

LA DECLARACIÓN DEL MENOR IMPUTADO NO PUNIBLE COMO MEDIO DE DEFENSA

PATRICIA GALLO

Secretaria Letrada de un Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires,

Docente ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires

RESUMEN: Este trabajo se ha basado principalmente en el estudio de la situación del menor de edad inimputable (el que al momento del hecho es menor de dieciséis y mayor de diez años) al que se le imputa la comisión de un hecho delictuoso.

La particularidad de este caso radica en que, a pesar de tratarse de un menor inimputable, según el régimen sobre responsabilidad penal del menor vigente en Argentina (ley 22.278), se inicia el proceso penal, que necesariamente culminará con el dictado del sobreseimiento del menor por inimputabilidad (art. 336, inc. 5, del Código Procesal Penal de la Nación) y se somete al menor a declaración indagatoria, previo a su desvinculación del proceso penal.

El régimen procesal penal del menor no establece reglas específicas aplicables a dicha declaración indagatoria, por lo cual supletoriamente, se aplican las reglas del proceso penal común -de adultos- a la declaración del menor inimputable.

Esa circunstancia trae como consecuencia, que la declaración del menor esté rodeada de formalidades que resultan incompatibles con la Convención sobre Derechos del Niño.

La situación descrita ha generado dos posturas jurisprudenciales contrapuestas: una de ellas sostiene que en ese caso corresponde sobreseer al niño sin someterlo al trauma de una declaración indagatoria y la otra, entiende que el niño

debe declarar antes de ser sobreseído, porque sólo así se garantiza su derecho a ser oído y su derecho de defensa.

Aquí se analizan ambas posturas, y se esboza una tercera posición como solución propuesta al problema planteado.

PALABRAS CLAVE: menor inimputable - declaración indagatoria – régimen procesal del menor- Convención sobre los Derechos del Niño - sobreseimiento.

ABSTRACT: This article is mainly based on the study of the situation of the child who is immune from prosecution (because at the time of the event he is below sixteen and above ten years of age) charged with the commission of a criminal offense.

The particularity of this case lies in the fact that despite being a child who is immune from prosecution, according to the criminal liability regime for children currently in force in Argentina (law 22,278), the criminal process is initiated and will necessarily end with the dismissal of the charges against the child due to such immunity (article 336, section 5 of the National Code of Criminal Procedure) and before being separated from the criminal process, the child shall be subjected to preliminary examination statement.

The criminal procedure regime for children does not contain specific rules applicable to such preliminary examination statement and that is why, supplementary, rules of the ordinary criminal process -the one of adults- are applied to the statement of the child who is immune from prosecution.

The consequence of such circumstance is that the child's statement is surrounded by formalities which are incompatible with the Convention on the Rights of the Child.

The situation described has developed two opposed jurisprudential positions: one of them holds that in such case charges against the child must be dismissed

without subjecting him to the trauma of a preliminary examination statement, whereas the other considers that the child must bring such statement before the dismissal of charges because only that way his right to be heard and his right to a defense will be guaranteed.

Herein both positions are analyzed and a third position is proposed as a solution to the problem explained.

KEYWORDS: child immune from prosecution – preliminary examination statement – procedural regime for children – Convention on the Rights of the Child – dismissal.

Fecha de recepción: 8 de mayo de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

I. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN ARGENTINA

La ley 22.278 establece el “Régimen penal de la minoridad” a nivel nacional en Argentina y en líneas generales, dispone que:

* No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad al momento del hecho. * Tampoco lo es el que no cumplió 18 años respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda los dos años, o que prevea pena de multa o inhabilitación (art. 1).

*Sí se considera punible al menor de 16 y 17 años que incurriere en un delito de acción pública que esté reprimido con pena privativa de libertad que exceda de los dos años (art.2).¹

¹La ley 22.278 distingue entre menores inimputables y menores eventualmente punibles:

Tratándose de un sistema tutelar, tanto en el caso del menor no punible, como el punible de 16 y 17 años, el juez puede disponerlos en forma definitiva por auto fundado, si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, previa audiencia de los padres, tutor o guardador (supuestos de “irregularidad”) (art.1).²

Son menores eventualmente punibles aquellos que al momento del hecho tengan 16 o 17 años y que cometan delitos reprimidos con penas superiores a los dos años de prisión. Habiendo punibilidad, deben ser sometidos a proceso. Pero como el régimen penal de menores incluye lineamientos tutelares, la actuación judicial no se agota en la averiguación de la verdad y aplicación de la ley penal, sino que a la vez persigue el conocimiento de las condiciones personales, familiares y ambientales para discernir si el acusado se halla en algún supuesto de irregularidad que urja la imposición de una medida tutelar.

El menor sometido a proceso se halla a “disposición provisoria” del tribunal, que se encuentra facultado para tomar las medidas que sean conducentes al cumplimiento de sus fines.

Terminada la etapa exploratoria, el juez debe dar su veredicto.

Si se ha acreditado la existencia del hecho típico y la autoría del menor, sin que medien causas de justificación o eximentes de culpa o pena, corresponde declarar su responsabilidad y mantenerlo a disposición provisoria hasta el pronunciamiento sobre la pena, a menos que el juez decida disponer de modo definitivo del menor, por encontrarse éste en algún supuesto de irregularidad, previa audiencia de sus mayores responsables.

El art. 4 de la ley citada, dispone que la pena a aplicar al menor -si eventualmente correspondiera- estará supeditada a estos tres requisitos

1 que haya sido declarada su responsabilidad penal,

2 que haya cumplido los 18 años de edad,

3 que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a 1 año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, el órgano jurisdiccional podrá aplicarle la sanción correspondiente al delito, reducirla en la escala correspondiente a la tentativa o, incluso absolverlo -o más precisamente, declarar innecesaria la imposición de una pena-.La necesidad de la pena debe ser juzgada en mérito a las modalidades del hecho, los antecedentes del menor responsable, la impresión directa y personal que de él ha recogido el tribunal y el resultado de la observación tutelar cumplida.

²La “disposición tutelar” (que consiste en una especie de medida de seguridad) reconoce dos expresiones distintas:

La *provisoria*, que tiene por fin el posibilitar al tribunal la actividad exploratoria, es decir conocimiento del hecho atribuido, condiciones personales y familiares del menor, con vistas a la adopción de las medidas pertinentes, en un pronunciamiento definitivo.

La *definitiva*, que emerge cuando luego de la actividad exploratoria, el juez concluye que el menor se encuentra en estado de abandono, o falta de asistencia, o en peligro material o moral o con graves problemas de conducta. Tiene por objeto la protección pública integral del menor durante el tiempo necesario para superar la situación irregular y puede

En este trabajo nos concentraremos en la situación del menor inimputable (o sea el niño que al momento del hecho es menor de 16 y mayor de 10 años) que está imputado de haber cometido un delito y es convocado por el órgano jurisdiccional a declarar en el proceso.³

II. RÉGIMEN PROCESAL PENAL DE MENORES

El título II del Libro III del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN) contiene la regulación de los juicios especiales.

Dentro de los juicios especiales se inserta el “juicio de menores” (capítulo II), en el que rige el siguiente principio general “en las causas seguidas sobre menores de dieciocho años, se procederá conforme a las disposiciones comunes del código, salvo las que se establecen en este capítulo” (art. 410).⁴

extenderse hasta la mayoría de edad. La resolución debe ser fundada y se materializa en un conjunto de medidas idóneas para asegurar la formación del menor irregular. La ley no brinda en este sentido concretos elementos de juicio para establecer el régimen tutelar, así que la cuestión queda reservada a su prudente arbitrio.

³ Aun cuando se trate de un menor inimputable, al existir sospecha de que cometió un hecho delictuoso, se inicia el proceso penal-tutelar contra el menor, que como se verá más adelante concluirá necesariamente con su sobreseimiento en la fase instructoria. Paralelamente al proceso penal, tramita el “expediente tutelar”, en cuyo marco se puede disponer provisoria o definitivamente del menor, según se explicó en la nota anterior.

⁴ El juicio de menores es continente de un sistema más tutelar o tuitivo que represivo, aun cuando paralelamente tenga en cuenta la seguridad o defensa social.

La doctrina en general, sostiene que en el proceso penal de menores deben regir estos principios:

órgano jurisdiccional especializado, intermediación, procedencia de medidas cautelares y tutelares específicas, procedimiento preminentemente oral, reserva de las actuaciones, impulso procesal de oficio, recurribilidad restringida, no caducidad de la instancia, ausencia de *plus petitio*, amplitud probatoria, ausencia de nulidades absolutas y restricción de las nulidades procesales, información al menor de medidas y actos procesales, presencia del defensor técnico, intervención del ministerio de menores, e intervención de auxiliares técnicos del juez.

Es decir que no existe, estrictamente hablando, un especial régimen procesal penal de menores ⁵, sino la aplicación de las reglas del juicio de adultos, con la excepción de los 5 artículos que integran el mencionado capítulo II dedicado al “juicio de menores”. ⁶

Esencialmente, se aplican al juicio de menores las normas procesales penales generales (aplicables a los adultos imputados), sobre todo en la fase de instrucción, donde el capítulo II dedicado a los menores, no prevé regla especial alguna.

