declara el divorcio contencioso se encuentra en Cámara porque la sentencia de primera instancia fue apelada, el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar esta decisión a la luz del Código Civil, porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción (el Código Civil y Comercial) ha eliminado el divorcio contencioso. Debe, pues, declarar el divorcio, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad.

Esta es la doctrina que subyace en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 28-4-1992(4) que confirmó la de la Cámara de Apelaciones, que había rechazado el pedido de alimentos del hijo extramatrimonial contra los herederos del padre, pues a la época en que el superior debía pronunciarse se había derogado el antiguo art. 331 del Cód. Civil, norma que había sido el fundamento de la sentencia de primera instancia que había fijado alimentos provisorios.

6. En definitiva, la noción de consumo jurídico no se vincula a la existencia de una sentencia que no se encuentra firme y, por lo tanto, las causas que se encuentran en apelación o en ulterior instancia deben ser resueltas interpretando rectamente el art. 7, que en nada modifica el art. 3 según texto de la 17.711, excepto en lo que hace a las nuevas leyes supletorias más favorables para el consumidor. ●

Cita on line: AR/DOC/1330/2015

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
 (1) LA LEY, 20/4/2015, p. 11.
 (2) CSN, 3/10/2002, JA 2003-I-766, con nota aprobatoria del voto minoritario de Hércules, *Acción de amparo y nuevas normas dictadas durante el curso del proceso*. Cierta-

mente, en el caso, el argumento parece insuficiente, pues el solo hecho de llegar a la Corte Suprema implica que el expediente ha tenido un tiempo de duración más que considerable.

(3) ROUBIER, Paul, “Le droit transitoire (Conflits des

lois dans le temps)”, 2º ed., Paris, ed. Dalloz et Sirey, 1960, nº 42 p.198 y nº 68 p.334. En este caso, ejemplifica con las causales de extinción del derecho de usufructo.

(4) Fallos 315-850; comentado por MOLINA, Mariel, “La jurisprudencia de la Corte Federal frente al derecho

alimentario en las relaciones familiares”, en HERRERA, M., KEMELMAJER de CARLUCCI, A y LLOVERAS, N. (Directoras), “Máximos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Derecho de familia”, Ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. I, p.1376.

JURISPRUDENCIA

Quiebra

Inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única. Ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires. Ley 14.394 (Bien de familia). Suspensión de subasta y posibilidad de depositar importe de créditos verificados. Circunstancias particulares.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: El fallido solicitó la inejecutabilidad del inmueble cuya subasta había sido decretada, con fundamento en la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires, sancionada con posterioridad al inicio del proceso. El juez rechazó el pedido por entender que

aquella norma era inaplicable. La Cámara modificó el decisorio, otorgando a aquél la posibilidad de depositar en la quiebra las sumas de dinero necesarias para atender a los créditos verificados y los gastos del concurso.

1. - La ley provincial 14.432, al disponer la inembargabilidad e inejecutabilidad de la totalidad de un inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única y de ocupación permanente, transgredió la delegación de ciertas facultades al Estado Nacional, por lo que en la medida en que una ley del Congreso Nacional no modifique el Código Civil o derogue o modifique la ley 14.394 —bien de familia—, la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda familiar debe ser juz-

gada conforme a las prescripciones de esta última.

2. - Acreditadas las circunstancias que rodean el trámite falencial, en particular, que el inmueble embargado se encuentra habitado por el quebrado, su cónyuge y sus tres hijos y que el pasivo verificado comprende sólo a dos acreedores, cabe admitir la solución propiciada por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, conceder al fallido la posibilidad de depositar en la quiebra el importe de los créditos verificados y los gastos del concurso, ello bajo apercibimiento de continuar con los trámites de la subasta.

118.464 — CNCom., sala A, 11/11/2014. - Enea

Spilimbergo, Fernando s/quiebra s/ incidente de venta.

Cita on line: AR/JUR/69338/2014

CORRELACIÓN CON EL Cód. CIV. Y COM.

Art. 249.
 Art. 3, ley 26.994 prevé la derogación de la ley 14.394.

