

Trabajo publicado en PLAZAS, Florencia G., y HAZAN, Luciano A. (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Declaración indagatoria durante la instrucción

Por Santiago López

I. Introducción

El Código Procesal Penal de la Nación (CPP Nación) establece cuáles son los requisitos para que, en el marco de la instrucción, pueda recibírsele declaración al imputado. También establece el modo preciso en el que debe recibírsele esa declaración. En este punto la norma procesal debe ser vista como el medio que reglamenta la garantía a ser oído que tiene toda persona imputada en un proceso penal, de conformidad con lo establecido constitucionalmente (CN 18, CADH 8, y PIDCyP 14).

Debe tenerse en cuenta, antes de abordar este capítulo, el hecho de que en nuestro sistema la etapa de instrucción (en hipótesis únicamente un medio para arribar a la etapa de debate y que, por lo tanto, no debería prolongarse más de cuatro meses, CPP Nación, 207) insume la gran mayoría de los recursos que el Estado aplica a los procesos penales, dejando, en general, para la etapa de juicio, simplemente, la incorporación de elementos probatorios producidos con anterioridad, o bien la mera formalidad del dictado de sentencia con omisión de debate (CPP Nación, 293) tras acuerdo entre imputado y Ministerio Público. En ese contexto, a menudo, la instancia más trascendente en la que el imputado tiene la posibilidad de ser escuchado por un funcionario del Poder Judicial es, precisamente, en la declaración indagatoria que se le recibe durante la etapa de instrucción.

A lo largo de este capítulo intentaremos mostrar cuáles son los aspectos más relevantes de esa regulación y cuáles las controversias que se han generado. Se citará aquellas resoluciones jurisprudenciales trascendentes que se han suscitado acerca de estos puntos.

Por lo demás, una modificación al CPP Nación relativamente reciente ha determinado que sea el Ministerio Público el órgano que reciba la declaración indagatoria en las investigaciones vinculadas con determinados delitos relacionados con los casos de secuestros. También trataremos, en el presente capítulo, la problemática que ello ha suscitado.

II. Requisito necesario para la procedencia del llamado a prestar declaración indagatoria

II. 1. Consideraciones generales

El Código Procesal Penal, en su artículo 294, establece que: "Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito el juez procederá a interrogarla". Por lo demás, ese mismo artículo es el que establece, a continuación, la obligación para el magistrado de recibir esta declaración de modo inmediato (a lo sumo en el término de 24hs) si la persona imputada se encuentra detenida. El plazo es prorrogable por otro igual en caso de que el magistrado, por determinado motivo, no pudiere recibir la declaración en aquel término, o bien si el imputado así lo solicita para designar defensor.

La fórmula transcripta, indudablemente, establece como requisito necesario para que pueda disponerse la recepción de la declaración indagatoria la existencia de un grado de sospecha determinado acerca de la existencia de un delito y, lógicamente, de la participación en él de la persona a que se convoca.

Esta prerrogativa, en conjunto con las prescripciones del art. 123 del CPP Nación que obliga a que los autos deban ser motivados y, en definitiva, la exigencia que en ese sentido impone un régimen republicano a toda resolución judicial, echa por tierra cierta idea, más o menos difundida¹, acerca de que la convocatoria a prestar declaración indagatoria es un resorte exclusivo del juez de instrucción que puede ser adoptada sin necesidad de expresión de motivos, tras lo cual parece esconderse la idea de la innecesariedad de constatación rigurosa de los extremos exigidos por el CPP Nación.

Cabe aquí mencionar, al menos tangencialmente, la semejanza de esa fórmula "motivo bastante para sospechar", con la que se describe el estándar probatorio necesario para dictar el procesamiento de quien fue indagado, que exige que "hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél [el imputado] es culpable como partícipe de éste" (cfr. CPP, 306). Entiendo que, más allá de alguna leve variación en los términos, ambos requisitos (estándar probatorio necesario para convocar al imputado a prestar declaración indagatoria y estándar probatorio necesario para dictar auto de procesamiento) son equivalentes. Consecuentemente, un llamado a indagatoria sólo será posible en la medida en que ya exista probabilidad positiva de la participación del convocado en los hechos objeto de imputación. A la vez, si el indagado no desvirtúa ese grado de sospecha, corresponderá el dictado de su

¹ De hecho, es habitual encontrar resoluciones en las que, simplemente, se hace una mención genérica que apela a una fórmula vacía tal como: "existiendo el grado de sospecha requerido por el art. 294, convóquese a prestar declaración indagatoria a...", sin ninguna otra argumentación.

procesamiento, en tanto permanecerá incólume ese estado de sospecha que motivó su citación².

II. 2. La (i)rrecurribilidad del llamado a prestar declaración indagatoria

Del mismo modo que un auto de procesamiento carente de fundamentación podrá ser cuestionado (mediante recurso de apelación o mediante el planteo de nulidad pertinente, según sea el caso), no habría motivos para no cuestionar, también, un vicio semejante en un llamado a indagatoria.

La jurisprudencia mayoritaria, no obstante, sostiene que la resolución que dispone el llamado a prestar declaración indagatoria resulta irrecusable. Así, resulta ilustrativo de esa idea mayoritaria el pronunciamiento de la Sala B de la CNPE en el que se sostuvo: "El auto por el que se ordena el llamado a prestar declaración indagatoria no es apelable, atento a que no está expresamente declarado así, ni causa un gravamen irreparable a quien es citado en aquel carácter para ejercer su defensa material y quien podrá, al comparecer al acto y si así lo quiere, hacer uso del derecho a negarse a declarar (...) La decisión de llamar a un imputado a prestar declaración indagatoria es una de las facultades propias del juez instructor, que sólo requiere como sustento la circunstancia que se haya conformado, a criterio del juzgador, el estado de sospecha a que se alude por el art. 294 del CPP"³.