Por ello, se impone una breve síntesis de las características principales de dicho régimen, que se tratarán en el punto siguiente.

III. REGLAS PROCESALES PENALES GENERALES (PROCESO COMÚN)

El CPPN es un claro exponente del “sistema mixto continental”. La primera etapa del proceso es escrita, con instrucción a cargo del juez, con secreto del

⁵ Aunque cabe aclarar que el proceso se desarrolla mediante órganos jurisdiccionales específicos: Juzgados de Menores y Tribunales de Menores.

⁶ Esos escasos artículos se refieren concretamente a la detención y alojamiento del menor en un establecimiento especial, diferente al de los adultos (art. 411).

Luego, el art.412 hace alusión a las “medidas tutelares”, que se orientan a preservar la persona y los intereses del menor durante el desarrollo del juicio.

Por su parte, el art. 413 establece las normas a aplicar en el debate o juicio oral (segunda parte del proceso), que sí se diferencia del establecido para los adultos y que tiene estas características:

a) publicidad restringida: el debate se debe realizar a puertas cerradas y con la sola presencia del fiscal, las otras partes, sus defensores, los padres, tutor o guardador del menor y las personas con interés legítimo.

b) presencia limitada del menor imputado: que sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible, y debe ser alejado una vez cumplido el objetivo de su presencia.

c) asistencia obligatoria del asesor de menores, bajo pena de nulidad

d) facultades del tribunal: los jueces podrán oír a los padres, al tutor o al guardador del menor, a los maestros, empleadores, superiores y cuanta persona pueda aportar datos útiles para apreciar la situación fáctica y el desarrollo personal del menor.

Por ultimo, el art. 414, autoriza al tribunal a revocar de oficio o a pedido de parte, las medidas de seguridad y educación adoptadas con relación al menor.

sumario e incomunicación del imputado, mientras que la segunda etapa se desarrolla en forma oral, con *apariencia* de sistema acusatorio.⁷

El objetivo de la instrucción es la investigación y preparación del juicio, o sea la recolección de los elementos de prueba que servirán para probar la imputación en el debate⁸, que es el momento sustancial de la valoración de la prueba y que culminará con la sentencia condenatoria o absolutoria.

Si durante la instrucción existen elementos como para sospechar que el imputado ha cometido el delito, el juez lo convocará a declarar (declaración indagatoria), luego de lo cual decidirá si corresponde sobreseerlo, procesarlo o declarar que no existe mérito para sobreseer o procesar, en cuyo caso seguirá investigando.⁹

Una vez firme el procesamiento, se eleva el caso a juicio oral o debate, que comienza con una nueva la declaración indagatoria del imputado y luego se desarrolla la prueba durante las audiencias -declaraciones de testigos, peritos, etc.- que el tribunal debe valorar para sentenciar. Culminada esa etapa probatoria, se producen los alegatos de las partes y finalmente, la sentencia.

Luego de esta breve reseña general del desarrollo del proceso, cabe aclarar que en este trabajo, nos concentraremos en la declaración indagatoria del menor inimputable durante la fase de instrucción. Ello así, por cuanto, cuando el menor

⁷ Ello, en tanto los jueces del tribunal oral pueden, por ejemplo, disponer la producción de prueba y formular preguntas a los testigos e imputado, supliendo la actividad de las partes (arts. 356, 388 y 389 del CPPN) (ver ANGULO, Durga, "La declaración del imputado-¿Ud. desea declarar?", Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Bs As, 2009, tomo II, págs. 137/58).

⁸ Con la aclaración de que durante el debate también puede producirse prueba si el tribunal lo considera pertinente (ver nota previa).

⁹ Arts 306, 309 y 336.

imputado es inimputable (menor de 16 años), corresponde su sobreseimiento en la fase instructoria, sin que el caso se eleve a juicio oral.¹⁰

En este contexto, la declaración indagatoria del menor imputado, carente de preceptiva especial, se rige por las reglas comunes.¹¹

Esto quiere decir que en lo relativo a la declaración del menor imputado, se aplican las mismas normas procesales previstas para los adultos, tanto en su convocatoria, como desarrollo y formalidades del acto y sus consecuencias.¹²

El llamado a prestar la declaración indagatoria, durante la etapa instructoria, es uno de los actos procesales más importantes por tres motivos fundamentales

1. Parar su convocatoria es necesario que el juez haya considerado que existe “motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito”

2. Es en general la primera oportunidad que tiene el imputado para que se lo escuche en el proceso, ejerciendo su derecho de defensa material

3. A partir de esta declaración, se fija un plazo para que el juez resuelva la situación procesal del imputado en alguno de los sentidos indicados.¹³

¹⁰ Art 336. Este artículo establece las causales de procedencia del sobreseimiento, una de las cuales es la inimputabilidad del sujeto (causal nº5) Esto se verá en detalle más adelante, en el punto VIII.

¹¹A diferencia del régimen procesal de menores argentino, la LO 5/2000 española, brinda pautas específicas para la declaración del menor. En su art.17. 2 dispone que “*Toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su Abogado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del Fiscal que fuera el instructor del expediente. El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su Abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.*”

Por su parte el art. 22 de la LO 5/2000 (en lo pertinente a este punto) establece que “*Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.*”

¹² Arts 294, 295, 296, 297, 306, 309, 336 y 337.

IV. SITUACIÓN DEL MENOR NO PUNIBLE

Llegados a este punto del análisis, se impone plantear la siguiente cuestión:

Según la ley 22.278 (art. 1) el menor de dieciséis años (y mayor de diez) al momento del hecho, es *inimputable*, pero también, según el CPPN, deben aplicarse al proceso que se le sigue, las normas generales, lo que incluye la convocatoria a declarar como imputado.¹⁴ Es decir, a pesar de que *necesariamente* por ser inimputable, el juez debe sobreseer al menor¹⁵, el código adjetivo le impone, previo a dicha resolución de mérito, la diligencia procesal del llamado a indagatoria, acto regido por las normas aplicables a los adultos y sometido a cierto rigorismo formal.

Esta situación ha llevado a una parte de la jurisprudencia al siguiente planteo:

Si ya se sabe que el juicio del menor inimputable debe concluir con su sobreseimiento, sin que quepa otra opción, ¿es realmente imprescindible someterlo al rigor procesal de la declaración indagatoria igual que a un adulto? *A priori*, se impone una respuesta negativa, pero lo cierto es que si se admite el sobreseimiento sin convocar al menor a declarar, ello podría implicar que el proceso se resuelva -más allá de que sea a favor del menor- sin que éste sea oído, lo cual puede traducirse en un cercenamiento del *derecho de defensa* del menor.

¹³ El CPPN establece que dentro de los diez días a contar desde la indagatoria, el juez debe dictar el procesamiento -si hay elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que el imputado ha participado en él (art. 306)-, o dictar la falta de mérito (si no hay mérito para procesar ni sobreseer al imputado (art. 309), o sobreseer al imputado, según lo establecido por el art. 336.

¹⁴ Art. 294.

¹⁵ Art.336, inc. 5º.

Esta disyuntiva ha generado dos posturas jurisprudenciales contrapuestas en el marco de la justicia de menores.¹⁶ Una de ellas entiende que corresponde sobreseer al menor sin convocarlo a declarar y la otra, interpreta que se lo debe escuchar en indagatoria con las formalidades propias del código adjetivo y luego sobreseerlo.

Creo que existe una opción alternativa, intermedia entre estas dos posiciones, que concilie el derecho de defensa y la debida protección del menor.

Para poder concluir en qué consiste la solución correcta, es necesario estudiar si la declaración indagatoria en los términos del CPPN, es *realmente* un medio de defensa, ya que sólo así, se justificaría someter al menor a esa diligencia procesal (que puede resultar traumática para un niño) antes de dictar un sobreseimiento legalmente impuesto.

Con ese objetivo, comenzaré por reseñar los orígenes y características principales de la declaración indagatoria según está regulada en el CPPN (forma y presupuestos sustanciales), analizándola críticamente, sobre todo a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Luego de ello, estaremos en condiciones de abordar la argumentación sobre la que se estructuran las dos corrientes jurisprudenciales y finalmente de esbozar los lineamientos de la solución propuesta en este trabajo.

V. DECLARACIÓN INDAGATORIA

V.1 ORÍGENES

¹⁶ Cuyas argumentaciones serán tratadas más adelante, en el punto VIII.

El nombre “declaración indagatoria” es un resabio del sistema inquisitivo. En la mayoría de los códigos modernos se la denomina “declaración del imputado”.

Surgió con el sistema inquisitivo como un medio de prueba, que era necesaria para lograr la confesión del imputado.¹⁷

Con el transcurso del tiempo se fue estructurando como un medio de defensa, brindándosele al sospechoso de haber cometido un delito, una serie de prerrogativas, como la posibilidad de no declarar, de nombrar defensor de confianza, etc.

En efecto, nace cuando desaparece el concepto del proceso como “relación entre acusador y acusado”, y el Estado asume un papel activo en la investigación de los delitos (proceso inquisitivo): estando presunta la culpabilidad del acusado, la confesión era la prueba por excelencia (*probatio probatissima*) y la indagatoria proporcionaba la oportunidad de obtenerla, inclusive mediante apremios físicos o morales.