COSTAS

Se distribuyen en el orden causado.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

NOTA A FALLO

Inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles

SUMARIO: I. Introducción. — II. La ley provincial 14.432 y los principios básicos en juego. — III. El fallo de la Sala A: Continuator de una corriente jurisprudencial. — IV. Algunas reflexiones.

Sebastián M. Serra

I. Introducción

El propósito del este trabajo es comentar un reciente pronunciamiento de la Sala A

de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en las actuaciones caratuladas “Enea Spilimbergo, Fernando s/ quiebra s/ incidente de venta”, oportunidad en la

que dicho tribunal de alzada debió tratar la apelación deducida por un fallido contra la resolución de primera instancia que rechazó el pedido de declaración de inejecutabilidad —sobre la base de lo normado por la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires— de su vivienda familiar.

Según se desprende de la sentencia de Cámara, los hechos ocurrieron así:

(i) El inmueble cuya subasta ordenó el juez de la quiebra, estaba localizado en la Provincia de Buenos Aires, y era habitado por el quebrado, su cónyuge y sus tres hijos.

● VIENE DE PÁGINA 9

(ii) La persona física fallida, invocando los beneficios de la ley provincial 14.432, solicitó se declarara la inejecutabilidad del bien.

(iii) Desestimó el juez de la quiebra el pedido, con sustento en la circunstancia de que el desapoderamiento del inmueble —y su consiguiente ingreso a la masa falencial— había ocurrido con anterioridad a la sanción de la ley provincial 14.432.

Ante la apelación interpuesta por el fallido, la Sala A entendió en el recurso. Uno de los aspectos más interesantes del fallo, a nuestro entender, es que el tribunal de alzada centró principalmente sus fundamentos en contra de los agravios del apelante en el aspecto constitucional de la controversia, dejando la cuestión de la aplicación temporal de la ley en un plano de análisis muy secundario. En este comentario entonces, en consonancia con el modo en que se decidió el asunto, y la potencia de las argumentaciones de los camaristas, también enfocaremos el análisis de acuerdo con el desarrollo de la sentencia, es decir enfocando el tópico de la ley provincial 14.432, desde el aspecto de su constitucionalidad.

II. La ley provincial 14.432 y los principios básicos en juego

La ley provincial 14.432 fue sancionada a finales del año 2012 luego de un largo debate en la Legislatura bonaerense, y con amplias mayorías en ambas Cámaras.

Según surge de su escueto articulado, tiene por objeto la protección de la vivienda única y de ocupación permanente. La norma dispone que todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable, salvo renuncia expresa del titular (1).

Además, la ley establece que para merecer protección, el inmueble debe guardar relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, de conformidad con los parámetros que determine la reglamentación.

Esta ley fue reglamentada muy pobremente por el dec. 547/2013, que indica —entre otras generalidades— que la protección abarca inmuebles tanto urbanos como rurales, y que para determinar si el inmueble guarda relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, ha de estar a ciertos parámetros “objetivos” como cantidad de habitantes, superficie total y cubierta de la vivienda, y su valuación fiscal.

Se observa así cómo el legislador bonaerense, siguiendo tendencias legislativas modernas, priorizó la protección de la vivienda del deudor (art. 14 bis de la Constitución Nacional y demás tratados internacionales de derechos humanos) frente al interés de determinados (2) acreedores (y su derecho de propiedad expresamente protegido por los arts. 14 y 17 de nuestra Carta Magna).

El caso de la Provincia de Buenos Aires no es aislado. Por citar algunos otros, puede apuntarse que hay provincias que han incorporado el principio de inembargabilidad de la vivienda única directamente en sus textos constitucionales, tal como puede observarse en las constituciones de Córdoba (art. 58), de Formosa (art. 68, inc. 3, con su ley provincial 1334), Entre Ríos (art. 42, inc. e), y San Juan (art. 59).

III. El fallo de la Sala A: Continuator de una corriente jurisprudencial

La solución de la Sala A parte de una premisa fundamental: La controversia planteada guarda similitud con el caso “Banco del Suquia S.A. c/Juan Carlos Tomassini s/P.V.E.—ejecutivo— apelación recurso directo” sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 19 de marzo de 2002 (3) con el voto unánime de sus —por entonces— nueve integrantes. En ese caso, y en el marco de un juicio ejecutivo promovido por la entidad bancaria acreedora, el demandado solicitó la suspensión del remate de su vivienda y el levantamiento del embargo trabado, por aplicación del art. 58 *in fine* de la Constitución cordobesa (4) y de la ley local 8067 (5).

