



**LA AVERIGUACION DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL FRENTE A LA
TUTELA ESPECIAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. UN ANALISIS DEL FALLO
“H.A.O. S/INFRACCION LEY 23.737”**

NOTA A FALLO

Autora: María Paula Cascón

D.N.I. 32.586.754

Legajo: VABG30503

Profesor: Cesar Daniel Baena

Buenos Aires, 2024

TEMA: Grupos vulnerables y en contexto de vulnerabilidad.**FALLO:** C.S.J.N, “H., A. O. s/ infracción Ley 23.737”. Fallos: 344:1509. 24/06/2021

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7671861&cache=1719693230310>

Sumario: 1. Introducción - 2. Reconstrucción De La Premisa Fáctica, Histórica Procesal y Descripción Del Tribunal – 3. Reconstrucción De La Premisa Fáctica, Histórica Procesal y Descripción Del Tribunal – 4. Análisis Crítico De La Autora – 4.1 La Descripción Del Análisis Conceptual, Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales – 4.2 Posición De La Autora – 5. Conclusión -6.1 Índice de Referenciass – 6.1 Doctrina – 6.2 Legislación – 6.3 Jurisprudencia- 6.4 Otras fuentes – 7. Anexo.

1. Introducción:

En la presente nota, se realizará un análisis sobre el fallo de la Corte Suprema de la Nación, con fecha de sentencia, 24 de junio de 2021 en los autos H., A. O. s/ infracción ley 23.737. El caso llega a conocimiento de la C.S.J.N. por medio de la interposición del Recurso Extraordinario Federal, producto del rechazo obtenido de la Cámara Federal de Casación Penal que fuera interpuesto por la defensora oficial intervenía en la causa desde el inicio.

La participación estatal inicia producto de una denuncia anónima que alertaba sobre la venta de estupefacientes, en la cual se da intervención al juez federal que dispone las primeras medidas, estas incluían el allanamiento del domicilio denunciado. En la ejecución de mismo, además de droga y un arma de fuego, se encuentra un adolescente de 15 años de edad. Las medidas dictadas a posteriori por el Juez interviniente respecto del menor de edad, son las que dan lugar al presente análisis.

El fallo presenta un conflicto entre el principio de averiguación de la verdad que conlleva la persecución Pública Penal del Estado y el principio de tutela especial respecto de niños, niñas y adolescentes, de manera específica en su derecho de ser oídos. Este conflicto no es superfluo, aislado ni mucho menos desvinculado de la realidad cotidiana social. En el año 2017 y 2019 se presentaron proyectos al congreso de la nación que pretendían realizar modificaciones al régimen penal juvenil, modificando la edad de imputabilidad a los 14 años. En aquella oportunidad colectivos especializados y organizaciones de derecho humanos manifestaron su rechazo bajo el lema de Red Argentina No Baja. A su vez, quienes se posicionaban a favor del proyecto entendían

que la ampliación de la punibilidad implicaba que el adolescente se hiciera responsable de sus actos, en la medida que tendrían capacidad para comprender la criminalidad de los mismos y conforme la capacidad medida en parámetros de autonomía progresiva, se pretendía hacer extensiva la responsabilidad del ámbito civil al ámbito penal. (Benedito, Carlino, 2022) Esta discusión no quedo olvidada de la agenda política ya que los primeros días del mes de mayo del corriente año se presentó un proyecto en el congreso de la Nación, con iniciativa de Mariano Cuneo Libarona, Ministro de Justicia de la Nación, que tiene por finalidad nuevamente insistir con la misma cuestión, modificar la edad de imputabilidad de los menores –disminuyéndola notoriamente- y por consiguiente realizar modificaciones en el Régimen Penal Juvenil.

Nuestra normativa vigente es clara, los adolescentes menores de 16 años son inimputables y para aquellos mayores de esa edad, en los supuestos de comisión de delitos, se aplica un régimen especial. El fallo en análisis se centra en un adolescente de 15 años que no debería ser sometido a proceso penal alguno y sin embargo bajo argumentos que analizaremos, se prendía que el mismo comparezca a dar declaración indagatoria. Si teniendo normativa vigente clara siguen existiendo grises y criterios judiciales que no centran énfasis en la tutela de los menores, que sucedería si esa normativa es más laxa y amplia el universo de menores punibles. Para ello es crucial saber cuál es el alcance de la intervención estatal en materia penal cuando involucra niños y adolescentes, y cuál es la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante CSJN, en lo que respecta a la tutela de este grupo vulnerable, el alcance, protección de derechos y su correcta interpretación

Se está ante un problema axiológico entre principios y es muy importante entender a qué hacemos referencia cuando declaramos esto, para poder así darle la dimensión y peso correcto a la resolución de la Corte. Es por esto que inevitablemente si hablamos de conflicto de principios tenemos que recurrir a Robert Alexy, autor contemporáneo que clarifica el tema y nos adentra en el mundo de la ponderación o balanceo (Alexy, 2006). Para este autor las normas se clasifican en reglas o principios y esta diferenciación no está dada en función de graduación de las normas sino en una función cualitativa.

Siguiendo este razonamiento cuando hablamos de principios estamos refiriendo a mandatos de optimización, es decir un estándar teleológico, que puede ser cumplido en diferentes grados y depende de las posibilidades reales y jurídicas. En cambio, las reglas, son o no son cumplidas; no existen matices. Cuando estamos en presencia de un conflicto

de reglas, la solución es sencilla: o se inserta una cláusula que permita la realización de la conducta y se termine el conflicto o se declara a una de esas normas invalida y por consecuencia es eliminada del ordenamiento jurídico. (Alexy, 1993). En cambio, cuando estamos en presencia de un conflicto de principios, no podemos resolver en abstracto, necesitamos aplicarlo en el caso concreto con todas las particularidades que eso apareja. No se produce la eliminación ni exclusión de uno de los principios. Para poder resolver el conflicto, Alexy incorpora un elemento central: el peso. Necesitamos posicionarnos en el caso concreto de análisis y evaluar en peso de ambos principios e inclinarnos porque aquel de mayor peso. Es allí donde se aplica la ponderación, ante el caso concreto hay una relación de precedencia de uno sobre el otro.

En la misma línea de razonamiento, Dworkin (1984), también realiza una distinción entre reglas y principios, manifestando que cuando estamos en el ámbito de las reglas jurídicas, una puede ser más importante que otra en función de cuál es la relevancia que tiene en la regulación del comportamiento, pero no podemos decir que exista una norma más importante que otra dentro del ordenamiento jurídico de modo que si dos de ellas entraran en conflicto, una sustituirá a la otra en virtud de su mayor peso.

Los sistemas jurídicos, como lo hace el nuestro, regulan como resolver los conflictos entre normas estableciendo cuál de ellas es la que prevalece ante el conflicto. Esta misma regulación no es aplicable para los supuestos de conflictos entre principios, ya que la jerarquía de las reglas se caracteriza por ser rígida, en cambio los principios se caracterizan por ser flexible porque se basan en el peso y en la relevancia de cada uno de ellos dentro del sistema normativo. Consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto., de una valoración por parte del interprete considerando cual es desplazada y cual es aplicable (Moreso, 2009). Esta clarificación precedente de conceptos nos arroja luz y nos permite analizar el fallo en cuestión.

Volviendo al fallo, habiendo sido rechazado la vía recursiva por el juez federal interviniente, posteriormente por la Cámara de Apelación correspondiente y finalmente por la Cámara de Casación Penal, llega en última instancia a la CSJN. En todas las instancias sus reclamos tuvieron igual suerte, tanto el tribunal inferior, como el juez interviniente sostenían la misma tesis en lo que respectaba a la ausencia del gravamen irreparable para con el menor. Respecto del decreto objeto de cuestionamiento, que establecía que el menor debía comparecer para prestar declaración indagatoria en el marco del art 294 C.P.P.N y en el mismo acto ordenaba la celebración de la audiencia

establecida en el Art. 1 de la Ley de Régimen Penal de Minoridad N°22.278, no creyeron los magistrados de las diferentes instancias, que existiese conflicto entre la declaración indagatoria en la que se le informaban los cargos que pesaban sobre el adolescente. De hecho, según estos, ese mismo acto implicaba el reconocimiento al menor como sujeto de derecho no siendo según sus criterios contrario a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es de sumo interés la transcripción que la corte realiza de fs. 61/68vta del legajo de la Cámara de Casación Penal que reza:

en estricto cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por la argentina en tutelar el interés superior del niño con rango convencional constitucional, la posibilidad de que el niño niña o adolescente pueda declarar en un proceso penal en el que es sindicado como responsable, es de vital importancia pues ello hace al respeto del debido proceso en el que el conflicto debe ser resuelto y al ejercicio de derecho de defensa de los intereses que le son propios, a un sujeto considerado vulnerable en razón de su edad (H., A. O. s/ infracción ley 23.737, CSJN, p.4).