Pero cuando la confesión del acusado, en materia penal, cedió su mérito a la convicción del juez, desaparecieron los apremios y la indagatoria comenzó a percibirse como un medio para facilitar al juez la averiguación de la verdad y al procesado la oportunidad de defenderse.¹⁸

V.2 FORMALIDADES

El sustento para que el juez ordene la declaración indagatoria del imputado, lo brinda la “sospecha bastante”, motivación interna que

¹⁷ Confesión definida como “reconocimiento expreso que hace el sujeto de ser autor, partícipe o encubridor de un delito”.

¹⁸ CATUCCI, Silvina, “Declaración Indagatoria e informativa”, Ediar, Bs As, 1988, págs.16/21.

indispensablemente debe estructurarse en elementos objetivos de convicción, demostrativos de la supuesta responsabilidad criminal de éste.¹⁹

La declaración indagatoria está configurada en el CPPN como un acto procesal de cumplimiento ineludible en los primeros momentos de la instrucción.²⁰ El decreto judicial que la ordena es inapelable. Ante la convocatoria a declarar, la inasistencia injustificada del imputado implicará inexcusablemente su detención.²¹

El imputado tiene derecho a entrevistarse con el letrado de su confianza propuesto con antelación al acto de la indagatoria y con fines de asesoramiento técnico.²²

¹⁹Art. 294 “Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente o a más tardar en veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiere el imputado para designar defensor”.

²⁰ Y en su caso, también al inicio del debate.

²¹ Ver el desarrollo de esta cuestión en: NAVARRO, Guillermo y DARAY, Roberto, “Código Procesal Penal de la Nación”, Hammurabi, Bs As, 2004, tomo II, pág. 808.

²² Art.104

Sobre este punto, la LO 5/2000, con el fin de dotar al derecho de defensa de la significación que le otorga el art. 24.2 CE, anticipa de modo inequívoco la designación por el imputado de abogado a la fase instructora al disponer que, desde el mismo momento de la incoación del expediente (denominación que recibe la fase instructora en el proceso penal de menores), el menor tendrá derecho a “ser informado por el Juez, el MF o agente de policía de los derechos que le asisten” y a “designar Abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración” (art. 22). Del mismo modo, la asistencia letrada se hace necesaria, incluso antes de la incoación del expediente, desde el momento en que se produce la detención. En este sentido, el art. 17 (“detención de los menores”) precisa, en su apartado segundo, que “toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado”. La reforma operada por LO 8/2006 ha corregido la disfunción existente entre los arts. 17 y 22, y ahora se prevé el derecho del menor detenido o imputado a la entrevista reservada con su abogado “antes” y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración bien ante la Policía, bien ante el Fiscal de Menores. A ello debe agregarse la posibilidad procesal que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.2, se confiere al abogado del menor para proponer que se lleve a efecto la declaración del menor, en cuyo supuesto el MF deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción, lo cual evita el riesgo de sufrir acusaciones sorpresivas.

Si hasta el momento de la indagatoria, el imputado no hubiere propuesto un abogado defensor, el juez designara a un defensor público oficial.²³

A la declaración del imputado sólo podrán asistir su defensor, y el Ministerio Fiscal. El imputado será informado de este derecho antes de comenzar con su declaración.²⁴

Es en esta diligencia (declaración indagatoria) donde el imputado tiene la oportunidad de conocer el hecho y las pruebas que existen al respecto, (esto es, donde se verifica el “acto de intimación” al que se halla obligado el órgano jurisdiccional) y de hacer los descargos o aclaraciones que correspondan para negar, aminorar o hasta para admitir plena o limitadamente su responsabilidad.²⁵

Al inicio del acto y previa entrevista entre el imputado y su defensor, el juez realiza las preguntas relativas a su identificación.²⁶ Una vez finalizado el interrogatorio de identificación, el juez debe informar detalladamente al imputado las siguientes circunstancias:

1. El o los hechos que se le atribuyen. Sólo así se cumple con el principio de congruencia, comprendido dentro de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio.²⁷

2. Las pruebas existentes en su contra.

²³ Art 107

²⁴ Art.295

²⁵ Art. 296 “El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda”.

²⁶ Art. 297

²⁷ ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo: 13:513.

3. Comunicarle que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.²⁸

El imputado tiene libertad para declarar, lo cual implica que puede hacerlo o negarse a ello, en todo o en parte, prestando su versión de descargo sin responder preguntas del juez o el fiscal. Si el imputado decide declarar, el CPPN prohíbe que se le requiera juramento o promesa de decir verdad o que se ejerza contra él coacción o amenaza para obligarlo a declarar. También impide que se lo induzca o determine a declarar contra su voluntad o se le formulen cargos o reconvencciones tendientes a obtener su confesión, todo esto bajo pena de nulidad del acto.²⁹

Si el imputado hubiera declarado como testigo en la causa, y luego por la marcha de la investigación es llamado a prestar declaración indagatoria, debe ser relevado del juramento de decir verdad en esta última diligencia, bajo sanción de nulidad.

El momento de recepcionar la declaración indagatoria constituye el punto de arranque del plazo asignado al juez para dictar las resoluciones de procesamiento, sobreseimiento o de falta de mérito, dentro de los 10 días de recibida (plazo ordenatorio).

V.3 PRESUPUESTOS SUSTANCIALES

La doctrina ha asignado a la declaración indagatoria tres posibles fines: medio de prueba, acto de defensa, o fuente de prueba.

²⁸ Art.298 “Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informara detalladamente al imputado cual es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.

Si el imputado se negare a declarar, ello se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla, se consignará el motivo”.

²⁹ Art. 296

Bajo tal esquema, las legislaciones se adhieren a una o a otra concepción, aunque la escasa técnica legislativa con que algunas son elaboradas incorpore diversas variantes, mezclándolas muchas veces en forma incompatible.³⁰

En la doctrina nacional argentina algunos consideran a la declaración indagatoria fuente de prueba, mientras que para otros es un acto complejo, que constituye fuente de prueba y acto de defensa. Esto último, porque cumple una doble función: tiene por objeto tanto la averiguación de la verdad, como satisfacer el derecho del imputado a ser oído.³¹

Esta duplicidad de efectos asignada constituye un lastre inquisitivo, producto del modelo mixto instaurado en los Estados modernos por el Código de 1808.

Este modelo es el que impera en Europa continental, que hereda la colonia hispanoamericana y el que, con parciales reformas se encuentra vigente en el orden nacional argentino desde 1992.³²

FERRAJOLI explica que del modelo garantista de proceso acusatorio informado por la presunción de inocencia, se siguen como corolarios la prohibición del juramento y el derecho al silencio, principios que resultan compatibles con el derecho a no declarar contra uno mismo, previsto el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina.³³

³⁰ ANGULO, obra citada.

³¹ NAVARRO y DARAY, obra citada, pág. 804.

³² ANGULO, obra citada.

³³ FERRAJOLI, citado por ANGULO, obra citada.

Art. 18 de la CN: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designado por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a

V.3.1 DECLARAR BAJO JURAMENTO

La declaración del imputado sometido a juramento de decir verdad ³⁴, fue descartada por los legisladores desde los albores de la formación del Estado Argentino. La Asamblea del año XIII resolvió en 1813, que no se exigiera la solemnidad del juramento en los casos criminales³⁵.

Por eso la jurisprudencia argentina ha tenido ocasión de considerar nula la declaración indagatoria cuando se ha omitido de relevar al imputado del juramento formalizado en oportunidad de declarar como testigo, “pues la indagatoria prestada bajo tales circunstancias infringe el principio constitucional que prohíbe la autoincriminación” ³⁶.

su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que ha pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

³⁴ En Inglaterra -país pionero en introducir el modelo acusatorio-, hasta bien entrado el siglo XVII, los imputados debían prestar un juramento conocido como *ex officio* o *de veritate dicenda* que inicialmente se formulaba ante los tribunales eclesiásticos. A falta de acusadores, el juez, que abría la causa tomando como punto de partida informaciones secretas o sus propias sospechas, sometía a este juramento al imputado con el fin de forzarle a un interrogatorio calculado para incriminarlo, sometiéndolo incluso en ocasiones a torturas para obtener de él “la verdad de lo sucedido”. El juramento servía así como un instrumento más para confirmar la que se ha venido a llamar “presunción de culpabilidad”, que guiaba los procesos penales de entonces. Ahora bien, desde el momento en que evolucionan los modelos de enjuiciamiento criminal y se introduce como parte necesaria la figura del acusador, en el que recae la carga de probar la acusación formulada, se altera el juego de los principios esenciales que rigen el proceso y cae por su peso la facultad de someter al acusado a la obligación de decir verdad. (VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “La protección constitucional del derecho a no confesarse culpable”, Revista de Derecho Procesal Penal, “La Defensa Penal I”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, págs. 139/61).

³⁵ TEDESCO, Ignacio, “La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico comparado”, en “Las garantías penales y procesales”, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, BsAs, 2001, págs. 29/63.

³⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa 2471, reg. 765, rta 30/11/2000 y sus citas.

Un análisis histórico del juramento sitúa su origen en el marco de un proceso mágico de tipo religioso en el que el mismo constituía una invocación de los dioses en prueba de la verdad de lo que se afirmaba. Sostiene FERRAJOLI que el juramento es una prueba irracional de tipo mágico y arcaico, ya que viene considerado por una norma como signo suficiente de culpabilidad o inocencia. En igual sentido, FOUCAULT señala que el juramento se limita a cumplir funciones meramente mágicas. Sin embargo, lo cierto es que el juramento no permite comprobar la correspondencia entre los hechos acaecidos y los relatados. La atribución de esa identidad es irracional en tanto no se fundamenta en indicios objetivos fácticos de los que se pueda inferir una hipótesis con relevante probabilidad de que sea cierta, y en ese orden constituye una prueba formal y simbólica.³⁷

V.3.2 DERECHO A GUARDAR SILENCIO

El imputado no puede ser obligado a brindar información sobre el conocimiento que tenga respecto del hecho que se le atribuye, lo cual involucra su derecho a negarse a declarar sin que tal actitud pueda ser usada como una prueba en su contra -*nemo tenetur se ipsum accusare*-.³⁸ Al mismo tiempo, tiene el derecho de hacerlo, de brindar información, datos o de confesarse culpable, pero sólo *voluntariamente*, libre de cualquier clase de coacción moral o física.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance objetivo del derecho a guardar silencio? ¿qué actuaciones quedan cubiertas por esta garantía? ¿alcanza esta garantía sólo a la confesión?

³⁷ ANGULO, obra citada, con cita de FERRAJOLI y FOUCAULT.

³⁸ Los historiadores sitúan las raíces del derecho a guardar silencio en el Derecho Canónico y coinciden en que fue el *Common Law* el motor de la expansión de esta garantía fundamental del proceso penal, máxime desde su reconocimiento en 1791 en la conocida Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (ver VILLAMARÍN LÓPEZ, obra citada)

Esta cuestión está relacionada con la distinción entre considerar al imputado como *objeto de prueba* o como *sujeto de prueba*.³⁹ Respecto del acto de la declaración, el imputado es un sujeto de prueba, ya que es él quien ingresa la información al proceso. El imputado está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar. Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y que él desee retener. Pero con relación a otros actos procesales, donde no es el imputado el sujeto que ingresa la información, éste puede ser considerado como objeto de prueba.⁴⁰

La valoración del silencio puede traducir su carácter restrictivo en dos sentidos: uno como indicio de culpabilidad y otro como agravante de la pena. En uno y otro caso resulta inconstitucional por vulnerar el primero, la garantía de presunción de inocencia⁴¹ y el segundo, el principio de legalidad y culpabilidad y en general la garantía de defensa.⁴²

³⁹ *Órgano de prueba* es la persona que dentro del proceso colabora con el juez suministrándole el conocimiento del objeto de la prueba. El imputado sólo adquiere la calidad de órgano de prueba única y exclusivamente cuando su libre decisión de voluntad lo lleve a ello. No acontece lo mismo cuando el imputado es *objeto de prueba*, esto es, cuando él física y materialmente, es la prueba misma, contiene o es portador físico de la prueba.

⁴⁰ La garantía constitucional de no autoincriminación ampara a la persona en cuanto a sus declaraciones. El concepto de “declarar” debe ser entendido como cualquier clase de manifestación por la cual se exprese, verbalmente, por escrito, gestual o cualquier otro modo susceptible de poder ser interpretada la expresión de un pensamiento o mensaje conciente y voluntario.

Pero esta garantía no protege al imputado cuando él es “la prueba misma”, por ejemplo: tener lesiones o tatuajes en su piel, contener en su aparato digestivo bolsas con estupefacientes, integrar ruedas de reconocimiento. En esos casos puede ser obligado a la realización de la diligencia probatoria y sus actitudes omisivas o resistencias pueden validamente ser evaluadas como un indicio en su contra (JAUCHEN, Eduardo, “Derechos del imputado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 25/26, en igual sentido, BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho procesal penal”, Ad-Hoc, BsAs, 1993, pág.181/82). Se ha señalado que de este modo se quiere evitar que una extensión del derecho a no autoincriminarse prive al Estado de los mecanismos precisos para ejercitar su *ius puniendi* (VILLAMARÍN LÓPEZ, obra citada).

⁴¹ Art. 75, inc 22 de la CN, art 26 de la DADH, art. 11 de la DUDH, art. 8.2 de la CADH y art. 14.2 del PIDC y P.

Sin embargo, se ha señalado que el aumento de los fenómenos de criminalidad organizada y el recrudecimiento del terrorismo sirvió de piedra de toque para cuestionar la

En Argentina es pacífica la prohibición de valoración del silencio. Según la opinión de MAIER tal prohibición se deriva del derecho al silencio, ya que por no existir en el ordenamiento facultades negativas, ésta expresa con ese nombre la veda de extraer alguna conclusión del silencio.⁴³

La presunción de culpabilidad que se deriva de los indicios que pueden desprenderse del silencio o de la falsedad colisionan frontalmente con las actuales tesis de la psicología judicial, según las cuales dichas actitudes no son comportamientos únicamente atribuibles al imputado realmente culpable, sino también al inocente, ya que el recurso a las mismas puede venir motivado no solamente por la necesidad de defenderse sino que puede deberse a otro tipo de razones. Asimismo, se sostiene que la valoración del silencio como indicio de culpabilidad es contraria la presunción de inocencia ya que la culpabilidad debe ser alcanzada a través de la actividad probatoria de la parte acusadora.⁴⁴

V.3.3 VALORACIÓN DE LA MENDACIDAD

Correlativamente a la postura que se adopte respecto del carácter de la declaración del imputado, hay quienes sostienen que éste tiene obligación de veracidad al declarar, mientras que otros sostienen que tiene derecho a mentir, una tercera postura no admite un derecho a mentir, pero tampoco impone la carga

bondad del derecho a guardar silencio, entendido en términos tradicionales. En España el Tribunal Constitucional ha confirmado una doctrina sentada por numerosas audiencias provinciales y defendida también por el Tribunal Supremo, por la que se permite extraer consecuencias negativas del silencio del imputado, siempre que se cumplan las siguientes exigencias: a) que el silencio no sea el único elemento en que se funde la condena, b) que no haya existido coacción en la toma de la declaración y c) que en el caso concreto las circunstancias exijan una explicación del imputado (VILLAMARÍN LÓPEZ, obra citada).

⁴² Art. 18 CN

⁴³ MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal-Parte General", ed. Del Puerto, Bs As 2003, tomo II, pág. 255.

⁴⁴ ANGULO, obra citada.

de veracidad. La primera y la última de las posturas enunciadas abren la ventana a la valoración de la mendacidad.

También en este caso, al igual que ocurre con la valoración del silencio, la valoración de la mendacidad como indicio de culpabilidad o como agravamiento de pena vulnera las garantías de presunción de inocencia, de legalidad, de culpabilidad y de defensa.

Si bien en la legislación argentina no se impone la carga de decir verdad, no faltaron voces jurisprudenciales que intentaron valorarla negativamente, sea como indicio de culpabilidad o como circunstancia agravante del ilícito objeto del proceso.⁴⁵

La atribución de indicio de culpabilidad a las manifestaciones del imputado coloca a la declaración como *medio de prueba*. Una contradicción en si misma no genera ninguna convicción, de ella no se sigue certeza alguna, y es por ello que no corresponde valorarla como indicio de culpabilidad. Antes bien, serán las pruebas de cargo las que generen la certeza para la condena y las que permitan descartar la versión brindada por el imputado.⁴⁶

La asignación de un grado mayor de reproche punitivo, traducido en más cantidad temporal de pena, resulta aun más vulnerante. No puede pasar inadvertido el defecto lógico y dogmático que aquella implica. En efecto, existe en dicho juicio de valoración una diversidad de objetos que lo torna inválido. El juicio de determinación de la pena mira el hecho del pasado que se le atribuye a la persona, el mismo hecho que fue objeto del juicio. La conducta mendaz del imputado no forma parte de aquel hecho y por eso no puede formar parte de aquel juicio de reproche. Esta confusión -y vulneración al principio de culpabilidad- se traduce así en una violación al principio de legalidad, ya que impone pena -más

⁴⁵ CCCorr de Morón, sala II, 29-9-92, fallo Tuzione.

⁴⁶ ANGULO, obra citada.

cantidad de pena- por una circunstancia que no integra el tipo imputado, que no configura circunstancia personal, ni conducta precedente del sujeto y que ni siquiera configura un tipo penal.⁴⁷

V.3.4 IMPUTACIÓN DE PERJURIO

La tipificación del perjurio del imputado implica la legalización de la carga de veracidad y la sanción de su inobservancia, pero fundamentalmente transforma a la declaración del imputado en un medio de prueba, desvirtuando su naturaleza de acto de defensa.