Y es así como la Cámara porteña se ocupa de reeditar y desplegar, en sustento del rechazo de la apelación del fallido Enea Spilimbergo, los siguientes argumentos:

- Las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de exclusiva legislación del Congreso de la Nación (Cfr., art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, según el cual corresponde al Poder Legislativo Nacional dictar los Códigos Civil y Comercial).

- La atribución constitucional al Congreso Nacional para que dicte el Código Civil, alcanza a la forma y las modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor, e implicó además la voluntad del constituyente de que sea el legislador nacional quien se encargue de legislar en lo referente a la organización de la familia, los derechos reales, las obligaciones, los contratos, etc., es decir todo aquello que constituye el derecho común de los particulares en sus relaciones privadas.

- Determinar cuáles son los bienes del deudor que quedan sujetos a la agresión patrimonial del acreedor es materia de legislación común, y no corresponde que las provincias incursionen en dicho ámbito.

- Aun si se considerara que la cuestión de la protección de la vivienda queda dentro de la esfera del derecho de la seguridad social, también en tal supuesto de trata de legislación de fondo a cargo del Congreso Nacional de acuerdo al citado art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

- La ley nacional 14.394 de bien de familia tutela de modo suficiente la vivienda familiar.

Esta jurisprudencia de la Corte Federal fue respetada, seguida y enriquecida por numerosos precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, cada vez que se recibieron apelaciones relacionadas con la constitucionalidad de las leyes provinciales

que establecían la inembargabilidad de la vivienda única (6).

Sin embargo, es de interés destacar que la Cámara Comercial porteña, con anterioridad al caso “Banco del Suquia S.A. c/Tomassini” ya había declarado inaplicable la legislación provincial que establecía la inembargabilidad de la vivienda única. Ello aconteció en el caso “Círculo de Inversores S.A. de Ahorro P/F Determinados c/ Fiorenza, Victorino Manuel y otros s/ ejecución prendaria” (Sala E, 26/04/00), donde se confirmó una sentencia que había dejado de lado la aplicación del art. 58 de la Constitución cordobesa y la ley local 8067.

Sobre este último precedente jurisprudencial, nos parece oportuno destacar algunas consideraciones del dictamen del Fiscal de Cámara, quien en un prolijo y muy didáctico dictamen que la Sala E, compartió enteramente, señaló que: (i) La Legislatura local había avanzado sobre una materia privativa del poder federal, en franca contradicción con el principio de jerarquía, (ii) La Nación debe impedir que las provincias dicten disposiciones que alteren o sustituyan leyes federales, pues de lo contrario la manda constitucional de dictar los códigos de legislación común quedaría reducida a una mera fórmula, y (iii) Es una incongruencia considerar que todos los habitantes del país están sometidos a la ley nacional 14.394 de bien de familia, salvo que se trate de una vivienda única y esté ubicada en territorio cordobés.

Además de lo ya dicho, resulta indispensable mencionar que esta corriente jurisprudencial contraria a la constitucionalidad de la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires, también ha recogido adhesiones en diversas jurisdicciones bonaerenses.

Efectivamente, con similares fundamentos a los más arriba desarrollados, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata declaró la inconstitucionalidad de la referida ley provincial (7). Más cerca en el tiempo, también la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul hizo lo propio (8). Y, asimismo, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín declaró —por los mismos motivos— la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432 (9).

No desconocemos que en algún fallo también reciente —en el que se discutía la aplicación temporal de la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires— se hizo lugar a un pedido de declaración de inembargabilidad e inejecutabilidad, pero se trató de un caso en el cual las partes no formularon planteo alguno de inconstitucionalidad ni los magistrados se adentraron de oficio a tratar tal cuestión, por lo cual su valor jurisprudencial podría resultar de menor relevancia (10).

La cantidad de precedentes, y la diversidad de tribunales involucrados, nos anima a sostener que se trata de una tendencia jurisprudencial consolidada y firme, que se basa en argumentos claros y de peso.