Por su parte la defensora oficial, quien dedujera el recurso extraordinario, había expuesto oportunamente que la realización de la audiencia indagatoria tenía como fin que se defendido aporte información sobre la investigación del hecho delictivo, utilizando de esta manera al menor como un instrumento para un fin colectivo. Esta pretensión de cosificar a los menores, entiende esta, es contraria a la condición de personas en desarrollo y al reconocimiento de un trato diferencia respecto de los adultos.

A través de las diferentes instancias, no observaron por parte de los diferentes magistrados que existiese un conflicto entre normas, sino que la decisión primaria del juez federal era armónica con los principios y derechos tutelados en los que se protegía al menor por su condición de vulnerabilidad en razón de su edad, pero a su vez también al interés de la sociedad en su conjunto de la averiguación de la verdad.

Concatenando lo que hasta ahora he expuesto, se observa que la Corte en el fallo no se ha manifestado sobre la inconstitucionalidad de ninguna norma, ni ha aplicado un criterio normativo sobre la prevalencia de una u otra norma sino, como posteriormente desarrollare, ha establecido cual es el alcance que debe tener la tutela del adolescente y que es lo que implica el derecho a ser oído y el peso que tiene la averiguación de la verdad

en este marco. El caso versa sobre evaluar cuál de los principios, en este caso en particular, tiene mayor peso; si la averiguación de la verdad, sobre la comisión de un ilícito penal donde han sido lesionados bienes jurídicos protegidos que da lugar al despliegue de todos recursos jurídicos permitidos por las normas, o la tutela especial de los niños y adolescentes. Es de importancia entender cuál es el rol que cumplen los menores de edad en ámbito penal ya que por la vulnerabilidad que traen aparejados, las lesiones pueden ser de extremada difícil recomposición.

2. Reconstrucción De La Premisa Fáctica, Histórica Procesal y Descripción Del Tribunal

Los inicios procesales se remontan a una denuncia anónima a través de la cual se da intervención al juez federal. Este dispone el allanamiento del domicilio denunciado en que se secuestra droga y un arma del fuego. Cuando se realiza el procedimiento, como se adelantaba, encuentran en el domicilio a un menor de 15 años de edad. Posterior a esto, el menor es entregado a sus progenitores, previa acreditación del vínculo. A partir de allí, el juez interviniente ordena la realización de una audiencia de conocimiento, y en el marco del art. 1 de la Ley 22.278 se da intervención a la asesora de menores y a la defensa pública oficial.

Tanto la defensora de menores como la defensa publica oficial objetan la resolución por medio de escritos de oposición en las que proponían la realización solo de la audiencia que menciona el art. 1 de la Ley especial, rechazando la audiencia indagatoria. El juez rechaza el planteo sosteniendo que la declaración indagatoria es un acto de defensa del imputado y también garantía del mismo. Este pronunciamiento es confirmado por la Cámara de apelaciones del fuero penal, lo que motiva nuevamente a que la Asesora de menores y a la Defensa técnica a recurran la resolución ante el tribunal de Casación Penal. Este recurso no es concedido bajo el argumento de no ser dirigido contra una sentencia definitiva, ni una sentencia que cause un gravamen irreparable. Llegada esta instancia las defensoras acceden por vía directa a la Cámara Federal de Casación Penal donde sus reclamos corrieron igual suerte. La opinión mayoritaria del tribunal estaba alineada al tribunal inferior en grado. Se refuto la posición de las recurrentes respecto a la existencia de un conflicto entre la solución recurrida y la Convención de los derechos del niño manifestando que la indagatoria ordenada no le producirá reproche punitivo pero que si al menos a través de ella se puede aportar datos a la investigación. Este recorrido nos lleva a la última instancia en la cual la defensora

oficial interpone un recurso extraordinario federal y fundamenta por qué considera que la decisión judicial es de gravamen irreparable y cuáles son los agravios que esto ocasiona.

La CSJN en el análisis del caso entendió que la decisión cuestionada era equiparable a una sentencia definitiva en razón de que efectivizarse la medida dispuesta por el juez de instrucción, provocaría un perjuicio al menor que posteriormente no podría ser reparado. Que el recurso era procedente y entre los argumentos más sobresalientes que motivan la sentencia, se entendió que la investigación que podría realizarse sobre la persona del menor (como así las resoluciones que versen sobre este) no podían ir más allá de lo que había sido previsto por las leyes especiales que lo tutelaban. Se expresó la necesidad de ocuparse de los niños evitando recurrir a procesos judiciales a fin de evitar o mitigar los efectos negativos que estos podrían proporcionarles y que no podía camuflarse bajo el derecho de ser oído del menos la realización de una audiencia indagatoria que perseguía como fin recabar datos relevantes para la investigación. Manifestaron que el derecho a ser oído es un derecho del menor, el cual tienen derecho a ejercerlo, más no obligación. Los magistrados manifestaron que no sería una decisión ética apropiada para un estado instrumentalizar a un sujeto con el fin de obtener información sobre un ilícito al que expresamente se le asigna una protección especial y un régimen legal específico. Agregaron que de acuerdo a las constancias de los expedientes, toda la función tutelar que correspondía ser aplicada para con el adolescente, no había sido ejecutada y que el centro de actuación estuvo en la declaración que el menor tenía obligación de realizar. Por todo eso, se revoca el pronunciamiento apelado y se ordena que vuelvan los autos al tribunal de origen para que dicte uno nuevo con arreglo de lo antes mencionado.

3. Reconstrucción De La Ratio Decidendi Del Fallo

Se necesita determinar cuáles han sido los argumentos que el tribunal utilizó para poder determinar cuál es el principio que mayor peso tiene, cual tiene que ceder, ponderarse en función del otro. Para poder esclarecer esto, se requiere entender a la averiguación de la verdad como un elemento central de análisis en el derecho, que específicamente en el ámbito penal cobra una mayor preponderancia debido a que si se atribuye responsabilidad penal a un individuo puede implicar consecuencias severas que incluyen hasta la pérdida de la libertad. Es por esto que se requiere tener conocimiento y aplicar debidamente las normas jurídicas que no solo obligan, sino reconocen derechos fundamentales a las personas constituyendo un límite al *ius puniendi* estatal. La noción

de verdad no tiene un significado único sino que está estrechamente vinculada a los objetivos que se persiguen en derecho penal, como así a su utilidad práctica e incidencia tanto ética como social. (Zamora Acevedo, 2014). Siguiendo este orden de ideas, recordamos que hace más de un siglo, la política criminal de nuestra nación se ha mantenido casi de forma invariable bajo la tesitura de excluir del régimen punitivo a individuos de determinada edad fundada en la ausencia, para este rango etario, de requisitos intelectuales y volitivos para fundar un proceso judicial en su contra. En la actualidad esas mismas ideas siguen vigentes ya que la Ley 22.278, sancionada el 25 de agosto de 1980, con sus posteriores reformas establece que un menor que todavía no haya cumplido los 16 años de edad, no es punible.