En cuanto a la extensión del derecho a no declarar contra si mismo, y a no confesarse culpable, dicha formulación admite implícitamente el derecho a mentir ya que el ejercicio de estos derechos por parte de quien sea autor del hecho imputado, una vez que haya decidido no ejercer el derecho a guardar silencio, es declarar mendazmente, por cuanto el imputado podrá no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable y ello significará en muchas ocasiones declarar falsamente como proyección del derecho de defensa.⁴⁸

⁴⁷ Idem.

En la medida en que se pretenda garantizar ampliamente el derecho de defensa del imputado, la valoración de la conducta procesal para agravar la pena debe constituir un tabú. Así se rechaza casi unánimemente la posibilidad de agravar la pena por el silencio o por negar el hecho. Sin embargo, la cuestión no parece estar tan clara cuando se trata de premiar la colaboración durante el proceso con una rebaja de pena. De ese "premio" puede derivar, indirectamente, un agravamiento de pena para quien hace uso de su derecho a negarse a declarar -aunque esta es la tendencia en materia de política criminal con figuras como la del "arrepentido"- . Convertir a la confesión y a la atenuación de pena en objetos de trueque puede tener efectos nefastos, pues hacerle saber al imputado que su confesión posiblemente lo libere de una pena grave y reduce de ese modo, su libertad de decisión considerablemente. La restricción del derecho de defensa sólo puede ser evitada mediante la prohibición de valorar la conducta procesal en cualquiera de sus formas, pues sólo esto elimina el riesgo de que los jueces caigan en la tentación de valorar negativamente, de forma explícita o velada, que el imputado se haya negado a declarar (ZIFFER, Patricia, "Lineamientos de determinación de la pena", ed. Ad-Hoc, BsAs, 1996, págs. 173/5).

⁴⁸ ANGULO, obra citada.

Viene al caso aclarar que el derecho a no ser obligado a autoincriminarse tiene diferentes concepciones según sea su fuente, entre las dos principales tradiciones de

Además, el fin de la declaración del imputado no puede ser contribuir al descubrimiento de la verdad, sino que su fin es defender, mejorar, aliviar el interés del imputado.⁴⁹

VI. EL MENOR Y SU DERECHO A SER OÍDO

En el caso particular del menor, además de todas las consideraciones previas, entra en juego para delimitar los alcances de su derecho a ser oído, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).⁵⁰ Este instrumento internacional consagra disposiciones que garantizan los esenciales derechos del menor cuando es sometido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales.⁵¹

enjuiciamiento: la anglosajona y la de Europa continental. Uno de los puntos donde existe mayor distinción entre los sistemas procesales es precisamente este llamado “derecho al silencio”, si bien tiene un origen común en ambos, es decir, la reacción contra ciertos métodos instructorios que daban lugar a crueles tormentos, ciertamente las sustentaciones ideológicas fueron diferentes y no condujeron a idénticas soluciones. En la inglesa la comparecencia del imputado a declarar es voluntaria, pero si opta por hacerlo se le atribuye la calidad de “testigo en causa propia”, debiendo prestar juramento de decir la verdad. En el sistema mixto francés y luego proyectado al resto del continente, tiene obligación de comparecer pero se prohíbe tomarle juramento y se admite su declaración mendaz (ver JAUCHEN, obra citada, págs.183 y 187).

⁴⁹ El acusado no está obligado a proporcionar prueba en su contra, no está obligado a confesar ni a facilitar al tribunal la prueba de su culpabilidad, aun en el caso que, como consecuencia de esta conducta, se prolongue o dificulte el proceso (*nemo tenetur se ipsum proedere*). Tampoco puede serle prohibido por el derecho el eliminar pruebas de cargo (ZIFFER, obra y págs. citadas).

⁵⁰ El derecho del menor a ser oído ha sido interpretado por la doctrina como un resguardo compartido por el sujeto menor de edad con el catálogo de acreencias procesales del imputado adulto. Se lo ha definido como el derecho a “*tener debidas y efectivas posibilidades de ser oído durante todo el curso del procedimiento, de efectuar instancias o indicaciones y dirigirse por sí o por sus abogados a las autoridades competentes y ofrecer pruebas, y de no ser en ninguna circunstancia y por ningún medio, obligado a declarar y/o realizar actos que impliquen reconocimiento de culpabilidad*”. (GONZÁLEZ del SOLAR, José H., “Delincuencia y Derecho de Menores”, Depalma, Bs As, 1995).

⁵¹ En los arts. 16 y 40 se establecen los principios de respeto a las garantías de la defensa en juicio, a la intimidad, a la jurisdicción, a no suministrar cargos, a la presunción de inocencia, a medidas sustitutivas, a medidas alternativas a la internación, a la recurribilidad y a la celeridad procesal.

En este sentido, el art. 40, in.2 de la convención establece las siguientes pautas: a. vigencia de la ley nacional o internacional al momento de comisión del hecho, b. presunción de inocencia, c. información sin demora y directa de los cargos, d. asistencia

En 1990 Argentina ratificó la CDN (ley 23.849) y en 1994 la incorporó a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), con la máxima jerarquía existente en el ordenamiento jurídico interno. De este modo, se asumió el compromiso de garantizar el respeto de los derechos de los niños y adolescentes y de modificar las legislaciones y prácticas que no se adecuen a ella, “compromiso que, en parte, aun tiene temas pendientes”.⁵²

Una de las características fundamentales de la CDN es la construcción de una nueva concepción del niño y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, la cual se basa en el reconocimiento expreso del menor como sujeto de derecho, en contraposición a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica.⁵³

La interpretación de la CDN, en tanto instrumento de protección de los derechos de infancia, debe hacerse conforme el principio del “interés superior del niño” y en tanto instrumento de derechos humanos, por el principio *pro homine*. El primero implica la satisfacción de sus derechos en forma integral y reafirma el principio de la no discriminación para su definición, el segundo *“es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a*

para la defensa, e. tramitación sin demora por autoridad competente, independiente e imparcial, f. prohibición de declarar contra sí mismo, g. derecho a interrogar o hacer que se interrogue a testigos, h. derecho a que toda medida se someta a autoridad competente, independiente e imparcial, i. asistencia gratuita de intérprete de idioma y j. respeto a la intimidad.

Todas estas previsiones, sumadas a las contenidas en el mismo art. 40 de la convención relacionadas con el trato digno (inc. 1), establecimiento de edad mínima de incapacidad -inc. 3, a-, tratamiento sin procedimiento judicial en casos posibles -inc. 3, b- y adopción de medidas tutelares -inc.4-, conforman un plexo de disposiciones que concurren a afianzar los derechos del menor en los supuestos donde debe ser considerada su conducta cuando se alegue que ha infringido las leyes penales.

⁵² TERRAGNI, Martiniano, “Justicia Penal de Menores”, La Ley, Bs As, 2008 pág. 10.

⁵³ TERRAGNI, obra citada, pág. 3.

*la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones ...este principio es...estar siempre a favor del ser humano”.*⁵⁴

El derecho de defensa se encuentra contemplado en la CDN, en sus dos aspectos: defensa material, derecho a ser oído o autodefensa, y defensa técnica o derecho a una asistencia jurídica especializada. La defensa material se funda en el derecho del niño a ser oído, -que incluye su silencio como manifestación de su expresión-, y a que sean tenidas en cuenta sus opiniones en todo procedimiento, judicial o administrativo, donde estén en juego sus derechos o intereses.⁵⁵

Dicho esto, cabe preguntarse si es la declaración del imputado (en los términos del art. 294 del CPPN) el medio adecuado para satisfacer el derecho del menor a ser oído, o en otras palabras, si es la declaración indagatoria *realmente* un acto de defensa.

VII. LA DECLARACIÓN INDAGATORIA COMO MEDIO DE DEFENSA EN EL CPPN

Se ha dicho que la declaración prevista en el art. 294 CPPN es un medio de defensa material, por ser “la primera ocasión que el imputado de un hecho delictuoso tiene de defenderse, al ser escuchado ante el juez que tiene la instrucción del sumario y exponer todo lo que crea conveniente a sus derechos”,⁵⁶ pero, ¿es ello suficiente para ser considerado un verdadero medio de defensa?

Alguien podría agregar que además, el ordenamiento procesal argentino recepta la garantía constitucional (e internacional) de no ser obligado a declarar contra sí mismo, ya que, el imputado tiene derecho a negarse a declarar, no se le toma juramento, no se valora negativamente su silencio o mendacidad, ni se

⁵⁴ TERRAGNI, obra citada, con cita de Mónica Pinto (nota nº 12).

⁵⁵ Art. 12 CDN

⁵⁶ CATUCCI, obra y págs. citadas.

imputa perjurio,⁵⁷ pero aun así, ¿podemos decir que la declaración indagatoria regulada por el CPPN es la manifestación procesal de la garantía constitucional a “ser oído”? Es decir, ¿es realmente *en la práctica* un acto de defensa?

Más allá de las posibles “proclamaciones” que puedan hacerse de la naturaleza jurídica del acto de declarar, es la *forma* bajo la cual se lleva a cabo la indagatoria del imputado y sus *efectos* lo que denota su carácter y finalidad.