IV. Algunas reflexiones

Desde nuestro punto de vista, la sentencia anotada es valiosa, pues respeta la doctrina

de la Corte Suprema que ya resolvió —con fundamentos por demás sólidos—, un caso similar; y esto, por sí solo, agrega previsibilidad y seguridad jurídica en tiempos que no abundan.

La preeminencia de la Constitución Nacional es un bien que siempre debe ser aplaudido, en cuanto asegura un recto funcionamiento del sistema institucional de la República Argentina como Estado federal.

Pero, a su vez, la sentencia de la Sala A desnuda, sin vueltas ni dobleces, el modo asistemático y disfuncional con que actúan las instituciones políticas y jurídicas en nuestro país, todo lo cual aumenta el desprestigio de las mismas y deja a los ciudadanos expuestos a lamentables imprevistos. Todo ello más allá de que compartimos plenamente la necesidad de que los gobernantes generen las políticas y herramientas que faciliten a todos los habitantes el acceso a una vivienda digna, pero sin que tan noble fin pueda justificar el quebrantamiento del ordenamiento jurídico vigente.

Y decimos esto por cuanto un repaso del presente comentario muestra cómo los legisladores de la Provincia de Buenos Aires, cuando el fallo “Banco del Suquia S.A. c/ Tomassini” de la Corte Federal tenía más de diez años de vigencia, sancionaron una ley provincial que claramente iba camino a ser declarada inconstitucional, lo que finalmente terminó aconteciendo.

Por más altos que fueran los objetivos, a nuestro entender un modo de actuar como éste en un Poder Legislativo local provoca consecuencias disvaliosas.

De un lado, la entrada en vigencia de la ley provincial 14.432 pudo generar en los titulares de viviendas únicas ubicadas dentro de la Provincia de Buenos Aires la confianza y convicción de que sus inmuebles pasaban a ser definitivamente inembargables e inejecutables para determinados acreedores cuando está claro que, en caso de llegar a discutirse tal cosa en un tribunal, el resultado es por lo menos incierto atento la evidente inconstitucionalidad de la norma. Y por otro lado, y consecuencia natural de lo anterior, situaciones como las planteadas provocan una gran actividad tribunalicia derivada de las controversias que la norma suscita entre acreedores y deudores, demorando la resolución de los pleitos y dilatando la efectiva percepción de los créditos, con daño al tráfico comercial y al mercado del crédito.

Finalmente, este fallo también debería servir para poner en alerta a los operadores del derecho (abogados, jueces, etc.) sobre una cuestión tan delicada y sensible como la protección del bien de familia, a pocos meses de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (11) que pondrá fin a la vieja ley nacional 14.394 tal como hoy la conocemos, haciendo modificaciones varias a un régimen legal que arrastra muchos años de vigencia y aplicación. ●

Cita on line: AR/DOC/687/2015

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El principio de inembargabilidad e inejecutabilidad cede, también, en caso de obligaciones alimentarias, precio de compra, construcción o mejoras de la vivienda, impuestos, tasas, contribuciones y expensas que recaigan directamente sobre el inmueble, o garantías reales constituidas para garantizar la compra, construcción o mejoras de la vivienda.

(2) Ver cita anterior.

(3) Fallos: 325:428.

(4) Según el cual “La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley”.

(5) Se trata de la ley provincial que considera “automáticamente inscripta de pleno derecho como bien de familia” a toda vivienda única ubicada dentro del territorio de la Provincia de Córdoba que cumpla con los requisitos impuestos por la ley nacional 14.394 de bien de familia. Esta norma cordobesa, se puede ver que modificó la estructura de la ley nacional, al hacer innecesaria la inscripción del inmueble como bien de familia en el respectivo Registro de la Propiedad Inmueble, a pedido del propietario.

(6) Cfr. CNCom., Sala B, 30/10/2008, “Círculo de Inversores S.A. de Ahorro P/F Determinados c/Ramallo,

Jorge Alberto s/ejecución prendaria” (en este caso se declaró la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución de Córdoba y de la ley local 8067), y más recientemente CNCom., Sala A, “Cao López, Aurora c/ Vicente, Oscar y otro s/ejecutivo” (en este precedente se declaró inconstitucional la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires).