Tendiendo todo esto presente el tribunal retoma sobre le Ley Penal Juvenil, alegada por la defensora de menores, que establece que en el supuesto en el cual un menor tutelado por la norma cometiera un ilícito, se tiene que dar conocimiento a los padres, tutores y se ordenara la realización de informes a los fines de tener conocimiento sobre la personalidad y condiciones familiares y ambientales. Establece de esta manera una tutela diferenciada que ameritan los niños y adolescentes en razón de su edad, por la vulnerabilidad a la que están expuestos. La C.S.J.N expresa que no es posible dirigir válidamente una imputación a quien al momento del hecho no hubiera cumplido los 16 años, por más que posteriormente, en el desarrollo del proceso alcance esa edad. Parte de la doctrina que la investigación debe desarrollarse respecto de la persona del menor y no puede ir más allá de los fines previstos en las leyes especiales destinadas a la protección del adolescente o su corrección. (Clariá Olmedo, 1962)

El tribunal de manera expresa remite a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que en su art 40, 3º apartado inciso b dice: “Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.” A su vez el Comité de los Derechos de niño (2019) manifiesta claramente que los niños y adolescentes que no hayan alcanzado la edad para ser punibles sus conductas deben recibir asistencia y servicios por la autoridad competente y no pueden ser considerados como niños que han cometido delitos penales. (Observación N°24, 2019). Hasta aquí los magistrados han citado lo que la norma establece respecto de los menores en el ámbito penal y convencional, se refuerza el alcance de la protección de los menores citando jurisprudencia del propio tribunal en la cual se sientan las bases para el

tratamiento de los conflictos derivados de la criminalización de los menores cuando no son pasibles de sanción en función de la edad. Se manifiesta enfáticamente que siempre que resultare procedente deben ocuparse de los niños sin recurrir a procedimientos judiciales (C.S.J.N., Fallos: 328:4343, 2005)

En suma y a modo de anticipo de su conclusión, expresa que los fundamentos que habían sostenido la idea de una declaración indagatoria se aparta del régimen normativo aplicable a este caso como así de los objetivos perseguidos por la norma en cuestionamiento. Es determinante la apreciación que se realiza respecto al derecho a ser oído, alegado por los jueces de instancias anteriores. Si bien es cierto que este es un derecho que les asiste a los menores en virtud del art.17 de la Convención de los Derechos del Niño, este remite a la idea de que el menor pueda expresar libremente su opinión y no de una manera compulsiva. El hecho de pretender que los órganos judiciales intervinientes proceder a la toma de una declaración indagatoria del adolescente frente a la oposición expresa de quienes ejercieron su defensa es contradictoria con la faz de este derecho debido a que la finalidad del compadecer del menor, es el de imponer, al acusado de un delito, los hechos y pruebas que sostienen la imputación para allí darle la oportunidad de contrarrestarlas. Para cerrar este apartado se fundamentan estos conceptos recurriendo al Comité de los Derechos del Niño, en adelante CDN, que establece como regla que para el niño expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Y agrega que en lo que respecta al modo en que esto se efectúa, es atribución del menor esa decisión, ya sea por su propia voz o por medio de algún órgano apropiado. (Observación N°12, 2009).

El conflicto, al entender de la Corte, se suscita en la carencia del régimen legal de especificidad en el procedimiento. Se tiene un sistema normativo que deja al margen a los niños y adolescentes de la potestad sancionadora del estado pero que a su vez pretender canalizar sus derechos a través de institutos del mismo sistema que no resguardan las garantías suficientes para que esto ocurra. El Estado cree y se ha comprometido de hecho, a través de hasta convenciones internacionales a tutelar los derechos de los niños y adolescentes, pero también en el ejercicio de su potestad punitiva avasalla esto mismo que intenta proteger con el fundamento de poder llegar a la verdad objetiva y aplicar justicia. Aquí se trata de resolver si la aparente necesidad de que el menor declare a los fines de aportar datos relevantes para la investigación es contradictoria a lo que las normas especiales pretenden tutelar. A esto se dijo que

suponiendo que el adolescente pudiera ser portador de información calificada, no parecería ser una decisión ética valorable para el Estado, instrumentalizar a un sujeto el cual es sistema le otorga una especial protección en razón de su condición, apelando a una medida que no contempla de manera específica el régimen legal y en expresa negativa de los representantes legales del menor.

Como último fundamento para su decisión final, deja ver que en ninguna de las instancias procesales anteriores se tomaron medidas de protección respecto del menor, no se ordenó la formación del legajo tutelar ni se ordenaron medidas de protección acorde a los derechos y garantías que le asisten. Durante todo el tiempo transcurrido los jueces olvidaron cual era la obligación legal que tenían en el abordaje de la situación del menor, lo que pone de manifiesto cual es el fin perseguido desde el inicio con la pretensión de declaración del menor. Por eso, se hace lugar a la sentencia recurrida y ordena que vuelva a dictarse un nuevo pronunciamiento con arreglo de lo expresado.

4. Análisis Crítico De La Autora

4.1 La Descripción Del Análisis Conceptual, Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales

Hasta este momento se ha alcanzado un cabal conocimiento sobre los hechos que rodean al fallo, las posturas de las partes y los argumentos que la Corte ha tenido a la hora de motivar su decisión. Ahora es momento de que se pueda profundizar en la doctrina y jurisprudencia para tener herramientas de análisis que puedan orientar la formación de una postura sobre la resolución en análisis. Existe un conflicto que nos invita a analizar el principio de averiguación de la verdad en el proceso penal intentando abordarlo desde una perspectiva filosófica-jurídica, que entra en aparente colisión con la noción de la tutela especial respecto de niños, niñas y adolescentes y entre otros, el derecho a ser oídos que les asiste. Como es posible llegar a una solución partiendo de dos principios que son jurídicamente válidos y tan relevantes en nuestro ordenamiento jurídico es la pregunta que se intenta descifrar. ¿Cuál de estos principios debe ceder ante el otro?, y lo más importante, por qué.

La meta de todo conocimiento es alcanzar la verdad y como escribe Aristóteles “todos los hombres tiene naturalmente el deseo de saber” (Aristóteles, 1992, p.5). Dentro de la teoría del derecho penal, la averiguación de la verdad tiene un lugar central, pero a su vez controversial. Esto se debe a que las sentencias penales consisten en la comprobación de la violación de la ley por lo cual los argumentos de hecho y derecho,

que aceptamos como verdaderos depende tanto su validez o legitimación jurídica, como su justicia o legitimación política. Esta adquisición de la verdad en el proceso penal que conlleva a una decisión de condena o absolución incide claramente sobre las libertades fundamentales de la persona que es juzgada. Y es aquí justamente donde se desarrolla el conflicto, ya que esta potestad que se le otorga a los operadores del derecho en el ámbito penal, debe estar reglada y garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías que le tienen quienes son parte del proceso. En esta línea de pensamiento y de desarrollo de esta temática tan específica, no podemos evitar mencionar a Luigi Ferrajoli (1989), el cual con su obra *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, ha marcado un antes y después en cimientos filosóficos y políticos que dan lugar al moderno Estado de derecho y el pensamiento jurídico-penal liberal. Múltiples autores han utilizado su obra como punto de partida para abordar esta temática.

Es nuestro país Nicolás Guzmán (2018) es uno de ellos, este expresa respecto de si es posible la obtención de la verdad en un proceso penal como argumento central, y establece que sólo podemos sostener la imposibilidad de conocer la verdad si la entendemos a ésta de un modo absoluto. La verdad deja de ser tan sólo una meta del procedimiento y se transforma en condición de legitimidad de las sentencias condenatorias. La averiguación de la verdad encuentra su límite en los principios superiores de garantía de los derechos fundamentales que prevalecen frente al valor de obtención de la verdad. Es en el prólogo de la obra de Nicolás Guzmán, Ferrajoli nos orienta sobre el peso que debe tener la verdad en el proceso penal para saber cual tiene ceder en el conflicto que estamos intentando descifrar:

“Renunciar a la lógica inquisitiva, es decir, a la idea de que se puede y, por lo tanto, se debe alcanzar una verdad material absolutamente cierta y objetiva, escribe, no implica renunciar al valor verdad (insustituible para la aplicación de una condena). Al contrario, son las mismas garantías penales y procesales – primeras entre todas ellas las de la estricta legalidad y la del contradictorio– las que aseguran la mayor aproximación a la verdad procesal.” (Guzmán, 2018, p.14)

Durante las últimas décadas los códigos de procedimiento han ido mutando, abandonando posicionamientos de tipo inquisitivo para mutar a regulaciones mixtas o directamente acusatorias. Esto último es lo que sucedió con el código de procedimiento

penal de la Nación en el año 2015 y a partir de allí se materializó un cambio de paradigma al que varias provincias con anterioridad ya habían aceptado. Remarco esto, porque la averiguación de la verdad sigue siendo un concepto central en el derecho penal, pero la connotación, lo que entendemos por este principio, la regulación que respalda, enmarca y legitima esta concepción ha mutado a través del tiempo y la lógica inquisitiva ha sido abandonada priorizando la legalidad y la protección de los derechos y garantías de las personas que forman parte del proceso. Es justamente por este motivo que tenemos un régimen penal juvenil, una normativa que la tutela de manera específica y que en este caso en particular es citada, pero de la cual no se observa su cumplimiento, no solo desde lo procedimental sino también desde su espíritu.