Ello por cuanto, ciertas previsiones que rodean a esta diligencia procesal le otorgan características que permiten dilucidar el fin verdadero -o por lo menos primordial- que persigue en el proceso. En este sentido, adquiere esencial relevancia en primer lugar, que la comparecencia al acto de declaración sea *compulsiva*.⁵⁸

En segundo término, y respecto del “silencio” como prerrogativa del imputado, cabe destacar que la manifestación sobre la imputación es *expresa*, debiendo dejarse constancia en el acta que el imputado hace uso del derecho a negarse a declarar. Esta circunstancia es relevante, puesto que la obligación de realizar una manifestación al respecto denota que el acto constituye un *requerimiento a declarar* -al que el imputado tiene derecho a negarse-.⁵⁹

La formulación negativa de este derecho del imputado y la facultad de requerimiento estatal, ponen de manifiesto que el sometido a proceso no puede elegir *voluntariamente* la forma y el tiempo para ejercer su defensa, restringiéndose de ese modo la garantía señalada. En efecto, para que la declaración del imputado revista *realmente* el carácter de acto de defensa debe limitarse a *garantizar el ejercicio del derecho a ser oído*, cumpliendo dicho cometido la mera notificación fehaciente de que tiene derecho a manifestar cuanto tenga por conveniente a su defensa.⁶⁰

⁵⁷ Como se afirmó en el punto VI de este trabajo.

⁵⁸ Además, la decisión judicial de convocar a indagatoria al imputado es inapelable.

⁵⁹ Ver art. 298 CPPN, nota nº 28

⁶⁰ ANGULO, obra citada

Arribados a este punto del análisis, cabe preguntarse si la prohibición de obligar a alguien a declarar en su contra, en tanto garantía constitucional, se encuentra amparada en grado suficiente con la negativa a declarar, o si por el contrario, requiere un espacio de libertad mayor, dejando librado a elección del imputado el momento de hacerlo. En este sentido, la ausencia de juramento no parece ser suficiente.⁶¹

La subsistencia de la estructura inquisitiva ha producido una ineficacia muy profunda que hoy pone en crisis al sistema judicial mismo como sistema de solución de conflictos sociales. Al punto que sucesivas reformas parciales intentaron paliar dicha ineficacia.

La forma en la que se estructura la declaración del imputado en el proceso, representa uno de los puntos neurálgicos que deben encararse en una reforma integral del sistema procesal tendiente a la plena vigencia de las garantías constitucionales. No conviven en armonía institutos como el juicio oral o el jurado, con la obligación del imputado de someterse al acto de la declaración, aunque pueda manifestar que se niega a declarar.⁶²

Desde esta óptica, para ser consecuentes con el sistema propuesto, se debe prescindir *de lege ferenda* del “llamado a indagatoria” y limitar el acto a la sola notificación fehaciente del imputado respecto de su derecho a declarar.⁶³ En esta línea de pensamiento se enmarca el Proyecto de Código Procesal de la Nación 2589-D-04.⁶⁴ Esta propuesta establece, a diferencia del sistema procesal

⁶¹ Por ejemplo, la ley procesal penal de Puerto Rico, establece que si el imputado no se presenta a alegar ante el juez, luego de transcurridos 20 días desde la notificación de la imputación y el derecho de hacerlo, se considerará el silencio como alegación de no culpable -regla 52- (ver ANGULO, obra citada).

⁶² ANGULO, obra citada.

⁶³ MARTÍNEZ VIVOT, Julio, “Consideraciones en torno al imputado”, www.eldial.com.ar.

⁶⁴ En cuyo artículo 81, (“libertad de declarar”), expresa que “*el imputado no será citado a declarar. Sin embargo tendrá derecho a hacerlo cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente...*” y en el art. 77, 2, prevé que el imputado tiene derecho “*a guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad*”.

actualmente vigente, la consagración expresa del carácter voluntario de la declaración del imputado, pretendiéndose de ese modo, “*eliminar la concepción vigente que hace de la declaración indagatoria un acto central de la investigación*”.⁶⁵

Recapitulando, puede decirse entonces, que teniendo en cuenta las formalidades que rodean a la declaración indagatoria en el CPPN, prevalecen sobre su función de medio de defensa, otras funciones.⁶⁶ Si bien no constituye un medio de prueba, ya que no está previamente dispuesta para *asegurar* elementos de prueba, sí puede considerársela “fuente de prueba”, ya que no se puede inhibir al juez que saque del interrogatorio argumentos o elementos a favor o en contra del imputado.⁶⁷

También resulta relevante en este punto, que la jurisprudencia, siempre admitió que la convocatoria del imputado a declarar constituye un acto *persecutorio* que interrumpe la prescripción, posición que tomó carácter legal con la sanción de la ley 25.990 que reformó el art. 67 CP, en ese sentido.⁶⁸ Esta postura -inicialmente jurisprudencial y luego legal- pone de manifiesto la siguiente contradicción: si la declaración indagatoria constituye un medio de defensa no puede considerarse que tienda a impulsar sino más bien, a inhibir la pretensión punitiva.⁶⁹

⁶⁵ Ver “Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación” (expte. 2589-D-04), presentado por Alberto BINDER e Ileana ARDUINO, ed. Ad-Hoc, BsAs, 2004, págs.33/34.

⁶⁶ En este sentido, cabe destacar que el juez tiene la obligación de evacuar las citas del declarante, que coloca a la declaración indagatoria como una importante fuente de prueba.

⁶⁷ CATUCCI, obra y págs. citadas.

⁶⁸ La reforma ha seguido la línea doctrinal del fallo plenario n. 162 de la C. Nac. Crim y Corr., “Czernicer”, del 11/8/92. También la Corte Suprema había señalado a la citación a indagatoria como el primer acto con virtualidad para interrumpir la prescripción por constituir “secuela de juicio” (ver MMARTÍNEZ, Marcela, “Sobre la reforma del art. 67. Individualización de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal y el triunfo de la tesis del paralelismo”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis –Nexis n° 8, abril de 2005, págs.373/81).

⁶⁹ HAIRABEDIÁN, Maximiliano y ZURUETA, Federico, “La prescripción de la acción penal”, ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, págs.159/60. Esa contradicción también se

Se ha pretendido que la modificación legal resulta indemne a dicha crítica, argumentándose que lo que interrumpe es la propia *convocatoria a declarar* y no la *audiencia* de recepción. En otras palabras, la materialización de la decisión de llamar a declarar no significa un acto de defensa, sino que evidencia la voluntad de los órganos estatales de llevar adelante el procedimiento, en cambio la declaración en sí efectiviza la defensa material del imputado.⁷⁰

En este orden de ideas se ha dicho que *“El proceso penal no es un proceso que busque la confesión. No obstante, nuestros sistemas procesales, predominantemente inquisitivos sobre todo en la fase de instrucción, no se rigen por este principio y siguen buscando la confesión como uno de los objetivos del proceso”*.⁷¹

Con este telón de fondo y retornando a la declaración del menor no punible imputado, se impone ahora el análisis propuesto sobre las diferentes posturas jurisprudenciales.

VIII. POSTURAS JURISPRUDENCIALES

apreciaba durante el régimen anterior a la reforma en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que por un lado interpretaba que los actos de defensa no podían constituir “secuela de juicio”, pero por otro sostuvo que el llamado a indagatoria interrumpía la prescripción (Fallos 197:282 y Fallos 312:1351).

⁷⁰ En los fundamentos del proyecto se apuntó que *“no se trata de un acto de defensa, como es la declaración del imputado...se trata de que la citación a prestar indagatoria que tiene como presupuesto un mérito -si bien provisional- de franco carácter incriminante para el citado”* (ver HAIRABEDIÁN y ZURUETA, obra y págs. citadas). Ver también, el comentario de Carlos LASCANO a los arts. 62 y 63 del CP, en “Código Penal”, David BAIGÚN y Eugenio ZAFFARONI, directores, ed. Hammurabi, BsAs, 2007, tomo 2B, págs. 236/7.

⁷¹ (BINDER, obra citada, pág. 180). *“Históricamente venimos de muchos siglos a lo largo de los cuales el proceso penal ha buscado la confesión como uno de sus objetivos más firmes, aunque casi nunca declarado”* (idem.).

Como se adelantó en el punto IV, hay dos posturas jurisprudenciales contrapuestas:⁷²

A) la que considera que antes del sobreseimiento corresponde que el menor imputado declare ante el juez del proceso.

B) la que sostiene que corresponde sobreseer al menor sin convocarlo a declarar.

El punto central de la discordancia radica en qué interpretación cabe darle al orden de prelación de las causales sobre la procedencia del sobreseimiento, establecido en el art. 336 CPPN.

Dicha norma procesal dispone que *“El sobreseimiento procederá cuando:*

- 1. la acción penal se ha extinguido*
- 2. el hecho investigado no se cometió*
- 3. el hecho investigado no cuadra en una figura legal*
- 4. el delito no fue cometido por el imputado*
- 5. media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria...”*

Para la postura A debe cumplirse necesariamente el orden, de manera que no corresponde invocar la causal nº 5 para sobreseer si no han sido previamente descartadas las causales anteriores. La posición contraria B, entiende que si *a priori* el imputado es inimputable, corresponde sobreseer por esa causal, sin que sea necesario ahondar en las demás.