(7) Cfr. “Rabaza, Luis Francisco c/Cooperativa de Trabajo Alfin de Mar Ltda. y otro s/cobre ejecutivo de alquileres” del 24/09/13, y “Banco Francés S.A. c/Ullua, María Celia s/ejecución” del 31/10/13.

(8) Cfr. “Goñi, Hugo Horacio c/Coria, Sergio Daniel s/cobre ejecutivo” del 23/09/14.

(9) Cfr. “César, Ángel Luis y otros s/concurso preventivo” del 30/09/14.

(10) Cfr. CNCiv. y Com. de Trenque Lauquen, 07/10/2014, “Las Lagunas y Asociados S.A. c/Adrover, Omar Ricardo s/cobre ejecutivo”.

(11) Ver arts. 244 y ss. En lo que para el limitado alcance de este trabajo interesa, hay que decir que esta nueva legislación viene a reafirmar que las cuestiones relativas a determinar qué bienes del deudor pueden quedar sujetos a la agresión del acreedor es materia de legislación común, y entonces no corresponde que las provincias se ocupen de ello.



JURISPRUDENCIA AGRUPADA

CON LEGISLACIÓN Y DOCTRINA

Despido por falta o disminución de trabajo

I. Legislación aplicable

1. Ley 20.744, art. 247.

II. Jurisprudencia

i) Principios generales

1. El empleador que articula un despido directo por causa de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo que no le es imputable, debe acreditar la existencia de dichas causales, como requisito de procedencia de la indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

CNTrab., sala III, González, Darío Jesús c/ Offset Sud S.A. s/despido, 27/03/2013, DJ 25/09/2013, 61, AR/JUR/11092/2013.

2. Para que se configure la falta o disminución de trabajo no imputable al trabajador tiene que haber acontecido un hecho de carácter excepcional que afecte al mercado y a la empresa, pues la aplicación del art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo es de carácter restrictivo, en tanto el derecho del trabajo se encuentra amparado por el principio de conservación del empleo previsto en el art. 10 del mismo ordenamiento.

CNTrab., sala III, González, Darío Jesús c/ Offset Sud S.A. s/despido, 27/03/2013, DJ 25/09/2013, 61, AR/JUR/11092/2013.

3. Para que se configure la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador tiene que ocurrir un hecho que afecte o no al mercado general, pero que impacte a la empresa, tener carácter excepcional y ser ajeno al empresario (no puede haberlo previsto o, de haberlo previsto no pudo evitarlo).

CNTrab., sala IV, Urueña, Rubén Alberio c/ GPA S.A. s/despido, 31/05/2011, Exclusivo Derecho del Trabajo Online, AR/JUR/27152/2011.

4. A los efectos de comprobar la existencia de despido por falta o disminución de trabajo contemplado en el art. 247 de la LCT, es imprescindible probar que la falta de trabajo resultó inimputable, por culpa o dolo, al empleador y que dicho hecho no hubiese sido originado por el propio riesgo empresarial del negocio emprendido.

CNTrab., sala I, Centeno, Víctor Angel c/ Incott S.A., 21/03/2011, DJ 07/09/2011, 78, AR/JUR/7780/2011.

ii) Casuística

a) Caída en las ventas

5. Es injustificada la denuncia del contrato de trabajo resuelta por el empleador con sustento en la causal de falta de trabajo inimputable a su parte, toda vez que la pericial contable producida en la causa no acredita que la caída registrada en las ventas y la consecuente disminución del activo hubiera sido consecuencia de factores ajenos e imprevisibles y que, por ende, no le fuera imputable al principal.

CNTrab., sala IX, M., A. I. c/ Magalcuer S.A. s/ despido, 30/05/2014, DT 2014 (sep-

tiembre), 2518, DT 2014 (octubre), 2766, AR/JUR/29254/2014.

b) Concurso preventivo de la empresa

6. La existencia y tramitación del concurso de acreedores no permite considerar cumplimentados los requisitos formales o sustanciales que validen la utilización de un régimen de despido excepcional como es el previsto por el art. 247 de la LCT, máxime cuando no se acreditó la adopción de un sistema de rupturas de vínculos laborales acorde a la antigüedad y cargas de familia.

