



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 niños 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*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

el interés superior de esos niños” (cf. CRC/C/GC/10, 2007, punto “C”, parágrafo 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 4°, párrafo tercero, del voto de la mayoría y considerando 5°, 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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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.

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.**