Más allá de que el auto que ordena el llamado a prestar declaración indagatoria no se encuentre contemplado entre las resoluciones expresamente declaradas recurribles por el Código Procesal, lo cierto es que no cabe descartar que, en ocasiones, pueda causar gravamen irreparable, lo que lo pondría, en esos casos, entre las resoluciones recurribles. En este sentido, pueden imaginarse diversos casos en los que el supuesto estado de sospecha no sea tal, lo que

² Con matices, esta posición aparece en, DARRITCHON, Luis, *Cómo es el nuevo código Procesal Penal*, Ed. Abeledo Perrot, 1993, t. 6, p. 152, quien sostiene: "si bien el artículo 306 exige más que la sospecha requerida para tomar declaración indagatoria, la realidad lógica lleva a que este mismo estado de sospecha, aunque no haya sido fortificado, sea suficiente para la incriminación provisional. Porque el auto de falta de mérito requiere una reducción de tal sospecha, un estado medido de duda entre ésta y la certeza para el sobreseimiento. Por ello, aunque la generalidad de los autores estima que el grado de probabilidad incriminatoria para el procesamiento, debe ser superior al existente para la indagatoria, la realidad procesal dice lo contrario".

³ CNPE, Sala B, "Ávila Mónica, Jacaranda AFJP s/sistema integrado de jubilaciones y pensiones, recurso de queja por apelación denegada", 07 de agosto de 1998.

conlleva la posibilidad de que la citación a indagatoria cause gravamen irreparable (puede pensarse, por ejemplo, en casos en que el imputado reviste esa calidad en función, únicamente, de criterios de responsabilidad objetiva, que deberían ser ajenos a la atribución de responsabilidad en derecho penal). Puede pensarse, a la vez, en supuestos en los que, paralelamente a la falta de "estado de sospecha", cumplir con la citación importe una severa molestia a la persona imputada (por ejemplo pues es un trabajador autónomo que reside en un lugar lejano al del asiento del tribunal que lo convoca). En casos de este tipo, indudablemente, podrá fundarse la existencia de un gravamen irreparable emanado de la citación a indagatoria, lo que no resultaría posible si se siguiese la idea plasmada en el pasaje transcripto que sostiene, de modo general, una supuesta imposibilidad de que un llamado a indagatoria cause gravamen irreparable. A esa supuesta imposibilidad también se refirió la Sala B de la CNPE al sostener que: "El auto que ordena el llamado a prestar declaración indagatoria no es apelable, atento a que no está expresamente declarado así ni causa gravamen irreparable (en los términos del art. 499 CPP) a quien es citado en aquel carácter para ejercer su defensa material..."⁴.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el llamado a prestar declaración indagatoria trae aparejado consecuencias gravosas para la persona citada, lo que permite descartar el argumento obrante en la última cita efectuada (por lo demás, muy difundido) que señala que la citación a indagatoria, por ser un acto de defensa, no puede causar gravamen al imputado y que, por lo tanto, es siempre irrecurrible. Véase que por un lado la declaración indagatoria es un acto de coerción en tanto, una vez dispuesto, se llevará a cabo con prescindencia de la voluntad del citado y, de ser necesario, importará el traslado compulsivo de la persona convocada (ello, claro está, sin perjuicio del derecho de negarse a declarar que asiste a todo imputado, derecho que no implica, en modo alguno, una posibilidad de no concurrir al acto). Por otro lado el llamado a prestar declaración indagatoria es, conforme con lo prescripto en la ley 25.990⁵, el primer acto procesal que puede considerarse secuela de juicio y que, consecuentemente, interrumpe la prescripción de la acción penal.

⁴ CNPE, Sala B, "Camps, Alberto Raúl s/Cheque sin fondos, Recurso de queja por apelación denegada", del 22 de mayo de 1998.

⁵ En este aspecto, la mencionada ley no hizo sustanciales modificaciones desde el momento en que la jurisprudencia mayoritaria ya consideraba al llamado a prestar declaración indagatoria como el primer acto interruptivo de la prescripción, cfr, entre muchos otros, C. 18-11-1997, "Incidente de apelación de Paganini Pizarro, Miguel Ángel s/prescripción" CCFed., Sala II, tesis también adoptada por la Cámara de Casación Penal.

Debe señalarse, además, que la fórmula empleada en el fallo citado que indica que basta para disponer el llamado a indagatoria el hecho de que "se haya conformado, a criterio del juzgador, el estado de sospecha al que se alude por el art. 294 del CPP" sólo puede ser tenida como válida en tanto se exija al juzgador que haya formado su "criterio" a partir de un correcto análisis de los elementos de prueba colectados y que, además, haya plasmado ese razonamiento –cuanto menos de modo somero– en la resolución que dispone la citación a prestar declaración indagatoria, en tanto este es el único modo en que puede conocerse si ese correcto análisis de la prueba tuvo efectivamente lugar. Desde luego, sería inadmisibles una resolución sólo basada en la íntima convicción del juzgador o, si se quiere, un criterio "caprichoso", lo que importaría un verdadero contrasentido.

Indudablemente, objeciones de índole pragmática (tales como que si se admitiese en algún caso la posibilidad de recurrir un llamado a indagatoria habría una avalancha de recursos) resultan inoponibles a las prerrogativas legales vigentes. En este sentido, además, debe señalarse que en un sistema deseable, donde sus operadores trabajen con decorosa eficiencia, cabe esperar, por regla general, que la gran mayoría de resoluciones judiciales que disponen la citación a indagatoria no dejen margen a cuestionamiento alguno. Del mismo modo, cabrá esperar que los abogados defensores no presenten recursos fuera de los casos en que existen elementos que permitan sustentar su viabilidad y, más allá de ello, el propio sistema tiene recursos para evitar dilaciones innecesarias: para los casos marginales en que haya una presentación recursiva inadmisibles bastará, si se trata de una apelación, con la no concesión de ésta (claro está que podría originar un recurso directo ante la Cámara de Apelaciones –recurso de queja– el que, del mismo modo, y si así resultase apropiado, podrá no ser abierto).