CNTrab., sala I, Rodríguez, Daniela Yanina c/ Petroquímica Argentina S.A. y otro s/ despido, 27/05/2014, La Ley Online, AR/JUR/36547/2014.

c) Dificultades económicas de la empresa

7. Si bien la empleadora sostuvo que despidió al trabajador debido a la "grave situación económica", ello no habilita el supuesto de excepción previsto en el art. 247 de la L.C.T., ya que a tales fines es necesario probar la falta o disminución de trabajo, que ésta se produjo por causas ajenas a la voluntad del empleador y que éste haya tomado medidas tendientes a evitar dicha situación o a atenuarla, y la prueba de dichos extremos no se produjo; de lo contrario, el trabajador resultaría vinculado con los riesgos empresarios que, como es sabido, le son totalmente ajenos.

CNTrab., sala IX, Volante Yanina Leonor c/ Compañía Integral de Alimentos S.A. s/despido, 17/11/2014, La Ley Online, AR/JUR/74289/2014.

8. Si bien se encuentran acreditados los motivos de cesación de pagos y las graves dificultades económicas por las que atravesaba la empresa, es procedente el reclamo del trabajador por la indemnización derivada del despido con fundamento en las dificultades económicas, pues no acreditó la adopción de medidas empresarias tendientes, al menos, a intentar superar esa aducida situación.

CNTrab., sala V, B., G. c/ Sarkis Kircos S.A. s/despido, 30/05/2014, La Ley Online, AR/JUR/33991/2014.

9. Es injustificado el despido directo fundado en el art. 247 de la ley 20.744 dispuesto por una empresa dedicada a la prestación de insumos de salud, pues aunque sus ingresos mermaron como consecuencia de la sanción de la ley 24.754, que modificó el listado de prestaciones obligatorias, ese riesgo no está fuera del giro normal y habitual de sus negocios, en tanto la actividad que desarrolla va generalmente unida a la regulación que de esa provisión pueda hacer el Poder Legislativo, máxime cuando la crisis del mercado globalizado o el "proceso inflacionario" invocados tampoco son hechos que escapen a una previsión económica.

CNTrab., sala III, Acuña, Celso Federico c/ Danico S.R.L. s/despido, 30/09/2013, AR/JUR/67566/2013.

10. Una crisis temporaria es un riesgo común en la explotación comercial o industrial que no autoriza sin más la invocación de la "falta o disminución de trabajo", pues no es

la crisis general la que justifica la eximente legal sino que debe tratarse de una crisis concreta, para lo cual no es suficiente que se invoque una afectación a una rama de la industria o actividad, ni un detrimento económico derivado de una crisis nacional.

CNTrab., sala X, S., D. A. c/ Inmunolab S.A. s/despido, 30/07/2013, AR/JUR/51247/2013.

11. Las dificultades económicas, la reducción de la facturación o la disminución del trabajo en general constituyen sólo riesgos de la actividad empresarial que no justifican un despido por falta o disminución de trabajo.

CNTrab., sala I, Ramírez, María Cristina c/ Prenaval Seguridad S.A. s/despido, 29/04/2013, LA LEY, 2013-E, 274, DT, 2013 (octubre), 2607, con nota de Claudio Aquino, AR/JUR/14714/2013.

12. Las mínimas variaciones de ganancias informadas no exceden de lo que constituye el riesgo empresarial, y no se revelan suficientes para justificar el despido por la vía intentada de la disminución de trabajo.

CNTrab., sala VII, Mercado, Gladys Noemí c/ F. Haroldo Pinelli S.A. s/despido, 12/08/2011, La Ley Online, AR/JUR/49206/2011.

d) Falta de adopción de medidas tendientes a evitar la crisis

13. El decisorio de grado que tuvo por injustificado el despido directo fundado en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo debe ser confirmado, toda vez que el principal no invocó cuáles fueron las medidas que adoptó para enfrentar la situación de crisis, evitar las suspensiones y los despidos masivos ni, menos aún, que hubieran respetado el orden de antigüedad o utilizado las facultades que les otorgan los arts. 219 y 221 de la Ley 20.744 -suspensiones por fuerza mayor ni del procedimiento preventivo de crisis previsto en la ley 24.013.