Lo antes expuesto no significa que los jueces puedan renunciar a la verdad objetiva por consideraciones meramente formales, ya que el logro de la justicia requiere que sea entendida como lo que es, una virtud al servicio de la verdad. (Secretaría de jurisprudencia CSJN [SJ], 2022). Las normas otorgan a los jueces la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, las expresiones legales vertidas en estas, la hermenéutica de las mismas, no pueden ser un obstáculo para el cumplimiento del propósito legal, con arreglo a una razonable y discreta interpretación. Las expresiones legales no deben ser interpretadas en un mero alcance gramatical o de lógica formal, pues los pronunciamientos judiciales han de constituir una derivación razonada del derecho vigente y no apartarse de la verdad jurídica objetiva. Se requiere reconocer la trascendencia de las técnicas y principios tendientes a la organización y desarrollo del proceso, no por ello cabe legitimar que dichas formas procesales sean utilizadas con prescindencia de la finalidad que las inspira y con el olvido de la verdad jurídica (SJ, 2022).

Argentina como nación con posterioridad a 1990 comienza un cambio de paradigma en el cual muta la concepción de niño/adolescente como objeto a niño/adolescente sujeto. Este cambio es muy importante y tiene gran relevancia en el fallo en análisis ya que la misma corte hace referencia a la idea de cosificar al adolescente a los solos efectos de obtener algo de este por medio de la citación a indagatoria. Desde 1994 los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional y por ende su cumplimiento es obligatorio. La Convención de los Derechos del niño (2019) es una de ellas y es allí donde se reconoce de manera expresa el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos. En el ámbito del derecho penal la escucha del imputado era reconocido para parte de su derecho de defensa, pero la convención introduce el planteo

de escuchar a quienes eran imputados no punibles, es especial cuando su pedido era discutir la participación en el hecho investigado. Se plantea su legitimación directa en la participación del proceso, pero a su vez como es que debe ser escuchado para no afectar o vulnerar otros derechos. Se trata de respetar su lugar de sujeto y no objeto de prueba. En este sentido no existen límites respecto de la escucha que se debe garantizar, siempre que se trate del deseo de ser oído. Este derecho que les asiste abarca tanto su fase positiva, la de expresarse, como la negativa, de mantenerse en silencio y tener la libertad de hacerlo (Pignata, 2019).

Hasta aquí se ha presentado lo que normas y doctrina han expuesto sobre el tema, pero también desde el ámbito judicial han tenido oportunidad de hacerlo. La CSJN se ha manifestado y expresando que el cumplimiento efectivo del derecho de ser oído, como también del interés superior del niño no es discrecional, sino que constituye una obligación jurídica de los Estados, que deben garantizar su observancia sistemática en los procesos judiciales. (C.S.J.N.,2014). También han expuesto que, en cada caso concreto, los tribunales tendrán que evaluar cual en forma acorde para los niños que son parte, para proceder y garantizar su derecho a ser oídos, tutelando los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial. (SJ, 2023). A correlación de esto y poniendo el foco en los operadores del derecho, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha desarrollado guías sobre buenas practicas aconsejables, una de ellas está destinada a la escucha de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial. Un aspecto relevante de esta para el análisis y que permite corroborar si en este caso concreto se observaron a la hora pretender citarlo es que en la citación a la audiencia debería especificarse cuál es la vinculación de las normas por las que se lo cita con su interés concreto en la causa. Esto es así para que cuando llegue el momento de concurrir, el menor sepa cuál es el motivo por el que ha sido convocado y tenga la posibilidad de hacer uso o no de su derecho. Como contrapartida también se establecen practicas desaconsejables, entre las que mencionan: no explicar los motivos y alcances de la audiencia, asegurar la toma de la audiencia por la fuerza pública, omitir informar sobre el alcance del derecho a la escucha a emitir su propia opinión personal y participar en el proceso. Por último, se finaliza con preguntas para realizarse y contestarse en el caso en concreto. ¿Cuál es el interés superior del niño? ¿está en riesgo en la causa? Si la respuesta es sí, ¿Cómo y por qué? ¿Por qué se llama a un niño, niña, adolescente a una audiencia? (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires [SCPBA], 2022)

4.2 Posición De La Autora

Las últimas tres décadas han sido tiempos de cambios de paradigmas. Cambios desde la concepción filosófica jurídica en lo que hace a la interpretación de la averiguación de verdad, su alcance y lugar dentro del proceso penal. Cambios en la concepción sociológica del lugar que ocupan los niños, niñas y adolescentes en la sociedad y cambios jurídicos por la recepción de convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, como también la reforma constitucional de 1994.

El fallo en análisis pone esto en evidencia. Se relató que un adolescente de 15 años, cual fuera encontrado en un allanamiento por una causa penal de estupefacientes, pretendió ser citado a comparecer a dar declaración indagatoria, sabiendo que no podría ser imputado ya que existía una ley que lo regulaba y tutelaba de manera específica. Pero se entendió que esa declaración era necesaria ya que iba a ser importante por la información que podría dar, que permitiría avanzar o profundizar en la búsqueda de la verdad y esto fue fundado en el derecho que le asistía a ser oído, que esa declaración era parte del derecho que el adolescente tenía y no una mera carga procesal.

A la luz de lo expuesto en los argumentos de la CSJN como en la doctrina, legislación y jurisprudencia presentada se evidencia un criterio diferente por parte del juez federal de primera instancia en donde se hizo una ponderación inversa a la que posteriormente la CSJN realizó. Esta elección por parte del magistrado, no es aislada ni excepcional ya que en el mismo fallo encontramos precedentes citados por la corte en donde remite a doctrina en la materia sobre la misma temática. Aún más recientemente, el 16 de mayo del corriente año, la CSJN (2024) se expidió por un caso de igual conflicto. Nuevamente un juez en el marco de una investigación judicial sobre un delito que habría sido cometido por un menor, en este caso de 14 años, fue citado a prestar declaración judicial en el marco de una audiencia indagatoria bajo la justificación de escuchar al adolescente. El tribunal remite a al fallo que se está analizando respecto de uno de los argumentos por los que termina entiendo por arbitraria tal resolución. Expresa que el juez en estos supuestos está facultado, y debe dictar medidas tutelares adecuadas para la situación del adolescente y la citación a indagatoria no es una de ellas.

Sobre los inicios de la nota mencionábamos que, por tratarse de un conflicto de principios, no se trataba de eliminar a uno de los dos, sino entender cuál en el caso concreto, tiene mayor peso. Los principios son flexibles por lo que justamente permite la ponderación. La corte ha entendido que cuando se trata del ejercicio del poder punitivo del estado, y la facultad que les asiste a los jueces de resolver, no puede ordenar medidas

que no se ajusten al interés superior del niño, que no tengan por objeto su tutela y muchos menos no es posible enmascarar su actuar con la interpretación errónea del derecho de ser oídos. El tribunal ha sabido interpretar el tiempo cronológico que se vive, con las normas que rigen y la mirada social actual llegando a la decisión, correcta a este entender, sobre cuál es el principio que debe ceder.

5. Conclusión

Finalizando el recorrido de este análisis sobre se la sentencia de CSJN, en los autos H., A. O. s/ infracción ley 23.737, se ha presentado y desarrollado el conflicto que surge en torno a este. Un conflicto sobre principios, ambos válidos y vigentes en el ordenamiento jurídico, que en el caso concreto se encuentran en colisión y no es posible que ambos puedan ser aplicados sin lesionar los derechos del menor en cuestión. Este análisis se trató sobre cuál debería ser la ponderación correcta y cuáles fueron los argumentos de la CSJN para resolver esto.