Mencionado lo anterior, cabe traer a colación, en un breve pasaje, el hecho de que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (CNCC), tras la presentación de una queja por denegatoria de recurso de apelación contra una resolución que disponía el llamado a prestar declaración indagatoria ha sostenido el "carácter suspensivo de la articulación toda vez que se trata de una queja contra la denegatoria de un recurso de apelación ordinario y reviste, además, el carácter de articulación incluida en el Libro IV del Código Procesal Penal (Recursos) alcanzada por la hipótesis del artículo 442 ídem"⁶. A diferencia de lo que ocurre con el recurso de queja por denegatoria del remedio extraordinario federal (art. 285 CPCC), una queja por denegatoria del recurso ecl gón torue a

al cumplimiento de la resolución recurrida –en nuestro caso del llamado a indagatoria– hasta tanto no se resuelva esa queja⁷.

El hecho de que el llamado a indagatoria deba ser fundado y, por lo tanto, que deba existir el estado de sospecha al que se alude, surge inequívocamente de la jurisprudencia de la propia CSN. Así, en un caso de competencia originaria (investigación llevada a cabo a raíz del atentado a la embajada de Israel) revocó la resolución que disponía la ampliación de la declaración indagatoria debido, precisamente, a la ausencia del aludido estado de sospecha del art. 294. En ese fallo se sostuvo: “Corresponde revocar la resolución que dispuso ampliar la declaración indagatoria de un imputado, si de las constancias de la causa surge que la orientación asumida por la investigación acerca de la posible intervención de agrupaciones terroristas extranjeras no guarda conexión con las actividades desarrolladas por los procesados”⁸.

Siguiendo con esa línea, la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires (CFCC) sostuvo que “No obstante ser el llamado a prestar declaración indagatoria una facultad del juez, se trata por cierto de una potestad reglada, en tanto el ordenamiento procesal (...) exige motivo bastante de sospecha para disponerlo”⁹

Por lo demás, la otra Sala de esa misma Cámara en un pronunciamiento mediante el cual rechazó la pretensión de la defensa (que solicitaba la nulidad del llamado a prestar declaración indagatoria) dejó abierta la posibilidad de que se declare la nulidad del llamado a indagatoria si se verifica su falta de fundamentación. Así, se ha dicho que: “El decreto de llamado a prestar declaración indagatoria, como regla general, no resulta apelable en los términos del art. 449 y siguientes del C.P.P.N”. En este contexto y salvo en un supuesto de arbitrariedad por falta de fundamentación, la vía de nulidad, aparece como una forma indirecta para internar convertir ese acto procesal en una decisión apelable”¹⁰. De allí se deriva, a contrario sensu, que en casos en los que efectivamente existe arbitrariedad por falta de fundamentación, el cuestionamiento –por vía de nulidad– resulta procedente.

En este punto, finalmente, cabe hacer ver que el fallo precedentemente citado trata de un pedido de nulidad basado en que el llamado a indagatoria tuvo por finalidad evitar la prescripción de la acción. Se desprende de lo anteriormente

⁷ Cfr. PALACIO, *Los recursos en el proceso penal*, p. 182, párrafo segundo *in fine* y 186, párrafo cuarto, Buenos Aires, 2001; NAVARRO y DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 239, párrafo quinto del primer comentario, Buenos Aires, 1997.

⁸ CSN, 321:201, del 24/02/98.

⁹ CFCC, Sala I, “Piacentino”, del 13 de junio de 1996.

¹⁰ CFCC, Sala II, “Incidente de Nulidad”, del 5 de abril de 2001.

transcripto que si no hubiese habido motivos para el llamado a indagatoria y éste sólo tuviese como objeto evitar que se dictase la prescripción, entonces sí podría haberse decretado la nulidad de ese llamado. Un caso que guarda cierta analogía es el precedente Martínez de Hoz¹¹, donde los jueces de la Corte concluyeron que el dictado de la prisión preventiva era nulo en tanto era arbitrario y tenía por objeto, únicamente, evitar la prescripción de la acción.

III. Las características que hacen a la validez de la declaración indagatoria

III. 1. Presencia del juez (prerrogativas legales versus praxis)

La regulación que el Código Procesal establece en relación con la declaración indagatoria está contenida en los artículos 294 a 305. En primer término, el CPP Nación prescribe que sea el juez quien interroge a la persona respecto de la cual existen sospechas: “el juez procederá a interrogarla” (CPP Nación, 294). Con posterioridad, la imposición de que sea el juez a cargo de la investigación quien dirija personalmente la declaración del imputado se repite en otros pasajes: “el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye...” (CPP Nación, 298), “el juez podrá formular al indagado las preguntas que estime convenientes” (CPP Nación, 299), entre otros que ponen en cabeza del juez todos los actos fundamentales a llevarse a cabo durante la indagatoria.

En suma, la presencia del juez en la declaración indagatoria del imputado, dirigiendo ese acto, no es una cuestión opinable o de interpretación, es una incuestionable directiva impuesta legalmente. De todos modos, y aun cuando no haya sido posible hallar datos estadísticos al respecto, la práctica indica que, cuanto menos, existen muchos casos en los que el juez no participa, siquiera parcialmente, de la audiencia en que se recibe declaración al imputado.

Un reciente pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires (CNCC) se ocupó, puntualmente, de este supuesto¹². En este caso se planteó la nulidad de la declaración indagatoria recibida al imputado debido a la ausencia del juez en ese acto (extremo fáctico que no resultaba controvertido). La Sala I resolvió que “habiéndose afectado la intervención del juez en los actos en los que su participación es obligatoria (art. 167, inc. 2, CPP Nación), corresponde declarar la nulidad de la declaración indagatoria...”.

En sustento de esa decisión, puede leerse en el fallo que: “... [la indagatoria] se trata del acto de defensa por excelencia en esta etapa del proceso –recuérdese,

¹¹ CSN, 316:365.

¹² CNCC, Sala I, “Fridlaender, Oscar Felipe”, 1 de marzo de 2004.