Los argumentos en los que se sustentan estas corrientes jurisprudenciales son los siguientes:

⁷² Estas dos posturas constituyen la opinión de las diferentes Salas que componen la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional, tribunal de alzada que revisa las resoluciones de los juzgados nacionales de menores.

POSTURA A

“La mera circunstancia de que se trate de un menor inimputable, aun cuando en última instancia derivaría en dictar a su respecto el sobreseimiento por la causal prevista en el art. 336, inc.5 del CPPN, no autoriza a ignorar el orden de prelación bajo el cual, obligatoriamente, debe analizarse la situación del imputado -art 337-, puesto que su inimputabilidad no permite descartar *a priori* que pueda arribarse a igual temperamento, más no ya con fundamento en su minoría de edad, sino por cualquiera de las otras causales previstas por el CPPN. Debe evaluarse previamente si los elementos reunidos tienen entidad suficiente para considerar que el menor cometió el hecho endilgado y expedirse al respecto. Sólo al acatar el orden de prelación establecido con carácter obligatorio y descartadas las hipótesis previas, el dictado del sobreseimiento fundado en la causal del inc. 5 del art. 336, aparecería ajustado a derecho. Por ello, al no haberse manifestado la juez de primera instancia respecto de la posible autoría del menor, se ha vulnerado el principio de inocencia y, por lo tanto, corresponde revocar el sobreseimiento dictado”.⁷³

“No es lo mismo que un menor resulte sobreseído por ser ajeno al hecho que se le imputa o porque es inimputable en razón de su edad”.⁷⁴

“Frente a un acusado inimputable, si falta la certeza absoluta respecto de su ajenidad en el hecho investigado, no corresponde aplicar el art. 336, inc.5, ya que de lo contrario se estima vulnerado el orden sistemático determinado por el método analítico impuesto a partir de la teoría del delito, dejando invertida la carga de la prueba al exigirle por vía indirecta la acreditación irrestricta de su responsabilidad penal, dato que conculca el principio de inocencia”.⁷⁵

⁷³ CCC sala IV, causa 22.357, del 21/11/2003.

⁷⁴ CCC, sala IV, causa “M.B. y otro s/hurto”, del 13/4/2005. *idem* del mismo tribunal, causa 27.717, del 23/8/2005, causa 22.504, del 22/10/2003, causa 28.377 del 15/3/2006 y causa 20.623 del 20/3/2003.

⁷⁵ CCC, sala VI, causa 19.080, del 8/8/2002.

En igual sentido, se dijo que previo a desvincular a un menor del proceso, éste debe ser oído a tenor del art. 294 del CPPN, tal como lo disponen los arts 12 y 40 de la CDN” CCC Sala VI, causa 37.244 del 19/5/2009.

POSTURA B

“La inimputabilidad del menor reviste preeminencia sobre las restantes causales en las que debe asentarse un sobreseimiento, por ello se configura el sobreseimiento conforme al art. 336, inc. 5, CPPN”.⁷⁶

“No constituye agravio suficiente decir que no se ha respetado el orden de prelación establecido como causales de sobreseimiento -art 336- sin que se postule cual seria la hipótesis omitida, ya que pretender dilucidarla mediante el avance de la investigación -a través de la convocatoria a prestar declaración indagatoria a un menor no punible- podría constituir un perjuicio para el imputado”.

77

“La intervención penal debe usarse como ultima ratio para la resolución de conflictos ...no se advierte la necesidad y la utilidad de someter a un menor de doce años a la intervención del *ius puniendi*, para que ejerza su derecho de defensa en juicio al sólo efecto de analizar la materialidad del hecho y despejar su responsabilidad evitando de ese modo las posibles acciones civiles, cuando en otra sede mediante el correspondiente juicio ordinario se puede resolver la cuestión con menos costo para el menor que se pretende someter a juzgamiento”.⁷⁸

“Desde que para el juez es ineludible dictar sobreseimiento y que esta solución depende exclusivamente de la ley -art. 1 de la ley 22.278-, carece de sentido toda referencia a la eventual responsabilidad del menor y por tanto que se cumplan actos como la indagatoria...por el contrario, estimo que ello importaría una actuación procesal que evidentemente se opone a la voluntad de la ley de evitarla y ello no es contrario a la CDN”.⁷⁹

⁷⁶ CCC sala V, causa 19362, 9/4/2002, causa 17.372 del 11/12/2001, causa 27.926, del 15/11/2005.

⁷⁷ CCC sala VII, causa 27.540 del 29/9/2005.

⁷⁸ CCC sala VI, causa 33.624, del 27/11/2007. idem CCC, Sala I, causa 28.228 del 24/4/2006.

⁷⁹ CAP de Bahía Blanca, Sala I, causa 38.846, del 10/8/2007.

IX. SOLUCIÓN PROPUESTA

Frente al panorama jurisprudencial descrito, cabe concluir que detrás de las diferencias en torno a la interpretación del orden impuesto por el art. 336 CPPN, subyace la cuestión de qué jerarquía debe otorgársele a la protección del niño imputado en el marco de un proceso penal que no hace distinción con la situación del adulto, respecto de la imposición legal de formalidades en su declaración, y que en la práctica no representan el debido resguardo de su “derecho a ser oído” y por lo tanto, de su garantía de defensa.

Este análisis debe estar regido por el principio del *interés superior del niño* que impone la CDN⁸⁰, y debe consistir en poner en uno de los platillos de la balanza la necesidad de proteger al menor de situaciones traumáticas -y consecuencias gravosas- propias de la aplicación del art. 294 CPPN y en el otro, la necesidad de garantizar su derecho de ser oído (efectivizado en la práctica a través de la declaración indagatoria).

⁸⁰ Que en tanto principio interpretativo por excelencia del cuadro fáctico y legal aplicable, posee la característica de integralidad, puesto que debe armonizarse con el resto de los principios que rigen la CDN y también la normativa nacional en materia de menores sujetos al proceso penal, considerando el derecho vigente en la materia, como una totalidad que se basta a si misma (GONZÁLEZ del SOLAR, José H., “Delincuencia y Derecho de Menores”, Depalma, Bs As, 1995). En la práctica, este principio implica que se debe evitar al menor cualquier acto procesal que lo afecte moralmente tanto en la averiguación del hecho como en las medidas de seguridad que se le apliquen.

El interés superior del niño debe interpretarse en el sentido de que su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como principios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del niño y que el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado y medios idóneos en este género de tareas. Ello conlleva a tomar las medidas menos estigmatizantes para el niño, por eso no se entiende que en Argentina se convoque al menor no punible imputado en los términos del art. 294 y no conforme al art. 12 CDN. En el caso de efectivizarse la audiencia del menor, la autora sostiene que debería aplicarse el procedimiento del art. 250 bis del CPPN (con la presencia de un psicólogo especialista en niños, en recinto especial, etc.) -que si bien está previsto para la víctima, debe extenderse su aplicación al testigo y al imputado cuando es un menor no punible (ALONSO, Silvina Andrea, “Derecho del niño a ser oído: ¿Derecho irrenunciable o carga procesal?”, disponible en www.terragnijurista.com.ar)

Así planteados los términos de la cuestión, creo que ninguna de las dos posturas jurisprudenciales descritas soluciona adecuadamente el problema, ya que en ambos casos la balanza se desequilibra en uno u otro sentido.

La postura A, en aras de proteger el derecho de defensa del menor, le impone declarar -con lo traumático que puede resultarle ese evento⁸¹-, cuando en realidad, de ese modo (es decir aplicando la forma de la indagatoria según lo dispone el CPPN) no podríamos decir que se satisfaga su derecho a ser oído, en los términos de la CDN.⁸²

En este sentido, ordenar la declaración indagatoria del menor inimputable - en ciertos casos, niños de tan solo 10 años de edad al momento del hecho-, con la exposición directa y personal ante un juez penal, respecto de una conducta que jamás puede ser considerada delito por faltar el presupuesto de la imputabilidad, es una medida que se contrapone a los principios de la CDN en cuanto a que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.⁸³

⁸¹ Se ha descrito el “sufrimiento” que en general padecen los imputados al momento de declarar en indagatoria, en estos términos: *“La situación generada en un interrogatorio es de conflicto, ocasionado por la elección entre dos alternativas negativas. En general el sujeto tiene en su mente las consecuencias, algunas inmediatas como la pérdida del honor, otras diferidas como la cárcel, además de sentimientos difícilmente controlables: remordimiento, culpabilidad, mala conciencia... También sufre la tensión de determinadas tendencias: necesidad de hacer partícipe de sus actos a otra persona, de descargarse de ellos mediante la participación de otros. La situación tanto previa al interrogatorio como en su desarrollo genera tensión y es objeto de presiones internas tendentes a no prolongar la situación desagradable. Consecuencias, sentimientos y tendencias no operan en la misma dirección, por lo que se establece un estado de conflicto dirigido al proceso de elección: confesar y aguantar las consecuencias, o no hacerlo y padecer la desagradable situación”* (SEGURA ORONICH, Andrés, “El imputado y el testigo ante el juez- Psicología del interrogatorio”, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 147).