Las garantías y derechos que otorga la Constitución nacional para el debido proceso penal, entre ellos la presunción de inocencia y la posibilidad de ser oído por el tribunal no debe confundirse con el derecho que les asiste a los niños, niñas y adolescentes de ser oídos en todos los ámbitos judiciales y administrativos cuando estos sean parte o cuando una autoridad tenga que pronunciarse al respecto de cuestiones que los afecta personalmente. Justamente el alcance e interpretación del derecho de ser oído, es lo que se ha desarrollado en estas páginas y lo que permite que se pueda afirmar que no puede tratarse como objeto a los menores, ya que sería volver a un viejo paradigma que ha sido superado. Por más importante, relevante y central que sea el principio de la averiguación de la verdad, por más poder que se le otorgue a los magistrados, no deben ponderar este principio por sobre la tutela de los menores, que son considerados vulnerables por solo hecho de hallarse transitando un proceso de crecimiento, de evolución natural. Obrar de esta manera atenta contra el sistema de promoción y protección integral de los derechos.

La CSJN ha establecido criterios que los jueces de primera instancia y cámaras deben observar. Estas directrices se establecieron con anterioridad al fallo en análisis, se resaltaron en el actual y al que volvió sobre lo mismo en un fallo reciente. Esto pone de manifiesto que todavía los operadores del derecho lo logran *aggiornarse* al nuevo paradigma de tutela de los niños, niñas y adolescentes que prima en Argentina. Quizá sea momento de, en vez de concentrar esfuerzos y recursos en promover la baja de la edad de imputabilidad de los adolescentes, se trabaje con ahínco para que los niños y adolescentes

puedan canalizar sus derechos a través de institutos que el mismo Estado se encargue acondicionar para garantizar la tutela efectiva de sus derechos.

6. Índice de Referencias Bibliográficas

6.1 Doctrina

Alexy R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Aristóteles (1992). *Metafísica*. Porrúa S.A.

Benedito I. - Carlino M. (2022). *Más derecho penal no es igual a menos delincuencia*.

Zanjando reeditados debates sobre la baja de la edad de imputabilidad penal.

Microjuris, MJ-DOC-16389-AR | MJD16389.

Clariá Olmedo, J. A. (1962). *Tratado de derecho procesal Tomo 2, Sujetos Procesales*. EDIAR.

Ibáñez, P. y Alexy R. (2006), *Jueces y ponderación argumentativa*. Universidad Nacional de México.

Dworkin R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel S.A.

Guzmán, N. (2018). *La verdad en el proceso penal*. Ediciones Didot.

Herrera, M. (2015). *Manual de derecho de las familias*. Abeledo Perrot

Moreso, J.J. (2009). *La Constitución para armar*. Marcial Pons.

Pignata N. (2019). *Derecho a ser escuchado. Convención de los Derechos del Niño Comentada*.

Ministerio Publico Tutelar, Poder judicial de la ciudad de Buenos Aires.

Zamora Acevedo M. (2014) La búsqueda de la verdad en el proceso penal, *Acta Académica*,

Vol.54 p. 147-186.Universidad Autónoma de Centro América.

6.2 Jurisprudencia

C.S.J.N. “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” Causa N° 1174C. (07/12/2005)

C.S.J.N. “C., H. D. *el P.*, M. C. *si* impugnación de paternidad y filiación”. (2014)

C.S.J.N. “H., A. O. *s/* infracción ley 23.737”. Fallos: 344:1509 (21/6/2021),

C.S.J.N. “B. P. H. E.s/abuso sexual 1°parrafo y amenazas” (16/052024)

6.3 Legislación

Código Procesal Penal de la Nación [CPPN] Ley 27.063. 10/12/2014. Argentina

Comité de los Derechos del Niño [CDN]. Observación General N°12, 20/07/2009

Comité de los Derechos del Niño [CDN]. Observación General N°24, 18/092019.

Convención de los Derechos del Niño. Ley N°23.849. 27/09/1990.

Ley de Régimen Penal de Minoridad N°22.278. 25/08/1980. Argentina.

6.4 Otras Fuentes

Secretaria de Jurisprudencia de la C.S.J.N., (2022) *Verdad jurídica objetiva*.

Secretaria de Jurisprudencia de la C.S.J.N., (2023) *Derecho de niños, niñas y adolescentes*.

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. (2022) *Guía de prácticas aconsejables para escuchar a niños, niñas y adolescentes en el Proceso Judicial*.

7. ANEXO:

Buenos Aires, 24 de junio de 2021.

Vistos los autos: “H., A. O. s/ infracción ley 23.737”.

Considerando:

1°) Que, en el marco de una investigación iniciada a partir de datos obtenidos de una denuncia anónima, el juez federal interviniente dispuso autorizar el allanamiento de una vivienda de construcción precaria en la que se desarrollaban actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes. Los policías que ejecutaron la medida secuestraron en el interior del inmueble una ingente cantidad de droga y un arma de fuego de uso civil. El único ocupante del lugar al momento de llevarse a cabo el procedimiento resultó ser un adolescente de quince años de edad (cf. acta de procedimiento agregada a fs. 4/6 vta. de los autos principales).

Luego de autorizar la entrega del menor a su padre, previa constatación del vínculo, el magistrado dictó el decreto que resulta objeto de cuestionamiento, a través del cual dispuso convocarlo a fines de tomarle declaración indagatoria y, a la par, ordenó llevar a cabo la audiencia de conocimiento prevista en el art. 1 de la ley 22.278, dando intervención a la asesora de menores (cf. fs. 20/21 y 79, respectivamente, de los autos principales).

2°) Que esa decisión fue objetada tanto por la funcionaria mencionada en último término como por la Defensora Pública Oficial asignada al caso, sobre la base del límite etario marcado por el artículo referido como condición de punibilidad. En los dos escritos de oposición al acto, fue propuesta como única alternativa viable la realización de la audiencia de conocimiento que reglamenta la ley especial, con la participación del menor y de sus progenitores, “a los efectos de constatar su situación personal y en su caso se puedan tomar las medidas pertinentes en resguardo del mismo” (cf. fs. 80 y 81 de los autos principales; la línea transcripta pertenece al primero).

3°) Que el juez rechazó tales planteos sosteniendo que “la declaración indagatoria es un acto de defensa del imputado y una garantía del mismo y que, en términos de posibilidad, existe aquella que pueda resultar más beneficiosa que el sobreseimiento que corresponde por la situación derivada de la edad de H [...], por la cual resulta no punible” (cf. fs. 82 de los autos principales).

4°) Que, ante la confirmación de esa resolución por parte de la cámara de apelaciones del fuero, las magistradas representantes de la defensa técnica y de la defensa de menores articularon sendos recursos de casación, que no fueron concedidos por la alzada bajo el argumento de que no se dirigían contra una sentencia definitiva, ni existía en el caso un gravamen irreparable (cf. fs. 219/221 vta. de los autos principales).

5°) Que las dos partes mencionadas ocurrieron por vía directa ante la Cámara Federal de Casación Penal, donde sus reclamos corrieron igual suerte. Los jueces que conformaron la opinión mayoritaria mantuvieron, en esencia, la misma tesitura que el tribunal inferior en grado, sosteniendo que no advertían un perjuicio de imposible reparación ulterior causado por la decisión de llamar a indagatoria al recurrente, “máxime cuando, al no ser pasible de juzgamiento, todo lo que manifieste no puede causarle perjuicio alguno”. Por otra parte, refutaron la posición de las recurrentes en relación con la existencia de un conflicto entre lo decidido y los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, interpretando que los derechos del menor a ser informado de los cargos que pesan sobre él y a ser oído en todo procedimiento judicial que lo afecte, previstos en los artículos 40 y 12, respectivamente, de ese instrumento, se canalizan en nuestro sistema procesal a través de la declaración indagatoria, en tanto única “forma de contestar a la imputación de un delito”. Reputaron que esa conclusión, además, resultaba respetuosa de la idea de reconocer al joven como sujeto de derechos “quien ahora puede contestar si lo desea y con una asistencia técnica adecuada, la imputación que se le dirige”.