CNTrab., sala III, Zelaya, Cecilia c/ Norte Fotográfica SA y otros s/despido, 28/02/2013, DT 2013 (noviembre), 2933, AR/JUR/4796/2013.

e) Incendio del establecimiento

14. Es improcedente hacer lugar a la indemnización reducida del art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que el incendio acaecido en el establecimiento del demandado se produjo por deficiencias en las instalaciones, por lo que debe soportar sus consecuencias, máxime cuando no se previó el aseguramiento de los bienes.

CNTrab., sala VI, Armella, Jorge Enrique c/ Descalzo, Jorge Domingo Jesús, 28/10/2010, DT 2011 (febrero), 360, con nota de Juan José Etala (h.), AR/JUR/71861/2010.

f) Pérdida de clientela

15. La negativa a la renovación de los permisos operativos de vuelos por parte de la autoridad de aplicación constituyen un riesgo propio de la actividad empresarial y no pueden oponerse como justificativo de los despidos dispuestos con fundamento en el art. 247 de la LCT, máxime si la empresa no respetó los parámetros previstos por la ley 20.774 para despedir, ni tampoco quedó demostrado que hubiera llevado a cabo algunas medidas tendientes a paliar la llamada crisis que estaba atravesando (arts. 98 y ss LNE).

CNTrab., sala I, Lemos, Juan Eduardo c/ Aerovip S.A. s/ despido, 14/07/2014, DT 2014 (diciembre), 3359, AR/JUR/49262/2014.

16. La sentencia que consideró injustificado el despido dispuesto en los términos del art. 247 de la ley 20.744 debe confirmarse si no se acreditó la vinculación entre las causas que habrían provocado el déficit de la empresa de turismo empleadora —en el caso, los atentados terroristas padecidos por la ciudad de Nueva York en 2001— y los despidos dispuestos con posterioridad, máxime cuando la caída en las ventas constituye un álea de la propia actividad comercial que no puede repercutir sobre los derechos del trabajador dependiente.

CNTrab., sala VII, M. C., M. E. c/ Marsans Internacional Argentina S.A. y otros s/ despido, 24/02/2014, AR/JUR/5974/2014.

17. La empresa de logística empleadora debe abonar al trabajador la indemnización por despido sin causa, en tanto no acreditó la existencia de la alegada falta de trabajo no imputable al empleador, pues ello no queda demostrado por la rescisión del contrato comercial que realizó su principal cliente, ya que debió demostrar que tomó todas las medidas necesarias para paliar los problemas económicos que de tal situación se derivaron y que los mismos excedieron el riesgo propio de la organización empresarial, máxime cuando tampoco acreditó haber comenzado con el despido del personal menos antiguo.

CNTrab., sala I, Sajenko, Carlos Fabián c/ Customized Logistics Argentina S.A. y otro s/despido, 12/09/2011, La Ley Online, AR/JUR/53463/2011.

g) Procedimiento preventivo de crisis

18. El despido de un trabajador en el marco de un procedimiento preventivo de crisis no configura los extremos requeridos por el art. 247 de la LCT, pues dicha atenuación sancionatoria no tiene relación con situaciones subjetivas.

CNTrab., sala VII, Kazin, Mariano c/ Editorial Sarmiento S.A. s/ ley 12.908, 20/11/2013, La Ley Online, AR/JUR/87443/2013.

19. Aun cuando el empleador recurra al Procedimiento Preventivo de Crisis, ello no lo exime, en el momento de despedir a un trabajador, del cumplimiento de las demás condiciones impuestas por la ley, especialmente, de respetar el orden de prelación del art. 247 de la LCT.

CNTrab., sala VIII, Franconieri, Francisco c/ Editorial Sarmiento S.A. s/ c.c.t. 301/75, 25/04/2012, La Ley Online, AR/JUR/14898/2012.

III. Doctrina

1. GABET, Emiliano A., "Protección del crédito del trabajador ante el despido fundado en el art. 247 LCT", DT, 2014 (noviembre), 3037, AR/DOC/3744/2014.

2. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Falta o disminución del trabajo", DT, 2011 (julio), 1695, AR/DOC/1168/2011.

3. FERREIRÓS, Estela Milagros, "El despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo", *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

Jorge Alberto Diegues

Cita on line: AR/DOC/1251/2015