única instancia en que interviene un juez de instrucción-; por lo tanto, si no se le exige al juez de instrucción que se encuentre presente en un acto procesal de tal envergadura, que además, será sostén de su próxima decisión a adoptar léase el procesamiento, sobreseimiento o falta de mérito ..., nada más podrá serle exigido y, de esa forma, el procedimiento quedaría sólo en manos de empleados que no pueden ni deben suplir la función del juez”.

Es evidente, sobre todo si se repara en que los propios jueces advierten que está en juego el derecho a ser oído¹³ (principio integrante del cúmulo de prerrogativas que hacen al derecho de defensa en juicio), que la nulidad decretada parte de la base de que la declaración en ausencia del juez constituye, precisamente, una afectación a este derecho. En este sentido, la regulación procesal que reglamenta el modo en el que se hará efectivo un derecho establecido constitucionalmente no puede ser dejada de lado por quien dirige el proceso, ya que de hacerlo incurrirá en una nulidad, cuya causa es la desatención, a la vez, de ambas normas, la de procedimiento y la norma de jerarquía constitucional, en tanto ésta sólo se enuncia como una directiva de orden general que luego encuentra realización bajo el modo específico en que los ordenamientos procesales lo prescriben. Ello, claro está, sin perjuicio de que la norma de procedimiento pueda ser modificada (en el punto V. de este capítulo haremos algunas consideraciones al respecto). Insistimos, mientras subsista una regulación acerca del modo en que debe instrumentarse un derecho constitucional, el apego estricto a esa regulación es condición de validez del procedimiento que, de lo contrario, vulneraría no sólo la cláusula legal, sino también, y por transitividad, el derecho de jerarquía constitucional.

Los alcances de este fallo, entonces, son claros en un primer punto, si el magistrado está ausente de la audiencia en que se recibe declaración indagatoria al imputado esa declaración resulta nula (del mismo modo que todo aquello obrado como consecuencia de esa declaración).

Otro pasaje del fallo –en el que se trata la posición del juez ausente (quien alegó, según lo refleja el pronunciamiento que venimos comentando, que “ningún juez de la Nación puede abocarse totalmente a las audiencias que se practican en forma simultánea en un juzgado”)– da cuenta de que: “no se le exige al juez que sea el taquígrafo de todas las audiencias, pero no hay obstáculo para que, implementando una adecuada organización de los días y horas de las audiencias fijadas, se presente a cada uno de los imputados, defensores y fiscales que asistan

¹³ Lo hacen mediante la siguiente cita: “En palabras de Julio Maier, el derecho a ser oído alcanza su máxima expresión real en la audiencia del imputado ante el tribunal (Derecho Procesal Penal, t. I, 1996, p. 652)”.

a aquellas y supervise y dirija el acto tal como le corresponde de acuerdo con su deber de magistrado”.

Sostener que el magistrado debe supervisar y dirigir el acto conforme con sus deberes (esto es, conforme con las pautas legales sentadas en los arts. 294 y ss., reseñadas al inicio de este punto) implica, necesariamente, sostener que debe ser el juez a cargo de la causa quien debe interrogar por los datos personales al imputado, hacerle conocer los hechos que se le atribuyen, invitarlo a manifestar lo que desee hacer constar como su descargo, así como invitarlo a sugerir las pruebas que entiende útil a su defensa. El juez también deberá, personalmente, determinar si existen preguntas que resultan útiles y, en su caso, formularlas, para lo cual, claro está, es necesario que escuche atentamente lo manifestado por el imputado. Además, deberá comunicarle al imputado las disposiciones legales sobre libertad provisional.

Por lo demás, el art. 304 del CPP Nación establece que “El juez deberá investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado” de donde también se deriva la necesidad de que sea el magistrado a cargo de la causa quien escuche directamente todo el descargo que formula el imputado pues, de lo contrario, se corre el riesgo de que en la intermediación se pierda algún tramo del descargo y, consecuentemente, que el juez prescinda de investigar alguna circunstancia que haga a la defensa de quien es sometido a proceso. Con lo dicho, cabrá concluir que la Sala I de la CNCC en el último de los pasajes transcriptos –en cuanto indica que no se le exige que sea el taquígrafo de todas las audiencias– se refiere, únicamente, a esa circunstancia y a aquellas que guardan analogía con ésta (por ejemplo, no será exigible que el juez permanezca en el lugar mientras se imprime el acta de la audiencia, o bien mientras el imputado estudia el contenido de los elementos de prueba obrantes en la causa cuya existencia el juez le hizo conocer). Más allá de este tipo de supuestos, la resolución, al remitirse a los deberes de magistrado, no deja, a nuestro modo de ver, espacio para “ausencias” del juez, advirtiendo sobre la nulidad que esto último acarrearía¹⁴.

Finalmente, cabe destacar que en el fallo al que venimos haciendo referencia, mediante cita de BINDER, se señaló: “una democracia sin jueces no es

¹⁴ Otra lectura de este fallo, que a diferencia de la nuestra, postula que la Cámara adoptó un “camino intermedio” entre “la imposibilidad [del juez] de encargarse de todas las audiencias y la nulidad de las audiencias no llevadas a cabo por el juez”, puede leerse en ORCE, Guillermo, *Declaración indagatoria sin la presencia del juez. Garantía constitucional y deber funcional*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, n° 4, diciembre de 2004.

democracia; una justicia burocrática no es justicia. Un empleado no es juez. Un juez es insustituible (...) la 'firma' no reemplaza la intermediación. La delegación de funciones no es un mecanismo para 'salvar la justicia' (...) Quien quiera cerrar los ojos que lo haga y se entienda 'con quien lleva la causa'¹⁵. Esta cita, indudablemente, advierte que la postura de la Sala es terminante en cuanto a que todo lo que, por imperativo legal, debe ser realizado por el juez a cargo de la causa, resultará nulo en caso de que sea delegado en otro funcionario o empleado. Queda, simplemente, mencionar que esa cita data del año 1993 y que, como entonces, hoy sigue siendo problemático para la salud institucional que la administración de justicia dependa en gran medida de personas carentes de facultades para decidir. Ello, seguramente, es reflejo de algo mucho más problemático como lo es la falta de ideas que permitan diseñar estructuras que atiendan, con criterio, los requerimientos genuinos de la población de acuerdo con un esquema de prioridades razonable, en las que sean los jueces los que asuman las funciones que les son propias.

III. 2. Descripción del hecho imputado

Como hemos visto, el art. 298 indica que: "El juez informará *detalladamente* al imputado cuál es el hecho que se le atribuye". Esa información importa, necesariamente, una descripción del hecho completa y pormenorizada, de manera tal que esta imputación originaria ponga al imputado en condiciones de conocer acabadamente qué se le imputa y con ello ejercer acabadamente su defensa en ese acto si decide declarar. No basta una mención somera del hecho atribuido; por el contrario se requiere en este acto una específica y minuciosa descripción. Téngase presente que la intimación originaria servirá de plataforma fáctica para una posterior resolución jurisdiccional: procesamiento, falta de mérito o sobreseimiento¹⁶.

Además, indudablemente, el derecho a ser oído al que antes aludíamos, sólo estará satisfecho en tanto, previamente, se conozca con detalle cuál es el hecho objeto de imputación. Va de suyo que nadie puede defenderse de algo que no conoce. En este sentido expresa MAIER: "a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído [se lo debe poner] en conocimiento de la imputación correctamente deducida; (...) en verdad, no tendría ningún sentido expresar el derecho a ser oído, ni regular pormenorizadamente la necesidad de una imputación correcta para darle vida, si no se previera el deber de comunicar al perseguido la imputación que a él

¹⁵ BINDER, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 110.

¹⁶ Cfr. ABALOS, Raúl Washington, *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1994, p. 696.

se le dirige". Y agrega: "Como se trata de hacer conocer la imputación, el acto por el cual se la intima (...) debe consistir, así, en la noticia íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado. No se cumple esta condición de validez si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del *nomen iuris* del hecho punible imputado, o se recurre, para cumplir la condición, a conceptos o abstracciones que no describen concretamente la acción u omisión atribuida, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la definen como un comportamiento singular de la vida del imputado...". En cuanto a las consecuencias de una incorrecta descripción de los hechos en el acto de indagatoria, dice MAIER: "De la misma manera que la falta de una imputación precisa y circunstanciada, la falta de intimación o la inobservancia en ella de las reglas estudiadas conduce a la privación del derecho a ser oído y, con ello, de la facultad de influir eficientemente, por esa vía, en la decisión respectiva: por ello, también a la ineficacia absoluta de la resolución judicial en relación a la cual se concede el derecho de audiencia, siempre que perjudique al imputado; se lesiona (...) el derecho constitucional a la defensa, del cual el derecho a ser oído, para influir en la decisión, constituye parte integrante"¹⁷.

Esta deseable solución, que importa la nulidad de aquella declaración en la que no se consignó, con detalle, la descripción del hecho imputado, ha sido sostenida en algunos casos por la jurisprudencia. Así, se ha dicho que: "La ausencia de un relato claro y preciso de los hechos 'prima facie' típicos que se le atribuyen a los imputados -elemento éste que resulta indispensable a los fines del juicio de mérito respecto de la conducta endilgada a los procesados y que exige el código de rito (conf. art. 308 del CPP Nación) carencia que por sí determina la nulidad de tal pronunciamiento. Tal omisión y la salvaguarda del derecho de defensa en juicio, llevan a declarar la nulidad de sus declaraciones indagatorias y por extensión de la resolución de merito dictada..."¹⁸.

En otros casos, en cambio, se ha sostenido la validez de declaraciones en las que, por ejemplo, se apeló al nombre del delito imputado como toda descripción de los hechos. Así, se ha dicho que: "Ni la mención genérica de haberle hecho saber las pruebas en su contra, ni la falta de descripción del hecho antes de declarar, pueden acarrear la invalidez de la indagatoria si prestó ésta con relación a un hecho concreto y determinado, que se corresponde con los demás actos procesales

¹⁷ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1999, ps. 559, 560 y 562.

¹⁸ CFCC, Sala II, "Montaño Rosales, Heber y otro s/procesamiento", 30 de abril de 1996 (en el mismo sentido, CFCC, Sala II, "Palluca, Bruno s/nulidad", 29 de diciembre de 1998).

antecedentes o consecuentes, presentó pruebas, ejerció su defensa, formuló explicaciones”¹⁹. También se ha dicho, en este sentido, que “no es nula la declaración indagatoria en cuya acta se omitió transcribir el ilícito atribuido al imputado y las pruebas existentes en su contra, si de ello surge que en presencia del defensor el juez informó verbalmente al imputado las formalidades requeridas por el 298 del CPP...”²⁰.

Estas últimas citas efectuadas prescinden de considerar los múltiples motivos que ameritan la necesidad de que la descripción del hecho conste en el acta en el que se asienta la declaración indagatoria. Debe partirse del carácter escrito que reviste la etapa de instrucción, de allí que resulte exigible que se plasme en el acta el modo en el que se describe el hecho. Repárese en que, sólo contando con una constancia de los alcances de la descripción, podrá controlarse si ella cumple con los requisitos exigidos, esto es, si, por ejemplo, contiene suficientes precisiones acerca del modo, tiempo y lugar en el que habría sido llevado a cabo el hecho imputado. Siguiendo la tesitura de los fallos transcriptos en el párrafo anterior, estaría en mejor situación aquella persona que al ser indagada le fue descrito el hecho de modo defectuoso y así se lo consignó en el acta, respecto de aquella otra persona que también fue indagada tras una defectuosa descripción, pero que a diferencia del caso anterior, no se dejó constancia de la descripción en el acta, sustituyéndose ello por una fórmula tal como “se describió pormenorizadamente el hecho”. El primero podrá aspirar a una revisión en tanto el segundo, según el equivocado criterio de los fallos comentados, estaría huérfano de esa posibilidad. Indudablemente, la mera consignación de una frase genérica, aplicable a cualquier caso, en la que se diga que se describió pormenorizadamente el hecho sin que en el acta se establezca de qué modo se lo hizo, debe acarrear la nulidad de esa declaración.

III. 3. Ausencia de juramento y expresa prohibición de coacciones

Otros requisitos establecidos en la legislación que fija las pautas del procedimiento que debe llevarse a cabo al recibir declaración indagatoria al imputado también han generado controversia en el plano judicial. Recuérdese que, conforme lo indica el art. 296 del CPP Nación, “El imputado podrá abstenerse de

¹⁹ TOF 2, La Plata, “Acosta, María del Carmen s/inf. ley 23.737”, 20 de octubre de 1996, citado por el Juzgado Federal 1 de Lomas de Zamora, en causa “Besada, Beatriz s/inf. ley 24.241, del 11 de septiembre de 2000.

²⁰ TOC 1, “Ramos”, del 30 de octubre de 1992, cita también efectuada por el Juzgado Federal 1 de Lomas de Zamora en la causa identificada en la nota precedente.

declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda". Pues bien, en algunos casos ocurre que surgen sospechas respecto de personas que habían prestado declaración testimonial en el marco de la investigación, circunstancia en que se debe relevar del secreto a esa persona. Se ha presentado el caso en el que se omitió efectuar esto último, o sea, se recibió declaración indagatoria a quien había prestado antes testimonial, sin relevárselo del juramento oportunamente prestado. Existen precedentes sobre este tema en la Cámara Nacional de Casación (CNCP). Así, al declararse la nulidad de esa declaración indagatoria, se menciona que si bien en ese caso se cumplieron las restantes formalidades e, incluso, el imputado tuvo asistencia técnica en ese acto, "a quien se le recibió juramento de decir verdad y se le hizo conocer las penas de los que se conducen con falsedad, se lo constriñe legal y moralmente a decir verdad en cuanto supiera y fuere preguntado y es lógico suponer que esa restricción a su libertad de decir lo que quiera o no decir lo que no quiera pese gravemente en su ánimo y, mientras no se lo releve expresamente de aquél, lo gobierna durante toda la causa"²¹. En el mismo fallo se agrega, como parte de un voto concordante, que con el vicio apuntado: "se infringió el principio constitucional que prohíbe la autoincriminación".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha pronunciado sobre el tema, aunque en términos discordantes (al menos parcialmente) que los del fallo precedentemente citado de la CNCP. Debe aclararse, en todo caso, que el fallo se vincula con un caso que tramitó siguiendo las reglas del anterior Código de Procedimientos en Materia Penal, aunque lo resuelto sobre el fondo del asunto es plenamente aplicable a la actual legislación. En esa causa la Cámara de Apelaciones había anulado la sentencia en función de una violación a la garantía contra la autoincriminación consistente, precisamente, en que al recibírsele declaración al imputado no se lo había relevado expresamente del juramento prestado con anterioridad (cuando declaró como testigo al ratificar la denuncia que había dado origen a esas actuaciones), aunque se habrían cumplido con las restantes formalidades previstas. En este caso la Corte sostuvo: "es evidente que la eventual afectación de las garantías protegidas por la Constitución Nacional, sólo podría

²¹ CNCP, Sala II, "Correa Laguilhon, Aldo s/rec de casación", del 11 de septiembre de 2003 (con cita del precedente de la misma Cámara, Sala III, "Antolín, Miguel Angel s/rec. de casación" del 30 de noviembre de 2000).

producirse si el imputado, al declarar, por omisión de ponerlo en conocimiento de sus derechos, hubiera confesado una conducta reprochable, susceptible de configurar una autoincriminación que conduzca a su condena en mérito a los hechos inconstitucionalmente admitidos (conf. "Miranda v. Arizona", 384 US 463, 1966)²². Así, la CSN entendió que en ese caso, el imputado, pese a no haber sido expresamente relevado del juramento, había tenido cabal conocimiento del carácter de su declaración y que no había existido ningún tipo de coacción, con lo cual la nulidad debía descartarse. Agregó en ese fallo que: "no debe confundirse el respeto a los recaudos que tienden a asegurar la protección del ejercicio de una garantía constitucional con la incolumidad de la garantía misma, pues suponer que una hipotética omisión formal –que en el caso no ha afectado la libre determinación del imputado a declarar– pudiera causar la nulidad del acto, implicaría convertir a los medios tendientes a proteger el ejercicio de aquella garantía en una garantía en sí misma, con olvido del carácter meramente instrumental que tales medios revisten".

Este fallo de la Corte, es conteste con una línea que traía ese tribunal (con conformaciones distintas de la actual) en la que se sostuvo la ausencia de nulidad en casos en que, pese a la omisión de hacerle saber al imputado el derecho de negarse a declarar, éste no declaraba o bien, haciéndolo, no se autoincriminaba. Así, la CSN ha convalidado declaraciones en las que no surgía expresamente que el juez haya hecho conocer al imputado el derecho de negarse a declarar. Se dijo que: "El magistrado actuante dio cumplimiento con el mandato constitucional de que nadie debe ser obligado a declarar contra sí mismo, si consta que el procesado no se opuso a que se le tomara declaración indagatoria"²³. No puede soslayarse la diferencia entre aquella persona que no se opuso a prestar declaración indagatoria con conocimiento expreso de esa posibilidad, respecto de un caso como el comentado en el que si bien no hubo oposición, no se conoce si el imputado fue informado sobre ese derecho pues el acta de indagatoria se limita a señalar la falta de oposición. Indudablemente, ello permite formular serios reparos al razonamiento de la Corte que hace derivar de la falta de oposición a declarar un eventual conocimiento del derecho de negarse a hacerlo (información que expresamente debe dar el juez al imputado conforme lo establece el 298 del CPP Nación).

Cabe señalar, también, que la facultad que el Código Procesal otorga a las personas que prestan declaración indagatoria consistente en que su defensor puede estar presente facilita el cumplimiento de las pautas que se vinculan con la prohibición expresa de que se ejerza, contra el imputado, cualquier tipo de

²² CSN, "Bianchi, Guillermo Oscar s/defraudación", 27 de junio de 2002.