La jueza que concurrió con sus propios argumentos a la solución propuesta por sus colegas comenzó considerando que, por haberse alegado vulneración de garantías constitucionales, la resolución podría resultar equiparable a definitiva por sus efectos. Sin embargo, entendió que las apelaciones deducidas no se encontraban correctamente fundadas en tales términos. En esa dirección, partió de

lo que denominó un “análisis constitucional y convencional de la causa” transcribiendo, a tal efecto, diversas normas de reconocimiento de las garantías asignadas a los menores en conflicto con la ley penal; haciendo luego alusión a los fundamentos brindados sobre la especialidad en pronunciamientos de este Tribunal y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pasada esa reseña, la magistrada concluyó que “en estricto cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina en tutelar el interés superior del niño con rango convencional y constitucional, la posibilidad de que el niño, niña o adolescente pueda declarar en un proceso penal en el que es sindicado como responsable, es de vital importancia pues ello hace al respeto del debido proceso en el que el conflicto debe ser resuelto y al ejercicio del derecho de defensa de los intereses que le son propios, a un sujeto considerado especialmente vulnerable en razón de su edad”. Unido a lo anterior, agregó que “la indagatoria del niño, si bien no le ocasionará reproche punitivo, puede aportar datos a la investigación, asegurando el derecho a la verdad que la sociedad tiene en la decisión de causas judiciales” (todo lo transcrito en este punto se corresponde con la decisión agregada a fs. 61/68 vta. del legajo de casación).

6°) Que el recurso extraordinario federal en análisis fue deducido por la Defensora Pública Oficial que interviene ante el tribunal a quo. La recurrente inició su argumentación explicando que la resolución cuestionada debía ser equiparada a sentencia definitiva, en tanto podría ocasionar a la parte que representa un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior. En ese sentido, consideró que la eventual verificación del acto a cuya realización se oponía, traería directamente aparejada la violación de las garantías que asisten a su pupilo, en función de la edad que tenía al momento de los hechos. Se refirió a diversos derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, al principio del interés superior del niño (artículo 3.1); a garantizarle el derecho a ser oído mediante sus representantes (artículo 12); a que el proceso que lo involucra sea dirimido sin demora (40.2.b.III); a la garantía contra la autoincriminación (40.2.b.IV); a la exigencia de que los Estados Partes establezcan una edad mínima previo a la cual se presumirá la falta de capacidad del menor para infringir la ley penal (40.3.a); y a la necesidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales (40.3.b).

Puesta a fundamentar los agravios invocados, la apelante señaló que los jueces de la causa pretendían convocar a un sujeto que no es punible en razón de su edad, a un acto que formalmente es constitutivo de la sustanciación de una persecución penal en su contra y en cuyo marco se le arroga la calidad de imputado. Expuso que, para resolver como lo hicieron, los tribunales intervinientes se valieron de una interpretación de los derechos conferidos al menor que invierte su sentido, lo cual trae aparejada la asignación de un trato no acorde con su condición.

Por otra parte, criticó la “aparente conveniencia” respecto de la situación futura del menor, mediante la que se pretendió justificar la convocatoria a prestar declaración indagatoria. En primer lugar, admitió no comprender “cuál sería el sentido práctico de asegurarle el derecho a alguien que conozca cuáles son los hechos constitutivos de una imputación, si de acuerdo a lo que expresamente dispone la ley no puede formularse en términos jurídicos ninguna”. En segundo término afirmó que si lo que se pretende es garantizar el derecho del menor a ser oído, debió ser ejercida la opción solicitada en el proceso por las defensas, esto es, llevar a cabo la audiencia de conocimiento prevista en el artículo 1 de la ley 22.278, “en cuyo marco este hubiera podido expresarse sobre aquello que haga más bien a sus intereses y, obviamente, no ya respecto de los hechos de la causa”.

Señaló que, al contrario del modo en el que intenta ser presentado, en una de las opiniones de la decisión recurrida se acepta expresamente que la realización del acto serviría para que su asistido aportase datos a la investigación del hecho delictivo. Esta idea es cuestionada por la apelante por cuanto, según su punto de vista, se pretende utilizar al menor como instrumento para lograr un fin colectivo, “lo cual es manifiestamente contrario a la dignidad del individuo en general y de los derechos de los menores en particular”. Sobre la misma cuestión expuso que la pretensión de “cosificar” a los menores resulta contraria a su condición de personas en desarrollo y al reconocimiento de un trato diferencial respecto de los adultos, citando en este punto los considerandos 29, 32, y 33 de la sentencia publicada en Fallos: 328:4343.

Por último, estimó que debía relevarse la demora que hasta ahora insumió el debate sobre la cuestión y la eventual afectación del derecho a que la causa sea dirimida sin demora previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño

(acerca de todo lo reseñado en este punto confrontar el escrito recursivo, agregado a fs. 70/78 del legajo de casación).

7°) Que la decisión cuestionada resulta equiparable a sentencia definitiva en razón de que, en caso de efectivizarse la medida dispuesta por el juez de instrucción, se irrogaría al apelante en forma inmediata un perjuicio que no podría ser eficazmente reparado en una oportunidad ulterior (Fallos: 325:1549; 333:2017; CSJ 551/2012 (48-R)/CS1 “R., B. S. y otros s/ incidente tutelar”, sentencia del 22 de diciembre de 2015).

Por otro lado, el recurso extraordinario es también formalmente procedente en cuanto se dirige contra la decisión del superior tribunal de la causa y se alega que lo resuelto pone en juego la inteligencia de diversos derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo la sentencia atacada contraria a la pretensión del apelante (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48; Fallos: 332:512; 335:2307). Asimismo, atento a que los argumentos formulados desde la perspectiva de la arbitrariedad guardan estrecha relación con el alcance de esas reglas, ambas aristas se examinarán conjuntamente (cf. Fallos: 321:2764; 322:3154; 323:1625; 325:2875, entre muchos otros).

En lo relativo a la vigencia del agravio, corresponde remitirse, en razón de brevedad, a las correctas consideraciones efectuadas por el señor Procurador General de la Nación interino acerca de la actualidad del gravamen que esgrime la defensa (cf. punto IV del dictamen agregado a fs. 93/98 vta. del legajo de casación).

8°) Que ingresando al tratamiento de las cuestiones debatidas en el sub examine, conviene comenzar recordando que, desde hace casi un siglo, la legislación penal de menores de nuestro país ha mantenido, de modo invariable, la decisión de excluir del régimen punitivo a aquellos individuos que aún no alcanzaron determinada edad, a partir de la adopción de un criterio de política criminal que descansa en la consideración de una presunción irrefutable, juris et de jure, de inexistencia de los requisitos intelectuales y volitivos necesarios que habilitan a fundar un juicio de responsabilidad a su respecto.

Esa opción legal fue instaurada a partir de la sanción del Código Penal de 1922 (ley 11.179, sancionada el 29 de octubre de 1921) que fijaba el límite de

responsabilidad penal en la edad de catorce años. La decisión legislativa adoptada en ese entonces encontraba sus raíces en el pensamiento de los proyectistas de la Comisión Revisora del Código Penal de 1891, tal como fuera expresamente reconocido en la Exposición de Motivos de la reforma, donde fueron volcadas las razones que determinaron el abandono del sistema vigente en ese tiempo, que hacía depender la exención de la pena de una valoración relativa al discernimiento del menor en el hecho (Código Penal de 1886, artículo 81, inciso tercero). Entre aquellas ideas, cabe aquí evocar el siguiente pasaje: “un menor de catorce años, en virtud de sus cualidades personales diversas, su desarrollo incompleto, de su escasa fuerza para resistir a las tentaciones, de los cambios que en él se han de operar necesariamente y de la serie de datos positivos que lo diferencian de los mayores de esa edad, aunque comprenda la criminalidad de un hecho y lo ejecute a su designio, no podrá ser equiparado a un adulto para responsabilizarlo de igual manera y someterlo a la misma penalidad” (cf. Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, Orden del Día N° 63 (9 de 1917), Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía., Belgrano 475, 1917, pág. 72).