⁸² Sin embargo, BIDART CAMPOS destacó que la indagatoria no ha de verse en desmedro del menor imputado, sino a la inversa, como una forma de darle intervención necesaria a que por su edad tiene derecho conforme a la regla del debido proceso y a la CDN. Lo hizo al comentar un fallo donde la juez sostuvo que aun en el caso de menores inimputables debe procederse a la comprobación del delito –según lo exige el art. 1 de la ley 22.278-. La magistrada agregó que si tal verificación excluyera la posibilidad de permitir al imputado el ser escuchado ante la autoridad judicial, con todas las garantías del caso, se afectarían indiscutibles garantías constitucionales como la defensa en juicio (ver JNM n°4, c.45.398, “P.,A. L.”, del 27/8/93, ED 154, págs. 687/9).

⁸³ Principios que reivindican una protección especial, ya enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, que estableció que *“el niño por su falta de*

Por otro lado, tampoco corresponde, según lo entiende la postura B (aun cuando sea para proteger al menor del trauma de la indagatoria) cercenarle la oportunidad de ser oído, que le confiere la CDN.⁸⁴

En la convocatoria del menor no punible a indagatoria se superponen dos finalidades: por un lado la necesidad de investigar⁸⁵ -y que eventualmente de allí surja que no se cometió el delito o que no ha sido cometido por el menor- y *en ese marco*, la necesidad de garantizar la defensa del menor y dentro de ésta, el derecho a ser oído. Es decir, detrás del objetivo alegado para justificar la citación a indagatoria, (derecho a ser oído), subyace en realidad otra finalidad, (investigación) y a la que se subordina el primero, como un fin secundario.

Luego de todo lo expuesto, cabe reflexionar que del modo como está configurada la declaración indagatoria “sirve” más al “objetivo principal” que al

madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal antes y después del nacimiento”.

⁸⁴ Art. 12 y art. 40, apartado 2, inc. iv.

Se ha dicho que concluir el proceso penal del menor no punible, una vez corroborada la menor edad y/o que el monto de la pena no exceda los dos años dictando un auto de sobreseimiento, ignoraría el derecho que tiene el niño no punible a ser desvinculado del proceso por otras causas que previamente se deben examinar, tales como que el hecho atribuido no constituya delito o que el niño no sea el autor de éste (ver DE ROSA, Pablo y OLIVERA, Claudia, “El derecho a ser oído de los niños y adolescentes no punibles como verdadera manifestación del estado constitucional de derecho”, disponible en fiscaliablanca.mpba.gov.ar).

También en este sentido fueron expresadas las conclusiones de las “XX Jornadas de Reflexión de la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia”, que respecto del menor no punible se concluyó que *“debe ser oído bajo las garantías del debido proceso. Hace al derecho de defensa en juicio. Se debe determinar sumariamente el cuerpo del delito y la participación del joven (art. 1 ley 22.278) no es lo mismo ser dispensado jurídicamente que ser declarado inocente”.*

⁸⁵ Art. 1 ley 22.278, “si existiere imputación contra alguno de ellos [menores no punibles] la autoridad judicial lo dispondrá provisoriamente, procederá a la *comprobación del delito*, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre”.

“subordinado”. Al optar entonces por el llamado a indagatoria del menor no punible, se prioriza la necesidad de investigar el hecho.

Pero, creo que el derecho del menor a ser oído (del modo consagrado en la CDN) está por encima de la necesidad de investigación, y si se concluye que el llamado a indagatoria en los términos del art. 294 no lo satisface adecuadamente y puede traerle consecuencias negativas, debe optarse por no *convocarlo* a declarar, pero sí crear una instancia de diálogo entre el magistrado y el menor que sea *optativa* para éste. En efecto, la contracara del derecho a ser oído del menor imputado, es la obligación del Estado de brindarle la posibilidad de ejercerlo, respetando las previsiones de la CDN, pero no la de obligarlo a comparecer como exige el art. 294, porque ello implica subordinar el derecho a ser oído al objetivo de investigar en el proceso.

La CDN en su art. 40, apartado 2, inciso iii), dispone que la causa será dirimida por una autoridad judicial en una audiencia equitativa conforme a la ley, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación. En igual dirección, el apartado 3, inciso b), del mismo artículo ordena a los Estados Partes, siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a los niños imputados, sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.⁸⁶

La invocación de estos preceptos permite adoptar la práctica de convocar al menor inimputable a declarar en los términos del art. 12 de la CDN, a fin de que ejerza su derecho a ser oído, siendo su asistencia *voluntaria* y no generando

⁸⁶ El párrafo 2 del art 12 CDN especifica que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que le afecte, este artículo alude al derecho de expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar al niño, se trata del “derecho a ser oído”, luego retomado por el art. 40, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio como defensa material, sino que hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia (ver DE ROSA, Pablo y OLIVERA, Claudia, obra citada).

consecuencia alguna en caso de incomparecencia (es decir el juez resolverá su situación procesal sin ese elemento de descargo).⁸⁷ Esta práctica propuesta sería la consagración de la solución indicada de *lege ferenda* para el caso del proceso penal en general (adultos), según se expuso en el punto VII.

Alguien podría alegar que esa práctica no está receptada por el Régimen Procesal Penal vigente y que por ende, tampoco puede aplicarse al caso de los menores inimputables (ni a los menores punibles). Sin embargo, sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha considerado que las cuestiones jurídicas que involucran a la infancia deben ser analizadas partiendo de la CDN, lo cual se encuentra en sintonía con una corriente que considera que las normas internacionales de derechos humanos incorporadas al texto constitucional *deben ser aplicadas directamente y tienen jerarquía suprema*.⁸⁸

Sobre la base de diversas disposiciones de la CDN, la CSJN reafirmó que los niños tienen los mismos derechos reconocidos a todas las personas y además gozan de una protección especial por ser sujetos en desarrollo.⁸⁹

El alto tribunal advirtió la tensión entre los derechos especiales reconocidos a las personas menores de edad y las normas jurídicas del régimen penal de la minoridad cuando regula los casos de los imputados no punibles. Precisó también que los magistrados, frente a un imputado no punible que cometió un delito, *“deben aplicar medidas de protección -y no sanciones- evitando en forma prioritaria la privación de la libertad. De este modo se procura evitar la estigmatización y el efecto criminógeno que genera la institucionalización”*. El

⁸⁷ Va de suyo, que esta solución debe ser también la que se aplique al menor imputable o punible (el que al momento del hecho tenga entre dieciséis y dieciocho años).

⁸⁸ “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en causa n^o 7.537”, del 2/12/2008, citado por TERRAGNI, obra citada, pág. 53

⁸⁹ TERRAGNI, obra citada, pág. 53.

mismo razonamiento debe usarse para concluir que no corresponde convocar compulsivamente a indagatoria a un menor inimputable.⁹⁰

Por último, sólo resta agregar que esta solución propuesta ha sido aplicada por un Juzgado de Menores de Primera Instancia, que ha expresado lo siguiente: *“debo entender frente a su incomparecencia (del menor) que no tienen deseo alguno de presentarse en el sumario, de cuya existencia y trámite poseen cabal conocimiento, circunstancia que de cualquier modo no resulta obstáculo para resolver definitivamente su situación procesal, sobreseyendo por aplicación del art. 336, inc. 5 del CPPN, ya que la joven E.B.P. contaba con 15 años de edad a la fecha de la comisión del hecho, por lo que no resulta punible en orden a ilícito alguno habida cuenta de lo establecido en el art. 1 de la ley 22.278...la CDN sólo impone que se de al niño la oportunidad de ser oído sin que exista a mi criterio un imperativo en tal sentido, ya que se trata de un menor de edad no punible por imperio legal (art. 1 ley 22.278), no resultando lógico que para brindar esa oportunidad al niño o a sus representantes legales, se recurra a medios compulsivos (traslado por la fuerza pública), cuando como en este caso, notificados de que se requiere su presentación, no concurren a la citación”.*⁹¹

Es esperable que esta práctica se consolide en la jurisprudencia, para lo cual será necesario que esta “tercera opción” sea admitida por el Tribunal de Segunda Instancia (C.C.C.), en el marco de los recursos interpuestos, donde se mantienen hasta el momento las dos posturas estudiadas, que según se

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ JNM n° 4, causa 7.765, “P., E.B.S.” del 18/4/2008. Una postura similar a esta ha sido expresada por la Cámara de Casación Penal en la causa n° 272, del 23/12/94, reg. n° 210/94, donde el tribunal expresó que además de la indagatoria existe otra alternativa, la llamada declaración al sólo efecto de la información sumaria, esa modalidad se desprende de la letra del art. 1 de la ley 22.278, que prevé la posibilidad de interrogar al menor a través del “conocimiento directo” y que ya era de utilidad en el antiguo régimen procesal. Esta circunstancia no se ha modificado con el paso de un sistema procesal a otro, aun cuando en la actual ley 23.984 (CPPN) la indagatoria no implica, como antaño, el procesamiento del individuo.

demostró, no constituyen una verdadera solución de la problemática planteada. Ello por cuanto, sólo así se mantendrá la balanza equilibrada.