²³ CSN, "Schoklender, Sergio Mauricio y otro s/homicidio", 24 de marzo de 1988 (311:340).

coacción. En efecto, el CPP Nación en su art. 295 señala: "A la declaración del imputado sólo podrán asistir su defensor, y el ministerio fiscal. El imputado será informado de este derecho antes de comenzar con su declaración". Desde luego la mera ausencia del defensor no acarrea nulidad alguna desde el momento en que la presencia de éste en el acto de la indagatoria es facultativo, aunque, claro está, el imputado debe conocer que le asiste ese derecho.

Por lo demás, claro está, la eventual constatación de cualquier tipo de coacción acarrea, indefectiblemente, la nulidad de la declaración indagatoria en que hayan tenido lugar. En este sentido, la propia redacción del art. 296 del CPP Nación, antes transcripto, advierte la amplitud de la norma, en cuanto al espectro de conductas que abarca, ya que puede concluirse que se prohíbe todo menoscabo a la libertad del imputado en su declaración. No ha habido en nuestro medio, discusión judicial profusa acerca de algunos supuestos que traen aparejadas polémicas diversas (por ejemplo los llamados sueros de la verdad)²⁴.

IV. Indagatoria ante el Ministerio Público

El Código Procesal Penal, tras la modificación introducida por la ley 25.760, prescribe que, en los casos de los delitos tipificados en los artículos 142 *bis* y 170 del CP, sea el Fiscal de la causa quien reciba declaración al imputado (ver CPP Nación, 212 *bis*).

La actual redacción del Código Procesal Penal de la Nación, en ese artículo, es la siguiente: "No obstante lo establecido en el artículo 213 inciso a), cuando hubiese motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de alguno de los delitos previstos por los artículos 142 *bis* y 170 del Código Penal de la Nación, o en alguna otra infracción penal cuya investigación resulte conexas con aquéllas, el Fiscal procederá a recibirle declaración, salvo que el imputado manifestase su voluntad de declarar ante el juez. Cuando la declaración sea recibida por el Fiscal, éste procederá de acuerdo con lo establecido por los artículos 294 y siguientes de este Código. Concluida la diligencia, el Fiscal remitirá copia de todo lo actuado al juez, al solo efecto de que éste resuelva la situación del imputado (artículos 306 y siguientes). Cuando la declaración sea recibida por el juez, el Fiscal le remitirá inmediatamente las actuaciones, conservando copia de sus partes pertinentes a efectos de continuar con la investigación. En ambos casos, antes de comenzar la declaración, deberá informarse detalladamente al imputado, si correspondiese, las disposiciones contenidas en el artículo 41 *ter* del Código Penal de la Nación. El juez deberá pronunciarse en el término improrrogable de cinco (5)

²⁴ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, ps. 214-216, Buenos Aires, 2000.

días desde la realización de la audiencia. La resolución será apelable, sin efecto suspensivo, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas”.

Según surge del propio debate previó a la sanción de la ley en cuestión –y más allá de los cuestionamientos que pueda merecer en virtud de la inidoneidad del medio empleado para alcanzar el objetivo buscado– “el objeto central de esta iniciativa es promover una investigación penal eficaz que permita descubrir a los culpables de este tipo de delitos y someterlos a las consecuencias de sus actos. Muchas veces hemos dicho que el solo endurecimiento de las penas no actúa de manera eficaz para disuadir al delincuente, y que lo único que puede disuadir a un delincuente de la comisión de ese delito es cuando tiene la certeza de que será atrapado, condenado y que deberá cumplir una condena”²⁵. En efecto, previamente, se había afirmado que: “puede ser muy importante que el fiscal al frente de la investigación pueda recibir la declaración de algunos de los que integran la banda o de alguien que pueda dar datos significativos para ubicar a la víctima. Esa declaración se va a prestar si el sujeto, el delincuente presta conformidad; si la quiere prestar. Si no, la hará ante el juez, oportunamente, cuando el juez lo convoque a prestar declaración indagatoria. Pero si tiene voluntad, lo puede hacer. Eso le va a permitir al fiscal, inmediatamente, realizar las tareas de identificación, de búsqueda de la víctima para recuperarla y que no pierda la vida”²⁶.

Esta facultad fue cuestionada, conforme diversas advertencias escuchadas en los debates citados, en distintos casos, reclamándose la nulidad de las indagatorias prestadas ante el representante del Ministerio Público, con argumentos relativos a la afectación de las garantías de juez natural e imparcialidad del juzgador.

En un pronunciamiento de la Cámara Federal de La Plata (CFCC La Plata)²⁷ se sostuvo que: “este tribunal entiende que la potestad otorgada al fiscal por la ley 25.760, en su art. 4, para recibir declaración al imputado en los casos en que se investigue alguno de los delitos previsto por los arts. 142 bis y 170 del CPen. resulta contraria a nuestra carta magna. En efecto, el debido proceso legal (art. 18, CN) impone que sea el juez quien la reciba, por ser, como ya se dijo, un acto que contiene la defensa o descargo del imputado. La recepción por parte de quien ha sido constituido como principal impulsor de la acción penal vulneraría el derecho de

²⁵ Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados de la Nación, celebrada el 16 de julio de 2003, texto atribuido, según la versión taquigráfica, a la señora diputada por Buenos Aires, Sra. STOLBIZER, Margarita Rosa.

²⁶ Sesión Ordinaria del Senado de la Nación, del día 28 de mayo de 2003, texto atribuido, según la versión taquigráfica, al Sr. Senador PICHETTO.

²⁷ CFCC La Plata, Sala II, “Ibarra, Francisco”, del 09 de marzo de 2004.

toda persona acusada de cometer una infracción penal de ser llevada ante un juez u otro, tal como lo exige el art. 9 ap. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forma parte de nuestra CN (art. 75, inc, 22)". En ese fallo, con posterioridad, y en el mismo sentido, se cita la CADH, art. 8, en cuanto a que: "toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...". También se hace mención al art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la ONU en 1984 que indica: "toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derecho y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Si cita doctrina indicando que ella señala que a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos antes citada surge: "toda claridad interpretativa al impedir que sea la parte acusadora –el fiscal– quien le reciba declaración al imputado, ya que únicamente quien es magistrado independiente e imparcial debe receptor la versión de los hechos de parte de aquél"²⁸.

En ese mismo fallo, en voto concurrente, se agrega que: "deseo subrayar, a guisa de ampliación de fundamentos, que la separación entre la acusación y el juez es un elemento crucial –quizá el más significativo– del proceso acusatorio. La prohibición ne procedet iudex ex officio está referida a la distinción entre el sujeo que cumple funciones de enjuiciamiento y el que cumple las de parte, pero también destaca el papel de parte, en posición de paridad con la defensa, que toca al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación es, ante todo, base de la imparcialidad del juzgador y, además, presupone que la carga de la acusación y de la prueba de ésta pesan sobre el Ministerio Público... Por eso, si es indispensable que el juez no tenga funciones acusatorias, lo es también que el Ministerio Público de la acusación no tenga funciones judiciales, por lo cual deben excluirse –por inconstitucionales– todos los deberes típicamente judiciales que se pretende atribuir a los fiscales (...) corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 212 bis Cpen."

En un comentario crítico de ese fallo²⁹, con cita de precedentes en sentido contrario del mencionado anteriormente³⁰, se sostiene la no afectación al principio

²⁸ CABALLERO, José S. y CIPOLLONE, Luis M., *La recepción de la declaración indagatoria del imputado por parte de los fiscales y las exigencias del art. 18 CN y los pactos internacionales*, en "Doctrina Judicial", t. 2001-3, ps. 425 y siguientes.

²⁹ ELHART, Raúl, *Examen de constitucionalidad del art. 212 bis CPP Nación. Según la ley 25.760: recepción de la declaración indagatoria por el fiscal*.

de juez natural desde que: "el fiscal no se constituye, en el supuesto del art. 212 *bis*, en una comisión especial ni en un tribunal *ex post facto*, y por ende, no puede sostenerse que al determinársele a recibir la declaración indagatoria se esté apartando al imputado del juez natural". También se alega que "debe distinguirse la declaración del imputado en la audiencia ante el tribunal de juicio de la prestada en la etapa instructoria. Inconscuso es que el derecho a ser oído por un tribunal o juez imparcial e independiente alcanza a todas las etapas del proceso y opera igualmente respecto de la sentencia como de las decisiones interlocutorias. En este sentido, por un lado, resulta dificultoso reconocer posibilidades de que en la audiencia de debate se realicen declaraciones del imputado exclusivamente ante el fiscal sin que se produzcan lesiones del debido proceso y del derecho de defensa. Pero, en cambio, tales dificultades y lesiones constitucionales no aparecen prístinas cuando la declaración del imputado sea recibida por el fiscal en el marco de la instrucción preparatoria".

Quizá quepa recordar lo dicho anteriormente en cuanto a la importancia, en nuestro medio, de la instrucción preparatoria que, muchas veces, se convierte en el tramo más trascendente de todo el proceso, con una demasiado prolongada duración que conlleva también, en numerosas ocasiones, privaciones de libertad "preventivas" que se convierten en verdaderas penas para quienes son sometidos a proceso. En ese contexto las observaciones citadas en el párrafo precedente en defensa de la posibilidad de instrumentar un sistema en el que, sólo durante la instrucción, las declaraciones del imputado sean recibidas por un funcionario distinto del juez (en ese caso, el Fiscal) sin que ello importe lesión alguna al derecho constitucional a ser oído "por un tribunal" aparece, cuanto menos, como cuestionable.

V. Algunas consideraciones finales

Finalmente, a modo de conclusión, y en relación con las menciones efectuadas acerca de la frecuente prolongación de la etapa de instrucción mucho más allá de parámetros razonables, lo que conlleva la necesidad de que la declaración del imputado, en esa etapa, esté revestida de todas las prerrogativas vistas que tienden a resguardar los derechos de la persona sometida a proceso (toda vez que, tras ese acto, por ejemplo, podría disponerse la prisión preventiva por extenso plazo), cabe señalar que en lugar de admitir cierta flexibilización en la aplicación de las prerrogativas que hacen al debido proceso, aparece deseable la

³⁰ CFCC San Martín, Sala II, "Leiva Pérez, Sergio", del 24 de junio de 2004, CFCC San Martín, Sala II, "Suárez Carlos", del 5 de mayo de 2004 y CFCC La Plata, Sala III, "Musso, José M y otros".

implementación de normas que agilicen el proceso penal imposibilitando la apelación a la falsa disyuntiva que propone eficacia o garantismo. En ese contexto, también aparece posible una instrucción menos formalizada, sustancialmente menos aflictiva para el imputado en la que puede pensarse, incluso, en la prescindencia de una declaración del imputado si este no lo solicita³¹.

Así, por ejemplo, en los casos de flagrancia, en los que están dados todos los requisitos necesarios para llevar a una persona a juicio, aparece como innecesario, directamente, la realización de una instrucción preparatoria. Bastaría, por ejemplo, otorgar un plazo acotado e impostergable al Ministerio Público para que presente la acusación y ofrezca toda la prueba necesaria para dar comienzo, sin más, al debate oral. En efecto, de este modo se permitiría la realización del juicio en muy pocos días desde acontecido el suceso. Evitaría dispendios innecesarios; acotaría la eventual prisión preventiva a esos pocos días desde la detención en flagrancia hasta la realización del juicio; y permitiría una amplia defensa ante los jueces del caso por parte del imputado, inmediación en la que sería mucho más difícil –por su publicidad y por la necesaria participación del defensor– que se vulneren las garantías que hacen a toda persona sometida a proceso en relación con el derecho a ser oído.

³¹ Cfr. ZLATAR, Alex, en *www.eldial.com*, donde se sostuvo: “lo que los estatutos internacionales afortunadamente conceden, es el derecho a ser oído por un juez o tribunal y no la obligación de allí sentarse”.