Manteniendo ese esquema, el régimen legal actualmente vigente (ley 22.278 sancionada el 25 de agosto de 1980; con reformas operadas por las leyes 22.803 del 5 de mayo de 1983; 23.264 del 25 de septiembre de 1985 y 23.742 del 28 de septiembre de 1989) dispone al respecto lo siguiente:

“Art. 1.- No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años (2), con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, 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.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

9º) Que, desde la óptica del derecho procesal, el límite etario de responsabilidad penal es examinado entre el conjunto de los denominados presupuestos procesales, cuya ausencia impide la formación del proceso como consecuencia de la regulación del derecho de fondo en la materia. Ese entendimiento de la cuestión es explicado, entre otros, por Clariá Olmedo, en los siguientes términos: “no es posible dirigir válidamente una imputación a quien no había alcanzado la edad de dieciséis años en el momento de la comisión del hecho incriminado. No interesa que en el momento del proceso haya alcanzado ya esa edad (dieciséis años), pues nunca podrá ser declarado culpable dado que está fuera del alcance de la ley penal. La investigación a practicarse con respecto al hecho o a la persona del menor, como asimismo la resolución a dictarse, no pueden ir más allá de los fines previstos por las leyes orientadoras de su protección o corrección. Por esta causa, el hecho en sí es secundario, pues se atiende más a la persona del menor, de sus padres o guardadores” (cf. “Derecho Procesal Penal. Tomo II. Sujetos Procesales Penales”, pág. 394, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962). En síntesis, desde el punto de vista del derecho de forma, nuevamente en palabras del autor citado, el menor “sería un incapaz para actuar de carácter absoluto, pero en realidad lo que falta es calidad para ser imputado” (ibídem, pág. 398. En igual sentido puede consultarse Vélez Mariconde, “Derecho Procesal Penal”, Tomo II, 3ra. edición, pág. 344, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1981).

10) Que a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro sistema normativo, la necesidad de limitar la responsabilidad penal respecto de una determinada franja etaria forma parte del programa de nuestra Constitución en la materia. En efecto, el artículo 40, párrafo tercero, de ese ordenamiento, insta a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para “promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima

antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

El alcance de la primera parte de la regla citada ha sido objeto de interpretación por parte del Comité de los Derechos del Niño, órgano de vigilancia del tratado cuyas pautas han servido de guía a esta Corte en diversas oportunidades anteriores (cf. Fallos: 328:4343; 331:2047; 2691; 335:1136; 340:415; 1450 y 1795). Al emitir la Observación General n° 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, vigente al tiempo del dictado del fallo impugnado, dicho organismo había precisado que en función del establecimiento de una edad mínima a efectos de la responsabilidad penal “los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños” (cf. CRC/C/GC/10, 2007, punto “C”, párrafo 31), siendo del caso destacar que la reciente Observación General n° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, que sustituye a la anterior, mantiene este rumbo al precisar que “los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal en el momento de la comisión de un delito no pueden ser considerados responsables en procedimientos penales” y que “los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal deben recibir asistencia y servicios de las autoridades competentes, según sus necesidades, y no deben ser considerados como niños que han cometido delitos penales” (CRC/C/GC/24, apartados 20 y 23).

11) Que trazando un prudente equilibrio entre esas disposiciones de diversa jerarquía normativa, en el precedente publicado en Fallos: 331:2691 esta Corte estableció los parámetros generales que deben regir el tratamiento de los conflictos derivados de la criminalización de menores no pasibles de sanción, por

no haber alcanzado la edad mínima para ser responsabilizados por infringir la ley penal. Volviendo sobre las premisas que habían sido establecidas un tiempo antes in re “Maldonado” (Fallos: 328:4343), en cuanto fuera señalado el retaceo de ciertos principios elementales del debido proceso y el alto grado de discrecionalidad que imperan en el régimen penal de menores, interesa aquí recordar que, en la citada oportunidad ulterior, se subrayó la necesidad de orientar el abordaje adoptando perspectivas específicas, examinando la posibilidad, cuando resultare procedente, de ocuparse de esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, pues ello implicaría, en muchos casos, una mejor respuesta, y serviría para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores (cf. Fallos: 331:2691, considerando 4º, párrafo tercero, del voto de la mayoría y considerando 5º, párrafo segundo, del voto concurrente del juez Petracchi; en cada caso con cita de la regla 11.1 de las Reglas de Beijing).

12) Que examinada la resolución en crisis a la luz de esas premisas, se advierte que los fundamentos que la sostienen se apartan inequívocamente del régimen normativo aplicable a la solución del caso sometido a la jurisdicción del a quo, lo que implica su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Para brindar fundamento a la conclusión anticipada, como primera medida serán compartidos los razonamientos expresados por el señor Procurador General en su dictamen, en cuanto destaca que la idea esbozada por el tribunal apelado y los magistrados de las instancias anteriores, acerca de que, ante la concreta ejecución del acto objeto de impugnación, pudiese finalmente emerger alguna utilidad real para la situación del menor en orden a las relaciones de prelación entre las distintas causales legales que habilitan el dictado de un sobreseimiento, no implica otra cosa que una afirmación dogmática que nunca fue apoyada en circunstancias concretas de la causa, ni relacionada con algún motivo eximente en particular.

A tales apreciaciones corresponde agregar que incluso si los jueces se hubieran representado esa posibilidad con sustento en bases objetivas que permitiesen reconocerle algún grado de certeza, nada explica, de todos modos, la preterición del sistema diseñado por la propia ley 22.278 para responder ante este tipo de supuestos. A diferencia del mecanismo establecido para el tratamiento de

los jóvenes que integran la franja etaria de responsabilidad penal, donde opera una remisión al régimen procesal general (cf. artículo 2, párrafo segundo, de la ley 22.278 y, en cuanto resulta aplicable al sub lite, arts. 410 y sgtes. del Código Procesal Penal de la Nación), en lo que respecta al grupo de los menores excluidos del sistema punitivo, la norma citada se ordena de manera autosuficiente, combinando los elementos que definen la naturaleza de las medidas que eventualmente corresponde adoptar a partir de la infracción cometida, con aquellos otros relativos al modo de reunir la información pertinente para decidir sobre la necesidad y, en su caso, el alcance de la intervención estatal. Acerca de este último aspecto, el precepto legal exige a los magistrados proceder a “la comprobación del delito”, articulando mecanismos autónomos para tomar conocimiento del menor y de sus padres, o de quienes ejerzan su tutela, y establece el método para estudiar su personalidad y las condiciones familiares y ambientales en las que se encuentre (cf. artículo 1, ley 22.278, transcripto en el considerando 8° de la presente).

13) Que, por otra parte, tampoco resulta correcto buscar una justificación del acto apelado bajo el ropaje del derecho del menor a ser oído, reconocido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Debe recordarse que esa norma impone a los Estados Partes la obligación de garantizar a la niña o al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el “derecho de expresar su opinión libremente” en todos los asuntos que lo afecten, particularmente, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, ya sea "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (cf. artículo 12 cit.).

De los propios términos de la regla invocada, es posible colegir que ninguna de las características inherentes al modo en que es reconocido el derecho en cuestión en el texto convencional puede ser predicable ante el contexto del caso bajo análisis. En primera medida, contradice la faz relativa a la posición de preferencia que se asigna al titular de la garantía, en relación con el modo en el que podrá conducir su ejercicio, el intento sostenido por los órganos judiciales intervinientes para proceder a tomar declaración indagatoria al adolescente involucrado en este proceso, frente a la expresa oposición de quienes ejercieron,

en cada etapa del proceso, su defensa técnica y tutelar. Al respecto cabe agregar que ninguno de los organismos judiciales intervinientes mencionó haber percibido indicadores fácticos que determinasen la necesidad de enfrentar algún panorama diferente en lo relativo a la representación de la voluntad del menor afectado por parte de los magistrados de la Defensa Pública Oficial.

Asimismo, la propia naturaleza de la medida procesal que los jueces pretendían llevar adelante, choca contra el carácter de prerrogativa de la garantía que expresamente invocaron para justificarla. De manera enteramente contraria a la versatilidad que se le atribuye en la decisión en examen, la finalidad esencial de la convocatoria judicial a prestar declaración indagatoria no es otra que la de imponer, al acusado de un delito, los hechos y las pruebas que sostienen la imputación que se dirige en su contra, de manera de brindarle, a partir de ese momento, la posibilidad de contrarrestarla. Basta para resaltar esas características, aludir a la formulación de la disposición legal del código procesal penal aplicado en el caso objeto de esta decisión, en cuanto reglamenta el acto en cuestión exigiendo al juez, de modo imperativo, que proceda al interrogatorio cuando “hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito” (artículo 294 Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984), y destacar su carácter de acto de impulso del proceso, a los fines de la interrupción de la prescripción de la acción penal (artículo 67, inciso b, del Código Penal).

En último término, tampoco ha sido sopesado con detenimiento en las instancias precedentes si, en el contexto de una medida con las características señaladas, podría resultar preservado eficazmente el entorno necesario para explorar la voluntad del menor convocado en condiciones que aseguren su absoluta autodeterminación, correspondientemente con su edad y madurez. Tal como lo ha afirmado esta Corte en una oportunidad anterior, en torno a la forma elegida para ejercer el derecho sustancial de la niña o el niño a ser oído en las contiendas judiciales que los conciernen, “la consistencia de esa audiencia y cómo debe llevarse a cabo es un asunto crucial, ya que en su puesta en práctica, se juega la vigencia misma de las finalidades que persigue la Convención” (cf. Fallos: 335:1136; del dictamen de la señora Procuradora que la Corte hizo suyo).

En apoyo de lo afirmado en los párrafos anteriores corresponde, una vez más, convocar la interpretación de la regla en cuestión efectuada por el Comité de los Derechos del Niño, en un documento específicamente dedicado a definir sus alcances (CRC/C/CGC/12, “El derecho del niño a ser escuchado”, adoptada en el año 2009). Luego de subrayar que los Estados Partes de la convención adoptaron la obligación jurídica de reconocer el derecho a ser oído y garantizar su observancia, se indica que el niño “tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior” (lugar citado, punto “A. Análisis jurídico”, párrafo 16). En cuanto al modo en que el punto de vista del niño puede ser canalizado, se enfatiza que “una vez que el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: ‘directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado’. El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento” (ibídem, punto A.1 “Análisis literal del artículo 12”, punto b) “Párrafo 2 del artículo 12”, acápite ii, párrafo 35). En último lugar, interesa mencionar también que el organismo citado definió la ratio de la exigencia de garantizar que ese derecho sea ejercido en condiciones que aseguren absoluta libertad, en los siguientes términos: “‘Libremente’ significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. ‘Libremente’ significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas” (ib. punto a) “Párrafo 1 del artículo 12”, acápite iii), párrafo 22).

14) Que nada de lo dicho hasta aquí debería entenderse en el sentido de implicar una restricción al alcance de la garantía convencional en juego. Por el contrario, mantienen plena vigencia los principios sentados por esta Corte en el ya citado precedente de Fallos: 331:2691, en cuanto fuera recalcada la necesidad de que los jueces se ocupen de velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, “que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño)” (cf. “García Méndez” citado, considerando 10 del voto de la mayoría).

Sin embargo, aun frente a las carencias del régimen legal vigente en términos de especificidad del procedimiento, en el marco de un sistema normativo que deja al margen a los niños y a los adolescentes hasta los dieciséis años de la potestad sancionatoria del Estado, disponiendo para su tratamiento, en caso de resultar necesario, medidas del derecho tutelar tendientes a su protección integral, debe ser contrarrestada con énfasis la noción relativa a la posibilidad de canalizar el derecho del menor a expresar su perspectiva acerca del proceso que lo involucra, mediante la utilización de un instituto de derecho procesal penal que no preserva ninguno de los rasgos esenciales de la garantía en cuestión.

15) Que, finalmente, es dable entrever que el trasfondo real del sentido de la decisión del a quo resulta ser, en definitiva, la aparente necesidad de que el menor aportase algún dato relevante para la investigación, tal como incluso se termina reconociendo en el voto que concurrió con sus propios argumentos a la posición mayoritaria, luego de citar los principios integrantes del corpus iuris constitucional en materia de infancia en conflicto con la ley penal.

Enfocar de esa manera las agudas cuestiones que involucra un caso de la índole del que aquí se juzga arrastra, sin embargo, dos graves problemas. Primero, al no haberse sustentado ninguna argumentación adicional al respecto, resulta cuanto menos injustificada la hipótesis de que el avance de un proceso en el que se pretende desentrañar la propiedad de una importante cantidad de droga, asociada además con actos de comercio de ese material, dependa centralmente del conjetural aporte que eventualmente podría surgir de los dichos del adolescente que fue encontrado como solitario morador de la vivienda al momento de procederse al allanamiento. En segundo término, incluso si esto pudiera ser presentado de ese modo, es decir, imaginando como posibilidad ad argumentandum que el afectado resultase portador de información calificada al respecto, tampoco aparecería como una decisión ética valorable que el Estado persiga instrumentalizar a un sujeto al que expresamente preserva de su sistema represivo, reconociéndolo como merecedor de especial protección en razón de su condición, apelando a una medida que no contempla el régimen legal específico y frente a la expresa negativa de sus representantes legales.

16) Que llegado este punto, el Tribunal no puede dejar de señalar que a pesar del catálogo de derechos y garantías declamados en cada una de las

instancias por las que transitó el planteo de las defensas, en todas parece haber sido olvidada la función tutelar que la propia ley especial delega a los magistrados (nuevamente, artículo 1 ley 22.278), cualquiera fuere su competencia (cf. Fallos: 331:2720), en relación con la delicada situación de un menor que fue encontrado en circunstancias que, por sí mismas, resultaban altamente reveladoras de la necesidad de evaluar la conveniencia de iniciar una intervención tuitiva a través de los organismos pertinentes. De acuerdo lo demuestran las constancias incorporadas a las actuaciones elevadas a esta sede, salvo una recomendación efectuada por la cámara de apelaciones al magistrado federal interviniente (cf. punto dispositivo II de la resolución agregada a fs. 193/197 de los principales), mientras se debatía la cuestión sobre la que versa esta sentencia nunca fue ordenada la formación del legajo tutelar, ni se adoptaron medidas de protección de ninguna índole. Además, la realización de la audiencia de conocimiento exigida por el artículo citado fue aplazada hasta que finalmente resultó dejada sin efecto por el juez, una vez que el joven alcanzó la mayoría de edad (cf. fs. 239 del principal).

Sobre este aspecto del caso en particular, esta Corte mantiene un punto de vista que difiere del significado acordado por la Defensora recurrente y por el señor Procurador al prolongado período de tiempo transcurrido desde el momento en que el joven fue aprehendido; aun cuando, en general, sean enteramente compartidas las apreciaciones vertidas en el dictamen emitido por este último para denotar el carácter especialmente intenso que asume la obligación de garantizar el derecho a que las causas relativas a los sujetos de la Convención sobre los Derechos del Niño sean dirimidas sin demora.

Sin embargo, el Tribunal considera que el tiempo y el empeño que ha insumido el debate judicial acerca de la legitimidad de una medida procesal que pretendía ser adoptada frente a la firme oposición de quienes representaban al afectado, en el contexto de un legajo criminal cuyo destino final, de todos modos, se hallaba sellado de antemano por decisión del legislador, resultó un sinsentido que terminó haciendo caer en el olvido el deber de fuente legal que imponía a los jueces la obligación de explorar la necesidad de orientar el abordaje de la situación del menor involucrado -vislumbrada con suficiente intensidad durante la

ejecución de la orden de allanamiento- mediante los instrumentos de intervención del derecho tutelar.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, se declara procedente el recurso extraordinario concedido a fs. 83/84 vta. y se revoca el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado en la presente. Notifíquese y remítase.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. Laura Beatriz Pollastri, Defensora Pública Oficial, en representación de A. O. H.

Traslado contestado por la Dra. Gabriela Baigún, Fiscal General.

Tribunal de origen: Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal que intervino con anterioridad: Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario.