

2008-1

# La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal – II

Director

EDGARDO ALBERTO DONNA

**Doctrina**

**Jurisprudencia**

Jurisprudencia nacional

Jurisprudencia extranjera

Jurisprudencia anotada

**Actualidad**



**RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES**

# *Revista de Derecho Procesal Penal*

## CONSEJO DE REDACCIÓN

EDGARDO ALBERTO DONNA  
JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE  
ROXANA GABRIELA PIÑA

## SECRETARÍA DE REDACCIÓN

SANDRO F. ABRALDES

## SECRETARÍA GENERAL

GISELA MORILLO-GUGLIELMI

## JURISPRUDENCIA NACIONAL

SANDRO F. ABRALDES

## JURISPRUDENCIA ANOTADA

MARCELO ALVERO

## JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

NATALIA BARBERO      DIEGO LEIF GUARDIA  
HORACIO LEONARDO DÍAS      JOAQUÍN MARCET

## COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

FERNANDO DÍAZ CANTÓN

## CONSEJO ASESOR

ARAZI, ROLAND	GÖSSEL, KARL HEINZ
ARMENTA DEU, TERESA	GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO
BINDER, ALBERTO	HASSEMER, WINFRIED
CAFFERATA NORES, JOSÉ	LEDESMA, ÁNGELA
CHIARA DÍAZ, CARLOS	PASTOR, DANIEL
DÍAZ CANTÓN, FERNANDO	PÉREZ GALIMBERTI, ALFREDO
GÓMEZ COLOMER, JUAN L.	TAKAYAMA, KANAKO

**FUERA DE  
COMERCIO**

Es una publicación del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES  
Juncal 2736, 1º piso, B, (1425) Buenos Aires, Argentina

Revista de derecho procesal penal 2008-1 : la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - II / dirigido por Edgardo Alberto Donna - 1ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2008  
768 p. ; 23 x 16 cm

ISBN 978-950-727-920-1

1. Derecho Procesal Penal - I. Donna, Edgardo Alberto, dir.  
CDD 347.05

**RUBINZAL - CULZONI EDITORES**

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

## ÍNDICE GENERAL

### DOCTRINA

- El fiscal como titular de la acción penal*, por ENRIQUE M. FALCÓN . . . . . 9
- Un bosquejo del "criterio objetivo" en la actividad del Ministerio Público Fiscal*, por PEDRO J. BERTOLINO . . . . . 43
- La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado*, por JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER . . . . . 59
- Las relaciones entre el Ministerio Público y la Policía Judicial en el ordenamiento italiano*, por GIOVANNI TRANCHINA . . . . . 105
- La posición del querellante particular frente a la coerción procesal del imputado. Aproximaciones al estudio de la cuestión desde la normativa contenida en el Código Procesal Penal de Córdoba*, por GUSTAVO A. AROCENA . . . . . 115
- ¿Fiscal privado y querrela pública? Criterios de oportunidad y conversión de la acción pública en privada*, por GASTÓN E. BARREIRO . . . . . 149
- Ministerio Público y apelación en el proceso penal italiano: Historia de una relación "difícil"*, por DANIELA CHINNICI . . . . . 179
- El Ministerio Público Federal. Su actividad procesal y su nexos con la Criminalística y la Criminología*, por FERNANDO FLORES TREJO . . . . . 193
- Los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes a denunciar y a querrellar*, por GABRIEL GONZÁLEZ DA SILVA . . . . . 207
- Desestimación de la denuncia y derechos del ofendido en la persecución de los delitos*, por SANTIAGO MARTÍNEZ . . . . . 239
- ¿Es constitucional la sentencia de condena sin acusación fiscal? La situación del querellante en el Código Procesal Penal de Córdoba*, por MARÍA PAZ SCHECHTEL . . . . . 267

### JURISPRUDENCIA NACIONAL

- La tendencia jurisprudencial en torno a la titularidad de la acción penal. 2ª parte: Casación*, por GISELA MORILLO-GUGLIELMI . . . . . 297

## JURISPRUDENCIA ANOTADA

- El principio de legalidad de la acción y la posición del querellante en el sistema penal y procesal penal vigentes. Acerca de un acierto y un error en un pronunciamiento judicial*, por JUAN CARLOS PALACIOS (n) ..... 383
- A propósito de los jueces que superan las pretensiones punitivas de los acusadores*, por JUAN IGNACIO BUSTOS y JULIO CÉSAR CASTRO ... 397
- El rol del Ministerio Público Fiscal en los procesos con querellante. A propósito del proyecto de Código Procesal Penal de la Nación elaborado por la Comisión Asesora para la reforma de la legislación procesal penal –decreto 115 del 13 de febrero de 2007–*, por CINTHIA OBERLANDER y MARCELO ALVERO..... 425
- ¿Existe un monopolio acusatorio del fiscal en el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires?*, por JUAN MANUEL GORNATTI ..... 447

## JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- Jurisprudencia francesa*, por NATALIA BARBERO ..... 461
- Jurisprudencia española*, por HORACIO LEONARDO DÍAS ..... 465
- Jurisprudencia alemana*, por DIEGO LEIF GUARDIA ..... 489
- Jurisprudencia italiana*, por JOAQUÍN MARCET ..... 505
- Jurisprudencia venezolana*, por GIOVANNI RIONERO..... 519

## ACTUALIDAD

- Medidas de coerción personal y patrimonial durante el proceso penal*, por MANUEL J. GOROSTIAGA ..... 579
- La reforma procesal de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, por M.<sup>a</sup> ISABEL GONZÁLEZ CANO ..... 675

## COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

- ..... 735
- ÍNDICE SUMARIO ..... 749

# Doctrina

Enrique M. Falcón

Pedro J. Bertolino

Juan-Luis Gómez Colomer

Giovanni Tranchina

Gustavo A. Arocena

Gastón E. Barreiro

Daniela Chinnici

Fernando Flores Trejo

Gabriel González Da Silva

Santiago Martínez

María Paz Schechtel

una "ciencia sintética, causal-explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales".

La doctrina muestra un panorama poco preciso en lo que al objeto de estudio de la Criminología se refiere.

Sin embargo, en los últimos años se observa una tendencia bastante generalizada en el sentido de unificar criterios en relación con el objeto del estudio criminológico.

Se dice que la Criminología estudia el crimen, entendido éste como antisocialidad. Es decir, el crimen se caracteriza por destruir valores individuales y sociales, considerados como básicos tanto para la vida de los individuos, como para la vida social.

Queda por investigar detenidamente los valores de los grupos sociales y precisar, dentro de la escala valorativa de cada grupo, en qué momento y bajo qué circunstancias, cuáles conductas son reprochables como antisociales y qué reacción se espera de la comunidad y del Estado cuando dicha conducta se concreta.

El enfoque teórico criminológico que pudiera ofrecer una aproximación más completa al estudio del crimen es el interdisciplinario.

Como puede derivarse de las anteriores transcripciones, la Criminalística implica una disciplina de naturaleza técnica que pretende examinar, al amparo de las ciencias naturales, la evidencia física en aras de resolver la autoría de los delitos, en tanto que la Criminología es una ciencia que trata de identificar las causas, los motivos que generan la comisión de los delitos correspondientes.

Así, en atención a las atribuciones que tiene en su haber el Ministerio Público tanto de investigar como de perseguir los delitos, proponemos que sus titulares sean expertos en Criminalística y Criminología como requisito indispensable para ocupar el cargo referido, todo ello en aras de que realicen de mejor manera su delicada tarea de procurar justicia.

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A DENUNCIAR Y A QUERELLAR

por GABRIEL GONZÁLEZ DA SILVA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho de niñas, niños y adolescentes a denunciar. 3. El derecho de niñas, niños y adolescentes a constituirse como querellantes en el proceso penal. 3.1. La querrela y su regulación en el Código Procesal Penal de la Nación. 3.2. Hermenéutica tradicional sobre los requisitos impuestos por el CPPN para constituirse en querrelante particular. 3.2.1. La legitimación procesal. 3.2.2. La capacidad procesal. 3.2.3. El derecho constitucional de niños, niñas y adolescentes víctimas a querrelar cuando el delito fue cometido por sus padres o demás representantes legales o cuando existen intereses gravemente contrapuestos. Fundamentos del ejercicio de tal potestad en otros casos. 3.2.4. El caso "Paula": primer reconocimiento judicial a la facultad de niñas, niños y adolescentes de constituirse como querellantes. 3.2.5. El caso "Gabriel". 4. A modo de cierre.

### 1. Introducción

El derecho que poseen niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos a ingresar por propia voluntad al proceso penal y participar activamente de éste cuando existen intereses contrapuestos entre aquéllos y sus padres o demás representantes legales habrá de constituir el eje medular de este incipiente análisis, en el que también pretenderá situarse el rol cardinal que en este tipo de casos le corresponde ocupar al Ministerio Público Fiscal.

Partiendo entonces del inventario de disposiciones que sobre el particular establece la normativa procesal penal nacional vigente, habrán de confrontárselas con los principios generales que emanan, tanto

del Bloque de Constitucionalidad Federal, como de la reciente “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”<sup>1</sup>.

No sin antes aclarar una vez más que si bien niños y adolescentes resultan susceptibles de padecer gran parte de los delitos catalogados en el Código Penal<sup>2</sup> al igual que cualquier adulto, la praxis demuestra que sus desventuras se vinculan mayormente con episodios de maltrato, violencia y ataques contra su integridad sexual. Dichos sucesos, no en pocas ocasiones tienen lugar a nivel intrafamiliar o en un contexto cercano a la víctima, extremo que determina que ésta deba recurrir por sus propios medios a terceros para develar lo ocurrido.

Esta compleja problemática no es privativa del ámbito jurídico y sólo puede ser abordada de manera interdisciplinaria. Ello impone que las observaciones que sobre el tema se formulen desde las distintas áreas de intervención deban resultar inteligibles para el resto de las especialidades, lo que en definitiva posibilitará alcanzar una comprensión integral del asunto. De modo que aquí habrán de formularse ciertas acotaciones que a los juristas podrán parecerles palmarias y sobrea-bundantes pero que, a veces, pueden resultar inéditas para el resto de los actores vinculados a la materia, tales como psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, médicos, y demás profesiones conexas.

## 2. El derecho de niñas, niños y adolescentes a denunciar

El artículo 174 del Código Procesal Penal de la Nación determina que “Toda persona que se considere lesionada por un delito cuya represión sea perseguible de oficio o que, sin pretender ser lesionada, tenga noticias de él, podrá denunciarlo al juez, al agente fiscal o a la policía. Cuando la acción penal depende de instancia privada, sólo podrá denunciar quien tenga derecho a instar, conforme a lo dispuesto

<sup>1</sup> La Ley nacional de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” 26.061 fue sancionada el 28-9-2005, promulgada el 21-10-2005 y publicada en el Boletín Oficial el 26-10-2005. Finalmente, el Poder Ejecutivo la reglamentó a través del decreto 415/2006 del 17-4-2006 (B. O. del 18-4-2006).

<sup>2</sup> No podrían ser sujetos pasivos de algunos de ellos, precisamente en razón de su edad.

a este respecto por el Código Penal. Con las formalidades previstas en el Capítulo IV, del Título IV, del Libro Primero, podrá pedirse ser tenido por parte querellante”.

La primera parte de la norma es suficientemente clara y no exige mayores interpretaciones: cualquiera –no importando la edad que tenga<sup>3</sup>– puede presentarse ante el órgano jurisdiccional, el Ministerio Público Fiscal o la autoridad policial, y denunciar cualquier *delito de acción pública que sea perseguible de oficio*<sup>4</sup> del que haya

<sup>3</sup> En este mismo sentido opinaba el maestro D’Albora, quien hubo de apuntar que el “Proyecto Levene”, convertido casi en su totalidad en el vigente Código Procesal Penal nacional, eliminó el requisito de la capacidad (D’ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 5ª ed. corregida, ampliada y actualizada, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 343). Navarro y Daray no comparten este razonamiento ya que entienden que la capacidad penal, como requisito de validez del acto, surge del art. 179, al establecer que el denunciante no contrae otra obligación por su denuncia que no sea la responsabilidad criminal emergente del delito en que pudiera incurrir al denunciar falsamente, con lo cual consideran que esta norma implícitamente determina que aquél debe alcanzar la edad que marca el art. 1º de la ley 22.278 –18 años– (NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis documental y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 435). Si se tiene en cuenta que la propia ley procesal no impone limitaciones a los testigos relacionadas con la capacidad de hecho o de derecho –más allá de la valoración que en definitiva corresponda efectuar de sus dichos conforme a las reglas de la sana crítica (art. 241 del CPPN)–, de seguirse la línea de pensamiento que proponen estos últimos autores se incurría en la paradoja de negarles a los menores de 18 años la posibilidad de formular denuncias en razón de su edad, y, por otro lado, considerar que aquéllos pueden y deben oficiar como testigos en los procesos penales, cuando resulta necesario contar con su versión de lo ocurrido. En otro orden de ideas, del texto legal tampoco se desprende la necesidad de que la persona al momento de formular la denuncia cuente con intermediarios, tales como representantes legales (lo que incluye al patrocinio letrado), tutores o curadores.

<sup>4</sup> Art. 71 del Cód. Pen.: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1º Las que dependieren de instancia privada; 2º Las acciones privadas”. El principio general es que las acciones penales son públicas y deben iniciarse de oficio, constituyendo la excepción las acciones dependientes de instancia privada (art. 72 del Cód. Pen.) y las acciones privadas (art. 73 del Cód. Pen.). Las acciones dependientes de instancia privada son acciones procesales que también son públicas, pero que se hallan sometidas a la condición de ser instadas por el agraviado o su representante y su fundamento es *evitar la doble victimización*, ya que por regla deja a criterio de la víctima la decisión de someterse al proceso penal

resultado víctima o testigo, o bien que, simplemente, se haya enterado de su comisión<sup>5</sup>.

Por su parte, en cuanto a la distinción que en el precepto se formula con relación a los *delitos de acción pública dependientes de instancia privada*<sup>6</sup>, su exégesis debe efectuarse de manera armónica con las modificaciones introducidas por la ley 25.087<sup>7</sup> a los artículos 72 y 132 del Código Penal de la Nación.

afrentando los perjuicios que éste puede acarrearle (conf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 895). Finalmente, las acciones privadas se vinculan con delitos cuya perseguibilidad la impulsa el propio ofendido, quien a tal efecto debe asumir la calidad de querellante y, a diferencia de lo que ocurre en los otros dos supuestos (acción pública y acción dependiente de instancia privada), puede desistir de promover la acción o perdonar a su ofensor (arts. 59, inc. 4º y 69 del Cód. Pen.). Una excepción a esta regla estaría dada, por ejemplo, por la posibilidad de arribar a un avenimiento entre la víctima y el imputado (de resultar aquélla mayor de 16 años y de darse el resto de las exigencias previstas por el artículo 132 del Cód. Pen.), que deriva en la extinción de la acción penal.

<sup>5</sup> Corresponde advertir, sin embargo, que el CPPN –al igual que los ordenamientos procesales provinciales– impone restricciones a la posibilidad de denunciar cuya finalidad, se indica, es “...mantener la solidaridad, respeto y jerarquía entre ciertos integrantes del grupo familiar, por encima del interés en la persecución penal” (D’ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación...* cit., p. 357). El art. 178 determina que “Nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado”. Como ejemplo de esta prohibición se consigna que “no puede admitirse la denuncia del abuelo contra su propio hijo cuando el delito daña al nieto” (D’ALBORA, ob. cit., p. 357). La referencia, empero, no resulta feliz, si se tiene en cuenta que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño –con jerarquía constitucional y, por ende, por encima de las normas procesales locales– resulta clara en asegurar el “interés superior del menor” por sobre otros designios tales como el que parece proteger la norma.

<sup>6</sup> Art. 72 del Cód. Pen.: “Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. 2º Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. 3º Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes...”

<sup>7</sup> Sancionada el 14-4-99, promulgada el 7-5-99 y publicada en el B. O. el 14-5-99,

En efecto, aun cuando por regla, si no media “acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales” en principio no se podría proceder a “formar causa”<sup>8</sup>, en el mandato citado en primer término se aclara que, lo mismo, debe actuarse de oficio, cuando el delito fuere cometido “contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador”<sup>9</sup>. Pero además esta disposición instituye que “Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél”<sup>10</sup>. Entre los intereses contrarios a que alude la norma, no sólo deben considerarse los provenientes de un accionar delictivo por parte de los representantes del menor, sino que quedan comprendidos otros supuestos, tales como el caso de la madre que no pueda, no quiera o tenga miedo de denunciar, o si el representante no puede hacerlo por su relación de parentesco con el autor<sup>11</sup>.

A su turno, la primera parte del artículo 132 regula que en los delitos previstos en los artículos 119: 1º, 2º, 3º párrafos (abuso sexual simple; abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal, respectivamente), 120: 1º párrafo (abuso sexual con aprove-

la ley 25.087 transformó radicalmente las figuras que componen el Título III del Libro Segundo del Código Penal que, por otra parte, pasó a denominarse *Delitos contra la integridad sexual*.

<sup>8</sup> Conf. art. 72, segundo párrafo del Cód. Pen.

<sup>9</sup> Art. 72, segundo párrafo, segunda oración del Cód. Pen.

<sup>10</sup> Art. 72, tercer párrafo del Cód. Pen. El fundamento de esta incorporación al precepto se circunscribió a que “...proporciona al menor una protección más consistente, ya que el fiscal podrá actuar de oficio en las situaciones descriptas. También podrá no hacerlo cuando así lo aconseja el interés superior del niño. Es un caso de disponibilidad de la acción penal” (L. L., *Antecedentes Parlamentarios*, 1999-B-1616).

<sup>11</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 41. Para Reinaldi se dan los intereses contrapuestos “...cuando el que tiene conferida la facultad de salvar el obstáculo condicionante a la investigación y castigo, mediante la formulación de la denuncia del hecho, tenga vinculaciones parentales o de otra índole que puedan gravitar decisivamente en su determinación, al extremo de dejar de lado el único interés legalmente relevante que es el de la víctima” (REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*, 2ª ed. act., Marcos Lerner, Córdoba, 2005, p. 145).

chamamiento de la inmadurez sexual de la víctima) y 130 (rapto), "...la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas..."

Surge así evidente que estas disposiciones habilitan a las víctimas, cualquiera fuese su edad, tanto a denunciar como a instar válidamente aun delitos *dependientes de instancia privada*, facultad que no debe considerarse circunscripta al catálogo de figuras delictivas a las que hace mención el artículo 132 del Código Penal, sino respecto de todas aquellas enumeradas por el artículo 72 del mismo cuerpo de leyes, pues parece un contrasentido que, por ejemplo, un niño o una niña se encuentren habilitados a denunciar y a instar la acción penal por un abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo del Cód. Pen.) y no un abuso sexual agravado por haber sido cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad en ocasión de sus funciones (art. 119, cuarto párrafo, inc. e, del Cód. Pen.).

Tampoco encuentra explicación lógica que a los menores únicamente se los faculte a poner en conocimiento de la autoridad pública (e instar la acción) delitos cometidos contra su integridad sexual y no así episodios por los que sufrieron alguna lesión leve<sup>12</sup>. Repárese que en tales hipótesis el propio texto legal habilita a proceder de oficio "cuando mediaren razones de seguridad o interés público" (art. 72, inc. 2º *in fine*) y que además el requisito de la instancia (privada) puede ser sorteado respecto de cualquiera de las acciones que revisten tal carácter, de considerarse que existen intereses contrapuestos entre el menor y sus representantes y el fiscal entiende que es conveniente actuar de oficio en beneficio del interés superior de aquél.

A ello corresponde añadir, en apoyo de la tesis que aquí se proyecta, que la denominada "Ley de Protección contra la Violencia Familiar"<sup>13</sup> autoriza a "Toda persona que sufriese lesiones o maltrato

<sup>12</sup> Recuérdese que aquí se viene haciendo referencia a los delitos de acción pública *dependientes de instancia privada*. No así a los que no requieren de ese impulso particular (*delitos de acción pública*, art. 71 del Cód. Pen.), respecto de los cuales —más arriba se señalara—, en principio, cualquier persona, cualquiera fuese su edad, puede denunciar.

<sup>13</sup> Ley 24.417, sancionada el 7-12-94, promulgada el 28-12-94 y publicada en el B. O. el 3-1-95.

físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar" a denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez competente<sup>14</sup>, aclarando que "Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el Ministerio Público" y que, en tal sentido, "El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al Ministerio Público"<sup>15</sup>.

En consonancia con esta idea y a partir de lo que prescribe el artículo 132 del Código Penal, en los casos de denuncias de niñas, niños y adolescentes *por delitos dependientes de instancia privada* que son radicadas sorteando la representación de los padres o sus sustitutos, se entiende como requisito ineludible que la víctima menor de edad cuente con el asesoramiento o la representación por parte de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro, al momento de instar la acción penal<sup>16</sup>. No obstante, la carencia de tal asesoramiento o representación no puede ser considerada un escollo para que el fiscal ejerza la potestad de actuar de oficio que le confiere el artículo 72 del Código Penal cuando así lo considere más conveniente para el interés superior del menor, y de mediar intereses gravemente contrapuestos entre éste y sus padres, tutores o demás representantes legales, quienes, en principio, son los encargados de formular la instancia<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Conf. art. 1º.

<sup>15</sup> Conf. art. 2º.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, DONNA, *Delitos contra la integridad sexual* cit., p. 201 y TENCA, Adrián M., *Delitos sexuales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 231. Villada, en cambio, distingue dos supuestos según la edad de la víctima, infiriendo que "...en el supuesto de minoría de edad, se demanda *representación* para efectuar la denuncia. En caso de mayoría de edad, la víctima podrá requerir el *asesoramiento* y/o *representación* en el proceso (como actora civil o querellante) de una entidad protectora" (VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la integridad sexual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 17). Debe tenerse presente que si bien "denuncia" e "instancia" jurídicamente resultan conceptos diferentes, no en pocas ocasiones se los ha tomado como indicadores de un mismo designio, correctamente a mi entender, pues, según el caso, *la denuncia* (puesta en conocimiento de la autoridad pública de la *notitia criminis*) también puede reflejar la voluntad de la víctima de poner en marcha el procedimiento para que se investigue (y se sancione) el accionar delictivo que lo perjudicara, lo que en definitiva constituiría en esencia la *instancia privada*.

<sup>17</sup> Advierte Donna que no se especifica si esa representación a que alude el ar-

Es que, como acertadamente subraya Reinaldi, la ley abre una doble opción: la de actuar de oficio, o bien admitir que lo haga el menor víctima instando directamente la formación de la causa, asesorado o representado por una de las instituciones a que alude la norma<sup>18</sup>.

De manera que, más allá de las ambigüedades que denotan las disposiciones penales y procesales anotadas, que necesariamente deben ser corregidas para evitar eventuales interpretaciones arbitrarias, puede concluirse que aquéllas en principio garantizan el acceso a la jurisdicción penal de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos, o, en otros términos, su tutela judicial efectiva<sup>19</sup>. En este sentido, el máximo tribunal local ya precisó la significación que debe asignarse a este principio, al expresar que el derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el artículo 18 de la Carta Magna consiste en la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes, agregando que tal potestad tiene un alcance coincidente con el que reconocen los artículos 8º, párrafo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>20</sup>. Pero además, según la Corte, este derecho que

título 132 es viable aun contra la voluntad de quienes se hallan autorizados a instar la acción penal por el artículo 72; "...en esa hipótesis, deberá intervenir el fiscal, en virtud de la existencia de «intereses gravemente contrapuestos»" (DONNA, *Delitos contra la integridad sexual* cit., p. 41).

<sup>18</sup> REINALDI, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino...* cit., p. 296, quien sólo se refiere a la representación y no al asesoramiento. Nada impide, por otra parte, que este asesoramiento lo brinde el propio Ministerio Público Fiscal, a través de alguno de los órganos que lo componen. Así, por ejemplo, la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito de la Procuración General de la Nación (creada por res. PGN 58/98), o específicamente, la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra la Integridad Sexual, Trata de Personas y Prostitución Infantil (UFI-Integridad Sexual), también dependiente del Ministerio Público Fiscal nacional (res. PGN 63/2005). En el ámbito del Poder Judicial de la Nación, la Oficina de Violencia Doméstica que depende de la Presidencia de la CSJN (véanse Acordadas 33/2004; 39/2006 y 40/2006 del aludido tribunal).

<sup>19</sup> Arts. 14 (derecho a peticionar) y 18 de la Constitución Nacional; 1.1, 8.1, 25 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.3, apartado a, y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>20</sup> CSJN, *Fallos*: 321:2021, "Santillán"; véase considerando 11. El criterio aparece

posee la víctima determina que los órganos judiciales no sólo deben posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que también su función consiste en "...asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos"<sup>21</sup>.

Sin dudas, quien carga con la mayor responsabilidad en lo que respecta a la observación de que tal acceso se concrete es el fiscal, por cuanto, no en pocas ocasiones, debe decidir si resulta conveniente actuar de oficio, ello después de superar un dificultoso proceso de evaluación en el que le incumbe "...sopesar las ventajas o inconvenientes que pueden derivarse de la formación de la causa..."<sup>22</sup>, siempre en aras del interés del menor involucrado<sup>23</sup>.

refrendado por la actual composición de la Corte en "Sabio" (11-7-2007, S.58.XLI, "Sabio, Edgardo Alberto y otro s/Falsedad material de documento, etc." -c. 2948-). Anteriormente el juez Maqueda en su voto en "Quiroga" (*Fallos*: 327:5863) también hubo de recoger los fundamentos de "Santillán" (en lo que atañe a su definición del derecho de acceso a la jurisdicción), y además adoptó los principios sentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en su interpretación del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH, Informe N° 34/96, caso 11.228, Informe N° 5/96, caso 10.970) hubo de indicar: "...el derecho a la tutela judicial efectiva" implica que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de «garantizar el derecho a la justicia de las víctimas...» entendiéndose a la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes" (véase considerando 23).

<sup>21</sup> CSJN, *Fallos*: 327:5668, considerando 5º del voto de la mayoría, en donde el máximo tribunal local recogió los postulados formulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 18-9-2003 en el caso "Bulacio vs. Argentina" (véanse párrafos 114 y ss. del fallo del citado tribunal internacional).

<sup>22</sup> REINALDI, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino...* cit., p. 145.

<sup>23</sup> El fiscal puede practicar esta actividad a modo de investigación preliminar a la denuncia formal, conforme lo autoriza el artículo 26 de la ley 24.946. Sobre los recaudos que deben adoptarse en la promoción de tales actuaciones véase la res. PGN

En los otros casos, su tarea no se simplifica pues le corresponde tanto velar por la regularidad de un procedimiento cuya génesis resulta excepcional<sup>24</sup>, como además observar que ese menor cuente con la oportunidad efectiva y útil de expresar libremente su opinión con relación al asunto que lo afecta<sup>25</sup>.

Este deber le viene impuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía supralegal, que instituye el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afectan y, como contrapartida, la obligación de los órganos estatales de garantizar no sólo que tal potestad resulte ejercida en todo procedimiento judicial o administrativo en los que aquéllos se encuentren de cualquier modo involucrados, sino que tales opiniones, a la postre, sean tenidas en cuenta<sup>26</sup>.

Por si no fuese suficientemente clara dicha manda constitucional y a fuer de evitar cualquier interpretación restrictiva en torno a su alcance, la ley 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" contiene una serie de principios<sup>27</sup>, cuya

121/2006, dictada por el procurador general de la Nación el 11-6-2006, y mi trabajo *Las potestades preliminares de investigación de los fiscales y su contraste con el actuar paralelo. Exégesis del artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público*, en L. L. 2004-D-608 y ss.

<sup>24</sup> La excepcionalidad aludida —que aquí no se celebra— viene dada por el sistema de representación legal de menores que determina el Código Civil y lo que establecen los artículos 72 y 132 del Cód. Pen.

<sup>25</sup> Conf. art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 13, inc. d, de las Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. En este mismo sentido, la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) incorporó, a través de su artículo 29, el *principio de efectividad*, que le impone a los órganos del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de derechos y garantías reconocidos a los menores por esa ley.

<sup>26</sup> Sobre la potestad de niñas, niños y adolescentes a expresarse en investigaciones penales, puede consultarse mi artículo *Derecho del niño víctima a ser oído en el proceso criminal. Su reglamentación en el Código Procesal Penal de la Nación*, en D. J. 2005-1-254 y ss.

<sup>27</sup> Los derechos y las garantías de los sujetos sobre los que trata la ley (niñas,

inobservancia por parte de los órganos gubernamentales del Estado (entre los que se encuentran el Ministerio Público y el Poder Judicial) habilita a todo ciudadano "a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces"<sup>28</sup>.

Dicha ley, entre otros extremos, determina que:

- Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos, cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos<sup>29</sup>.
- Que, en tal sentido, aquéllos tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés<sup>30</sup>.
- Que niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y su desarrollo<sup>31</sup>

niños y adolescentes) son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles (véase art. 2º, segundo párrafo).

<sup>28</sup> Art. 1º, tercer párrafo. En este mismo orden de ideas, el artículo 30 establece el deber que tienen los miembros de establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público, de comunicar cualquier tipo de vulneración de los derechos enumerados por la ley del que tengan conocimiento.

<sup>29</sup> Art. 2º, primer párrafo *in fine*. En el mismo sentido, arts. 3º, inc. b, y 19, inc. c, primer párrafo; 24, incs. a, y b; 27, inc. a, y 41, inc. a.

<sup>30</sup> Art. 24, inc. a. Sin entrar a valorar esta disposición, Olazábal considera que, a partir del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el derecho a ser oído, deben considerarse derogadas las normas civiles que establecen un sistema de representación procesal de los niños que permita o tolere como única voz en el juicio la del representante, siendo entonces menester asegurar que el menor se exprese libremente y que sus opiniones e intereses, no siempre coincidentes con las de su representante legal, tengan debido eco en el proceso (conf. OLAZÁBAL, Alejandro, *Representación de los menores en juicios de alimentos, tenencia y régimen de visitas*, en L. L. 2000-C-1317 y ss.).

<sup>31</sup> Nelly Minyerski y Marisa Herrera señalan que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la ley 26.061 receptan un criterio de capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio (concepto que en los términos del Código Civil no es otra cosa que el discernimiento previsto en el art. 921), que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas como el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad, el derecho a la salud, entre otros tantos. En otras palabras, denotan tales autoras que, para el ejercicio de esos derechos (o ante la violación de ellos), no se necesita alcanzar ninguna edad

y que tal potestad se extiende a todos los ámbitos en los que éstos se desenvuelven; entre ellos, el estatal<sup>32</sup>.

- Que las potestades antes enumeradas, como también todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, también deben ser garantizadas por los organismos estatales en cualquier procedimiento judicial o administrativo que afecte a niñas, niños y adolescentes. Concomitantemente, en tales supuestos se le reconoce al sujeto involucrado los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte<sup>33</sup>.
- Por lo demás, la ley 26.061 establece que las personas (la norma no efectúa excepción alguna vinculada con la capacidad de aquellas) que tomen conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación de sus derechos, *deben* comunicar tal situación a la autoridad pertinente<sup>34</sup>.

Pero ello no es todo. El artículo 31 de la apuntada Ley de Protección

previamente determinada (MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa, *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061*, en AA. VV., *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez [comp.], Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 55 y ss.).

<sup>32</sup> Art. 24, inc. b.

<sup>33</sup> Conf. art. 27.

<sup>34</sup> Art. 9º, tercer párrafo.

Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, intitulado *Deber del funcionario de recepcionar*<sup>35</sup> *denuncias*, contiene una disposición que termina de resolver el problema abordado al inicio de este análisis, esto es, si los niños pueden denunciar toda clase de delitos, inclusive aquellos que son de instancia privada.

Es que el propio texto de la norma despeja este interrogante, al determinar que el agente público que sea requerido para recibir una denuncia de vulneración de derechos de los sujetos protegidos por la citada ley, *ya sea por la misma niña, niño o adolescente*, o por cualquier otra persona, *se encuentra obligado a recibir y tramitar tal denuncia* en forma gratuita, a fin de garantizar el respeto, la prevención y la reparación del daño sufrido, “bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la figura de grave incumplimiento de los deberes del funcionario público”.

Este mandato por sí solo alcanza para sostener, más allá de las restantes consideraciones que han venido formulándose hasta tratar este punto, que niñas, niños y adolescentes efectivamente se encuentran facultados a denunciar en forma directa cualquier acción delictiva que haya podido constituir un menoscabo a sus derechos reconocidos por la Constitución histórica, la Convención sobre los Derechos del Niño o la ley 26.061, sin que la naturaleza de la acción proveniente del delito que éstos ponen de manifiesto pueda constituir un impedimento para la formación o la prosecución de la causa penal en la que habrán de ventilarse aquellos extremos.

Lo expuesto además no colisiona con las prescripciones contenidas en el artículo 132 del Código Penal que, recuérdese, prevén un sistema de representación o asistencia por parte de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro para las víctimas menores de edad que en forma directa (sin la intervención de sus representantes legales) deciden instar la acción penal en investigaciones por episodios delictivos que exigen esta actividad. Así, mientras que en todos los casos la autoridad pública estará obligada a recibir la denuncia, posea o no la víctima tal representación o asistencia, a los fines de instar la acción penal y

<sup>35</sup> La palabra “recepcionar” no aparece en el Diccionario de la Real Academia Española. El legislador debió haberla utilizado como sinónimo de “recibir”, tal como habitualmente y también de manera incorrecta se la emplea en escritos y proveídos forenses.

más allá de la posibilidad con la que cuenta el fiscal para actuar de oficio, deberán aplicarse los conceptos de “representación”, “asistencia” y “cooperación”, según la noción de capacidad o autonomía progresiva que establece el artículo 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>36</sup>.

La diferencia en la aplicación de tales conceptos habrá de variar según la mayor o menor autonomía, madurez y juicio propio con el que cuenten los niños, niñas y/o adolescentes implicados. Es que representación, asistencia y cooperación constituyen tres figuras graduales, coincidentes con el desarrollo alcanzado por quien se trate. Así, la representación queda reservada (de manera restringida) a los supuestos donde los niños cuentan con una capacidad mínima de auto-determinación. Cuando se avanza un poco más, entra en escena la figura de la asistencia y, de manera amplia, todo otro supuesto donde no se demuestre la incapacidad constituye la plataforma fáctica que da lugar a la figura de la cooperación<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> El criterio de “capacidad progresiva”, vinculado a los actos que el niño puede ejercer directamente, también es recogido por la ley 26.061 (arts. 19, inc. a, y 24, inc. b). Esta inserción deviene esencial, pues obliga a los jueces a no ajustarse al texto literal de los arts. 54 y 55 del Código Civil, de manera que “...al menos en sus derechos personalísimos— los niños podrán ejercerlos por sí, y sin acudir a terceras personas; obviamente en función de su madurez. Se intenta superar así el paradigma capacidad-incapacidad, propio de la época pseudo-tutelar en el que se inscribe nuestro Código Civil. El concepto de capacidad progresiva se sustenta tanto en la capacidad de derecho o goce, como en la capacidad de hecho o de ejercicio. No estará sujeto a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso, el discernimiento del niño, su madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento” (MIZRAHI, Mauricio Luis, *Los derechos del niño y la ley 20.061*, en L. L. del 16-12-2005, p. 2). Véanse asimismo en este sentido, PIGNATA, Noris, *El acceso a la justicia de los niños de la Ciudad coqueta con la ideología del patronato*, en *Revista de Derecho de Familia* (R. D. F.) 2004-1-110 y MENDOZA, Elena, *La Convención sobre los Derechos del Niño. Capacidad de hecho de los niños, niñas y adolescentes*, en L. L. Supl. Actualidad del 11-12-2003, entre otros.

<sup>37</sup> MINYERSKI y HERRERA, *Autonomía, capacidad y participación...* cit., p. 59. Aclaran las autoras que “...cooperación, asistencia y representación tienen alcances bien diferenciados, en tanto esta última implica un mecanismo de sustitución de la voluntad del niño, la segunda instituye un acompañamiento justificado en miras de la protección del niño en el desarrollo de su personalidad, y la primera, un real protagonismo de niños y adolescentes, con el debido asesoramiento o participación respaldatoria”.

### 3. El derecho de niñas, niños y adolescentes a constituirse como querellantes en el proceso penal

Ya habrá podido apreciarse que la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes también contiene la respuesta al interrogante de si el menor víctima puede constituirse como particular querellante en el proceso penal en el que precisamente se investiga el episodio delictivo que lo afectara.

En efecto, el artículo 27 de esa ley, que encuentra su fuente constitucional tanto en el artículo 18 de la Carta Magna, como en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>38</sup>, le acuerda a niñas, niños y adolescentes diversos derechos que permiten pronunciarse afirmativamente sobre su potestad de asumir aquel rol. Así, por ejemplo, insiste en remarcar el derecho que tiene todo niño a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite (inc. a) y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte (inc. b), garantizando además que aquél pueda ser asistido por un letrado desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya (inc. c)<sup>39</sup>.

Pero además esta disposición reconoce a niñas, niños y adolescentes el derecho que tienen tanto a *participar activamente en todo el procedimiento* (art. 27, inc. d) como a *recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte* (art. 27, inc. e).

En la interpretación del alcance que tienen estos mandatos Mizrahi colige que “...tanto el derecho del niño, a ser oído, como la garantía que tiene de participar activamente del proceso, debe verificarse cualquiera fuese su edad. Esta conclusión surge nítidamente de la ley 26.061, que en ninguna de sus normas condiciona las mentadas labores al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño. Vale decir, que no

<sup>38</sup> Puede afirmarse sin hesitaciones que, en ciertos aspectos, la ley 26.061 avanza aún más allá que la Convención sobre los Derechos del Niño tanto en el reconocimiento de derechos de niñas, niños y adolescentes, como en la fijación de pautas claras para garantizar la operatividad de los mismos.

<sup>39</sup> Recuérdese que, preferentemente, tal letrado debe ser especializado en niñez y adolescencia y que en el caso de que el menor involucrado carezca de recursos económicos, el Estado debe asignarle de oficio un letrado que lo patrocine (art. 27, inc. c).

corresponde efectuar diferenciaciones que la propia ley no realiza<sup>40</sup>. De este modo se garantiza la intervención efectiva de los menores víctimas en la investigación penal sin limitaciones discriminatorias, pues tales preceptos posibilitan que aquéllos revistan la calidad de *parte*, pudiendo así materializar todos aquellos actos que se le acuerdan al querellante en el proceso.

### 3.1. *La querrela y su regulación en el Código Procesal Penal de la Nación*

Se denomina querellante "...a la persona que además del Ministerio Público Fiscal está autorizada por la ley a perseguir penalmente en un procedimiento penal"<sup>41</sup>. Este individuo (también llamado querellante particular o acusador particular) es aquel sujeto (de Derecho Público o Privado) portador del bien jurídico afectado o puesto en peligro por el hecho punible concreto que es objeto del procedimiento, esto es, el ofendido por ese hecho punible o bien, también llamado la víctima del hecho punible<sup>42</sup>.

Navarro y Daray remarcan la distinción principal que existe entre la querrela y la denuncia: mientras la primera "es una manifestación de voluntad que implica el reclamo de la actividad jurisdiccional sobre la pretensión punitiva que se le somete, la denuncia no es más que una simple manifestación de conocimiento, una mera *notitia criminis* que puede proporcionar cualquier persona acerca de la comisión de un delito de acción pública, sin que ello signifique que ejercita a ese respecto pretensión alguna"<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis, *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061*, en AA. VV., *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061* cit., ps. 79 y ss. Reconoce el autor que la situación cambia cuando se trata de analizar el grado de recepción que los planteos del niño tienen el tribunal, pues en este sentido media una directiva legal, la cual es "que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo" -art. 24, inc. b-.

<sup>41</sup> MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. II, *Parte general. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 680.

<sup>42</sup> Conf. MAIER, ob. cit., t. II, p. 681.

<sup>43</sup> NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto R., *La querrela*, Din, Buenos Aires, 1999, p. 2.

En el ordenamiento procesal nacional la potestad del ofendido por el delito de asumir el rol de querellante se encuentra regulada en el artículo 82. Éste dispone que "Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan. Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal. Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte del ofendido, podrán ejercer este derecho el cónyuge supérstite, sus padres, sus hijos o su último representante legal. Si el querellante particular se constituyera a la vez en actor civil, podrá así hacerlo en un solo acto, observando los requisitos para ambos institutos".

De tal modo, la víctima que se constituye como querellante particular en investigaciones vinculadas a delitos de acción pública pasa a desempeñarse como acusadora en forma paralela a la fiscalía. No posee las potestades coercitivas ni ejecutivas que tiene el fiscal pero puede tomar vista de las actuaciones<sup>44</sup>; asistir a los actos de la instrucción; proponer medidas de prueba; interrogar o hacer interrogar a testigos; proponer peritos de parte; acusar autónomamente y hasta inviste amplias facultades recursivas<sup>45</sup>. Y lo más importante: desde hace un tiempo

<sup>44</sup> Salvo que el juez excepcionalmente disponga implantar el secreto del sumario para las partes (menos para el fiscal), cuya duración es limitada (art. 204 del CPPN).

<sup>45</sup> La potestad de interponer recursos por parte de la víctima constituida en querellante en el proceso penal integra uno de los contenidos de la garantía a la "tutela judicial efectiva". Desde esta perspectiva el querellante se encuentra amparado por la garantía de "doble instancia", debiendo para el caso de que la sentencia sea definitiva armonizarse dicha garantía con la que protege al imputado contra el doble juzgamiento. Por otra parte, significa que debe reconocerse legitimación procesal al querellante para articular recursos contra resoluciones que resuelven sobre medidas de coerción (v. gr., concesión de excarcelación, no imposición de prisión preventiva), también como derivación de las garantías de "tutela judicial efectiva" y "doble conforme", resultando inconstitucionales las normas de los códigos que vedan tal facultad (conf. SOLIMINE, Marcelo A., *El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de DD. HH. y de las garantías de "tutela judicial efectiva" y "doble instancia"*, en L. L. 2005-A-1375). Adhiriendo al criterio amplio, la Cámara Nacional de Casación Penal hubo de pronunciarse en pleno en dos ocasiones. Así, primero en "Kosuta"

y a partir de ciertos pronunciamientos jurisprudenciales<sup>46</sup>, se le ha reconocido al querellante (la víctima) la facultad de impulsar el proceso de manera autónoma, esto es, sin la necesidad de que lo acompañe el fiscal<sup>47</sup>, pudiendo de este modo darle inicio, promover su elevación a la etapa de debate oral y hasta formular acusación habilitando al tribunal de juicio a aplicar una condena.

En este sentido, ha sostenido la Corte Suprema –manteniendo el mismo criterio la actual composición– que “el particular querellante, a quien la ley de procedimiento penal local le reconoce el derecho a formular acusación, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma”<sup>48</sup>.

Es que, en definitiva, la potestad que tiene la víctima de asumir el rol de querellante en el proceso penal es considerada como un derecho fundamental del ciudadano.

(CNCas.Pen., 17-8-99, fallo plenario N° 5, “Kosuta, Teresa R.”), reconociéndole al querellante legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión de juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos, y, recientemente, en “Zichy Thyssen” (CNCas.Pen., 23-6-2006, fallo plenario N° 11, “Zichy Thyssen, Federico y otro”), expresando que el pretense querellante se encuentra legitimado para interponer los recursos de competencia de ese tribunal.

<sup>46</sup> Véanse, entre otros, fallos “Santillán” (Fallos: 321:2021), “Quiroga” (Fallos: 327:5863) y “Sabio” (S.58.XLI, rta. el 11-7-2007) de la CSJN; “López González” (c. 6537, rta. el 8-2-2006) de la sala I de la CNCas.Pen. y “Storchi” (c. 21.229, rta. el 8-3-2004) de la sala I de la CNCCorr. Una síntesis de la jurisprudencia vinculada a la cuestión puede consultarse en ROMERO VILLANUEVA, Horacio, *El pretense querellante y la desestimación de la querrela o denuncia*, en J. A. 2006-IV-880 y en CASTEX, Francisco, *El derecho a la venganza (legal) y sus límites*, en L. L. 2006-F-664 y ss.

<sup>47</sup> Ello sucede, por ejemplo, cuando el fiscal no requiere la instrucción del sumario postulando la desestimación de la denuncia (art. 180 del CPPN), o iniciado el proceso y antes que concluya la instrucción solicita el sobreseimiento de la persona imputada (arts. 334 y 336 del CPPN), o, en el juicio, al momento de alegar sobre la prueba producida, no formula acusación y pide la absolución de aquélla (arts. 393 y 402 del CPPN).

<sup>48</sup> Véanse fallos “Santillán” (Fallos: 321:2021) –considerando 11– y “Sabio” (S.58.XLI, “Sabio, Edgardo Alberto y otro s/Falsedad material de documento, etc.” –c. 2948–, rta. el 11-7-2007), voto del procurador fiscal, al que adhiriera la mayoría (la Dra. Argibay hubo de pronunciarse a través de un voto individual en el que directamente se remitiera a los fundamentos y conclusiones de “Santillán”).

Precisamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que en “...buena parte de los sistemas penales de América Latina existe el derecho de la víctima o de su representante a querellar en el juicio penal. En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima del delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano”<sup>49</sup>. Atendiendo entonces a la importancia superlativa que la Corte Suprema de la Nación le ha dado a los pronunciamientos de los órganos supranacionales de derechos humanos por un lado, como también a la plena vigencia de los principios de progresividad, irreversibilidad e interacción entre Derecho interno e internacional<sup>50</sup>, se señala que “hallándose contemplado el querellante en la legislación federal argentina, como una arista evolutiva del «derecho a la jurisdicción», se ha subido el piso de garantías que fijaran los Pactos (internacionales sobre derechos humanos), estableciéndose un nuevo y mejor estándar para el Derecho interno, que no resulta susceptible de ser revocado en tanto ya constituye un «nuevo derecho fundamental del ciudadano»”<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> CIDH, Informes N°28/92, caso 10.147 y otros –Argentina– y N° 29/92, casos 10.029 y otros –Uruguay–, ambos del 2-10-92.

<sup>50</sup> Oscar L. Fappiano explica el contenido de estos principios (*El Derecho de los derechos humanos*, Ábaco, Buenos Aires, 1997). El principio de “progresividad” implica que el Derecho internacional fija una suerte de “piso”, susceptible de expansión (p. 45); siendo que “una vez establecido que un derecho es ‘inherente’ a la persona humana, merece la protección constitucional” (p. 48). El principio de “irreversibilidad” “significa que, una vez que un derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada” (p. 44). Finalmente, el principio de “interacción” alude a la retroalimentación entre Derecho interno e internacional, siendo que en razón de él “hoy puede hablarse de obligaciones internacionales derivadas del Derecho interno” (p. 62), poniendo como ejemplo esta idea, precisamente, el carácter asignado al querellante por la Comisión Interamericana en los precitados Informes N° 28/92 y 29/92 (ps. 62-64) (véase asimismo, SOLIMINE, *El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de DD. HH. y de las garantías de “tutela judicial efectiva” y “doble instancia”* cit., p. 1375).

<sup>51</sup> SOLIMINE, ob. cit., ps. 1375 y ss. Véase asimismo CAFFERATA NORES, José I., *Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva*, Astrea, Buenos Aires, 2004, disponible en [www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar).

### 3.2. *Hermenéutica tradicional sobre los requisitos impuestos por el CPPN para constituirse en querellante particular*

Acorde a lo que se desprende del texto legal del artículo 82 (CPPN), tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria interpretan que para asumir el papel de querellante en el proceso penal, la persona debe revestir legitimación procesal y además gozar de capacidad para poder actuar por sí, ya que de lo contrario sólo puede intervenir por ella su representante legal. Veamos entonces en qué consisten estos dos requisitos.

#### 3.2.1. *La legitimación procesal*

Para determinar quién puede considerarse “particularmente ofendido” por el delito, y por ende, quién se encuentra legitimado para obrar (legitimación procesal), se indica que debe tenerse en cuenta si la persona que quiere asumir el rol de querellante “de modo especial, singular, individual y directo, se presenta afectada por el daño o peligro que el delito comporte”<sup>52</sup>. Y en este sentido se advierte que ofendido o, más precisamente, ofendido penalmente “no es quien sufre un daño cualquiera a raíz del delito, incluso reparable según reglas de Derecho Privado o Público, sino tan sólo, quien porta en el contexto concreto el bien jurídico protegido por la norma penal de prohibición o de mandato presuntamente infringida, por tanto, el bien jurídico dañado o puesto en peligro, situación que muchas veces se ha descripto con la fórmula adjetiva: «directamente perjudicado por el delito»”<sup>53</sup>.

De modo que “para asumir el rol de querellante en una causa penal

<sup>52</sup> D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación...* cit., p. 208, quien más allá de la delimitación efectuada entendía que el concepto comprende a los sujetos mencionados por el art. 1079 del Código Civil: “La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha dañado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”. Navarro y Daray, en cambio, señalan que los sujetos damnificados de manera indirecta solamente tienen derecho a exigir la reparación mediante la acción civil resarcitoria, pero no pueden ser querellantes (NAVARRO y DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación...* cit., t. I, p. 256). Véase en este mismo sentido, CNCCorr., sala V, 2-3-2004, c. 23.369, “Gedella, Fernando”.

<sup>53</sup> MAIER, *Derecho Procesal Penal...* cit., t. II, p. 681.

es menester que quien lo pretenda se haya visto afectado directamente por el hecho original y que se trate del titular del bien jurídicamente protegido por el delito presuntamente cometido. El que sólo cuenta con el carácter de damnificado por el daño que el eventual ilícito penal atribuido acarrea no podrá constituirse, a la luz de lo previsto por el artículo 82 del CPPN, en querellante por no tratarse del particular ofendido”<sup>54</sup>.

Según este punto de vista, no pueden considerarse incluidas en el concepto de “particular ofendido por el delito”, y respecto de bienes jurídicos difusos, a las asociaciones con personería jurídica (mucho menos a cualquier individuo particular) cuyo objeto se vincule a la protección de aquéllos<sup>55</sup>.

Más allá de lo expuesto, el carácter de ofendido por el delito como presupuesto de la legitimación para querellar debe serlo a título de hipótesis, pues exigir su comprobación previa a la iniciación del proceso implicaría imponer la demostración de la materialidad del ilícito, que es precisamente uno de los fines de la investigación que se impulsa<sup>56</sup>.

#### 3.2.2. *La capacidad procesal*

Ilustra D'Albora que amén de la legitimación, “el querellante debe tener capacidad para ser parte, que sólo es un reflejo de la capacidad de derecho y se refiere a la posibilidad jurídica de figurar como tal en un proceso. En cambio la capacidad procesal estriba en la aptitud necesaria para ejercitar actos procesalmente válidos y coincide con la capacidad de hecho a la que se refiere el Código Civil”<sup>57</sup>.

Así, según el evocado autor, mientras el incapaz es parte, como carece de la posibilidad de realizar actos procesales válidos, debe cumplirlos en su nombre el representante legal quien, se halla dotado de aquélla<sup>58</sup>. En el caso de los menores de edad, la materia quedaría

<sup>54</sup> Conf. CNCCorr., sala V, 25-3-2003, c. 20.961, “Martínez, Oscar Alfredo y otros”.

<sup>55</sup> NAVARRO y DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación...* cit., t. I, p. 257.

<sup>56</sup> Conf. CNCCorr., sala VI, 20-3-97, c. 6248, “Piri, Eduardo”. En igual sentido, CNCCorr., sala VI, 9-2-95, c. 2307, “Solomonoff, Ricardo”.

<sup>57</sup> D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación...* cit., p. 212.

<sup>58</sup> Conf. D'ALBORA, ob. cit., p. 213.

regulada por el artículo 57, inciso 2º del Código Civil, en cuanto establece que son representantes legales de los menores no emancipados sus padres o tutores, con lo cual “quien debe representar legalmente al menor es quien ejerce la patria potestad”<sup>59</sup>.

A partir de la aplicación de esta regla general, excepcionalmente se encontrarían habilitados para querellar:

- El menor adulto (14 a 21 años), si tiene autorización para ello otorgada por sus padres;
- El menor adulto de 18 a 21 años respecto de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo o ejercicio de su profesión;
- El menor adulto emancipado por matrimonio (de 16 a 21 años la mujer o de 18 a 21 años el hombre);
- El menor adulto de 18 a 21 años emancipado por habilitación de edad;
- El menor adulto mayor de 18 años respecto de las actividades comerciales que realice por estar emancipado, autorizado legalmente para ello o si fuese asociado de alguno de sus padres<sup>60</sup>.

Mas de no verificarse tales supuestos, conforme estipula el inciso 2º del artículo 57 del Código Civil –en principio–, el menor debe ser representado por sus padres o tutores, es decir, por quienes ejerzan su patria potestad<sup>61</sup>.

### 3.2.3. *El derecho constitucional de niños, niñas y adolescentes víctimas a querellar cuando el delito fue cometido por sus padres o demás representantes legales o cuando existen intereses gravemente contrapuestos. Fundamentos del ejercicio de tal potestad en otros casos*

Un serio problema vinculado al sistema de representación instaurado

<sup>59</sup> NAVARRO y DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación...* cit., t. I, p. 275. Sobre el régimen de la patria potestad véanse arts. 264 y ss. del Cód. Civ. Según determina el artículo 264 quáter del Cód. Civ., el menor necesita consentimiento expreso de ambos padres para estar en juicio.

<sup>60</sup> Conf. NAVARRO y DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación...* cit., t. I, p. 275.

<sup>61</sup> Conf. arts. 264 y 271 del Cód. Civ. (NAVARRO y DARAY, *La querella* cit., p. 71).

por el Código Civil se presenta en aquellos casos en los que el delito contra el menor fue cometido por los padres (o demás representantes legales), o bien cuando existen intereses gravemente contrapuestos, entre el niño y aquéllos.

La doctrina tradicional intenta resolver el entuerto señalando que cuando es al padre del niño a quien sólo se le endilga el evento delictivo cometido en su contra, debe admitirse que la madre pueda asumir su representación (y viceversa)<sup>62</sup>.

Sin embargo, el inconveniente vuelve a plantearse cuando la madre no puede, tiene miedo o, simplemente, no quiere asumir ese rol<sup>63</sup>. Puede ocurrir que ésta, superada por la situación, adopte un rol pasivo desoyendo la voluntad del niño, o bien que con su actuación termine perjudicando los intereses del menor, porque del otro lado está su cónyuge o su pareja y porque, muy posiblemente, con motivo de la ocurrencia del episodio delictivo ella misma guarde sentimientos de dolor, rencor, venganza que estorben en la elección de una estrategia procesal adecuada<sup>64</sup>. Puede suceder inclusive –y en estos casos son pocas las excepciones– que ella también haya resultado víctima de situaciones violentas por parte del sujeto imputado (recuérdese, padre del menor) y que los hechos terminen por confundirse, enmarañándose el camino a seguir durante el desarrollo de la investigación.

Y también puede pasar que el niño (o la niña o el adolescente) –conforme al principio de autonomía progresiva<sup>65</sup>– simplemente decida prescindir de la representación que impone el Código Civil, optando

<sup>62</sup> Conf. NAVARRO y DARAY, *La querella* cit., p. 72.

<sup>63</sup> Este mismo supuesto hubo de colocarse como ejemplo al tratar el caso de la denuncia (véase punto 2), en donde también se hizo referencia al representante del menor que no puede denunciar el hecho cometido contra el niño por su relación de parentesco con el autor.

<sup>64</sup> Navarro y Daray entienden que en hipótesis como las planteadas debe designarse a un tutor o curador especial, previa autorización judicial según los artículos 61, 285 y 397 del Código Civil (NAVARRO y DARAY, *La querella* cit., p. 72). En tal sentido el artículo 61 del Código Civil regula que “Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare”.

<sup>65</sup> Arts. 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 19, inc. a, y 24, inc. b, de la ley 26.061.

por actuar en forma directa y así hacer pleno uso de los derechos y garantías que le acuerdan tanto el Bloque de Constitucionalidad Federal —en especial la Convención sobre los Derechos del Niño— como la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en este caso, específicamente el artículo 27, en cuanto le habilita la potestad de ser oído cada vez que así lo solicite; de que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta; de que pueda ser asistido por un letrado y de participar activamente en todo el procedimiento, como también de recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Nada impide que, de darse estos supuestos, el niño “ofendido” por el delito pueda asumir el rol de querellante bajo las reglas de la “representación”, “asistencia” o “cooperación”, que, recuérdese, habrán de depender de la capacidad o autonomía (progresiva) que se verifique a su respecto.

Por otra parte, aun prescindiendo de tales disposiciones, no puede soslayarse que el propio Código Penal de la Nación (art. 132) admite que la víctima, aunque resulte menor de edad, pueda instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. De modo que, si al niño se lo habilita a promover la intervención jurisdiccional, dando inicio al proceso penal, nada obsta a que éste, con ese mismo asesoramiento, representación o cooperación por parte de los organismos a que alude la norma penal, pueda asumir el rol de querellante particular y ejercer plenamente los derechos que se le reconocen a este sujeto de derecho.

### 3.2.4. *El caso “Paula”: primer reconocimiento judicial a la facultad de niñas, niños y adolescentes de constituirse como querellantes*

En el final de este análisis, resulta oportuno traer a colación dos precedentes jurisprudenciales que, en forma reciente, hubieron de abordar la cuestión aquí tratada. Ambos tuvieron amplia repercusión por parte de la prensa, no sólo por la gravedad de los hechos ventilados, sino, fundamentalmente, porque terminaron por reconocerles a las víc-

timas involucradas (en los dos casos adolescentes), por un lado, la posibilidad de constituirse como parte en el proceso en que se investigaban diversos episodios cometidos contra su integridad sexual, y por otro, la facultad de ejercer en tal sentido sus derechos de manera útil, efectiva y autónoma.

El primero de ellos motivó la intervención de la sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional<sup>66</sup> y fue bautizado como el caso “Paula”<sup>67</sup> por los medios de comunicación, los que, acertadamente, modificaron el nombre de la víctima para proteger su identidad. Según se informó, “Paula”, de 17 años de edad<sup>68</sup>, decidió asumir el rol de querellante en una causa en la que se encontraban implicados, entre otros, sus propios padres. Ello por cuanto no contaba con ningún familiar mayor que pudiera representarla, quien había sido abusada sexualmente y prostituida con la aparente complicidad de sus progenitores<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> CNCCorr., sala I (integrada por los jueces Donna, Elbert y Buzzzone), 18-4-2004, “S., L. P. s/Recurso de apelación”.

<sup>67</sup> Conf. diario *Página 12* del 21-5-2004, sección *El País*. Como las características del caso no fueron del todo precisadas en el fallo que se comenta, necesariamente debe recurrirse al efecto a los antecedentes que pudieron recoger los medios periodísticos.

<sup>68</sup> Para Beloff éste es un dato trascendental que no quedó debidamente consignado en el fallo. Según dicha autora, el fallo aplicó la Convención sobre los Derechos del Niño, que regula la condición jurídica de las personas hasta los dieciocho años de edad; “si bien el art. 82, CPPN se refiere a toda persona ‘con capacidad civil’, esto es todo mayor de veintiún años para la ley civil, y nada agrega el fallo en relación con la edad de la víctima, más allá de que es menor de edad. Habría sido importante que se aclarara que se trata de una menor de edad, menor de dieciocho años de edad. Si la víctima hubiera sido menor según la ley civil, con una edad comprendida entre los dieciocho y los veintiún años no cumplidos, la solución habría sido diferente” (BELOFF, Mary A., *El sujeto de derecho como sujeto procesal: menores de edad como querellantes*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, Buenos Aires, septiembre de 2004, fascículo 1, ps. 226 y ss.).

<sup>69</sup> Según se informara, la vida de “Paula” no resultaba sencilla: “...lo peor se inició cuando tenía trece años. En ese momento, cuando empezaba a cursar segundo año en un secundario de la Capital, su padre la mandó a trabajar a una casa particular, donde supuestamente debía cuidar a dos chicos. Nunca fue así. Allí un hombre la violó y después la llevó a trabajar como prostituta a departamentos particulares. El dinero que obtenía se lo daba a su madre. Cuando le decía que no quería seguir haciéndolo le respondía que quien lo iba a pagar era su hermana menor, que por entonces tenía un año, que no iba a poder comer. La situación se prolongó durante

Precisamente frente a este panorama, “Paula” tomó la decisión de recurrir al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, institución que, a través de sus letrados, planteó ante el juzgado instructor la posibilidad de convertir a la niña en querellante para impulsar la causa. Si bien la respuesta del magistrado fue negativa, la Cámara de Apelaciones revirtió la decisión a través del fallo que aquí se alude, reconociendo no sólo la potestad de la niña de asumir el rol de querellante, aunque en los términos del Código Civil resultaba “incapaz” para hacerlo, sino también habilitando para su patrocinio a un organismo oficial de protección de la minoridad en general, en clara contraposición con los criterios tradicionales sobre capacidad y legitimación procesal que más arriba fueron explicados.

En tal sentido, el tribunal hubo de señalar:

- Que si bien al juez de instrucción le asistía la razón en observar que al ser la víctima menor de edad le estaría, en principio, vedada la posibilidad de constituirse en parte querellante, debiendo asumir tal rol su representante legal (art. 82, 2º párrafo del CPPN), debían tenerse en cuenta las especiales circunstancias del caso, en cuanto a que la menor se encontraba en una situación de precariedad, y que, según había denunciado, habría sido víctima también de graves delitos cometidos por su padre y su madre.
- Por su parte, se destacó que el progenitor de la víctima había sido imputado en las actuaciones y que el fiscal había solicitado que se librara orden de detención en su contra a fin de que se le recibiera declaración indagatoria –sin perjuicio de señalar que, posteriormente, el magistrado instructor estimó que los elementos de prueba reunidos no resultaban suficientes para dar curso a la solicitud del representante del Ministerio Público Fiscal–, circunstancia que tornaba técnicamente incompatible la posibilidad de que asumiera el rol de querellante. Según los jueces, tampoco

varios meses hasta que se le volvió insoportable. Entonces decidió contárselo a una profesora del colegio quien a su vez se contactó con una Defensoría de Niños y Adolescentes del Gobierno porteño” (conf. FERRARI, Andrea, *Crónica de una niña sola*, en *Página 12* del 21-5-2004, sección *El País*).

constaba en las actuaciones que existiese otra persona vinculada a la menor que se encontrara en condiciones de legitimar sus intereses en la sede penal.

- De esta forma, se subrayó en el decisorio que quedaba claro que no existía virtualmente representación legal a la que acudir, con lo que, para los jueces intervinientes, negar el requerimiento de la víctima de ingresar al proceso constituía un exceso que debía ser resuelto por vía de excepción.
- Así, el tribunal hubo de preguntarse cómo hacer efectivo tal derecho. Y a tales fines, los magistrados acudieron a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que, según resaltaron, “otorga a los menores amplias facultades para ser oídos en sede judicial (art. 12)”<sup>70</sup>.
- En consecuencia, indicaron que “...al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infraconstitucional (en este caso el art. 82 del CPPN), restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención”. De este modo, indicaron que lo que debía primar era el derecho de la víctima, por lo que correspondía tenerla como parte querellante con el patrocinio letrado de los abogados de la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Beloff entiende que sólo una hermenéutica emancipadora de los derechos de la infancia puede hacer funcionar al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño para producir los resultados logrados por el fallo. Sobre el tema señala que “Nada en la literalidad del artículo autorizaba una interpretación como la que se realizó en el fallo en análisis. Se pudo haber sostenido que el derecho de una víctima menor de edad a ser oída y a participar del proceso penal no requiere la constitución en carácter de querellante, por ejemplo [...] Conectar el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño con el derecho de las víctimas constituye indudablemente un avance significativo en la condición jurídica de la infancia en Argentina”. Más allá de lo expuesto, critica que el interlocutorio se haya limitado al caso particular, en el que los representantes legales de la víctima se hallaban imputados, no pudiendo en consecuencia asumir la querrela. Ello, según la autora, deja la puerta abierta a la salida tutelar clásica (BELOFF, *El sujeto de derecho como sujeto procesal: menores de edad como querellantes* cit., ps. 227 y s.).

<sup>71</sup> Sobre esta institución, apuntaron los camaristas que la misma podría presentarse

### 3.2.5. El caso "Gabriel"

Los acontecimientos que generaran la investigación penal vinculada al precedente jurisprudencial que por último se trae como referencia resultan de público conocimiento, por lo que nada corresponde añadir a su respecto<sup>72</sup>. En lo que aquí interesa, en ese antecedente, el tribunal actuante debió pronunciarse, entre otros extremos, sobre un problema vinculado con la intervención del mentado "Gabriel"<sup>73</sup> como "particular damnificado"<sup>74</sup>. En este caso el inconveniente no se relacionó con la edad de la víctima, quien desde un principio fue tenida como parte con el patrocinio del letrado representante del Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Ocurrió que "Gabriel" –quien, conforme se consigna en el fallo, participó activamente durante todo el desarrollo de la instrucción penal preparatoria– en determinado momento se presentó ante el tribunal oral designado para realizar el juicio y revocando la designación de su letrado patrocinante, también renunció a su carácter de particular

en el futuro acompañando a menores que se encontrasen en iguales condiciones que "Paula", teniendo en cuenta que "...tanto doctrina como jurisprudencia reciente han ampliado el campo de legitimación para querellar a ciertas organizaciones no gubernamentales (ONG) que pudieran tener un interés en el juicio en cuestión (cfr. Slo-nimski, Pablo, *El derecho de querrela en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, ps. 311 y ss., y, López, Santiago A., *Querellante: nuevos estándares de legitimación*, en la misma publicación, ps. 335 y ss.). La circunstancia que la defensoría de mención no sea una ONG, sino un organismo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, no obsta a que pueda revestir la condición de acusador particular, en tanto se han registrado casos en el fuero federal en los que la Oficina Anticorrupción (OA), organismo estatal bajo la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación, ha sido admitida en tal condición (CNFed.CC.Corr., sala I, 'Massoni, José', rta. el 14-8-2000; sala II, 'Administradores de ATC', rta. el 6-6-2000)".

<sup>72</sup> Trib.Cas.Pen. de Buenos Aires, sala segunda (integrada por los jueces Celesia, Mancini y Mahiques), 28-12-2006, c. 24.057, "Grassi, Julio César s/Recurso de queja interpuesto por particular damnificado".

<sup>73</sup> En el propio fallo comentado a la víctima se la identifica como "Gabriel", aunque en una parte allí se consigna su verdadero nombre, que aquí obviamente no habrá de ser develado.

<sup>74</sup> La figura del "particular damnificado" prevista por los arts. 77 y ss. del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires es similar a la de "querellante particular" del art. 82 del Código Procesal Penal de la Nación.

damnificado. Los jueces del tribunal oral no lo separaron formalmente de ese rol ni tampoco dieron respuesta concreta a su manifestación. Poco tiempo después, "Gabriel" volvió a presentarse con nuevos abogados, solicitando participar de la audiencia preliminar al juicio<sup>75</sup> y ofreciendo las pruebas que pretendía utilizar en el debate. Su pedido no tuvo acogida favorable por cuanto los magistrados del tribunal oral consideraron que "Gabriel" ya no era parte y que, por ende, no se encontraba habilitado a proponer pruebas, ni sus letrados a participar de la audiencia. A la postre esta última se materializó sin la intervención de la víctima, siendo que el fiscal interviniente tampoco integró pruebas que aquélla consideraba fundamentales.

El Tribunal de Casación bonaerense a través de su fallo no sólo privilegió el derecho de defensa en juicio de la víctima por sobre los rigorismos formales, sino que además hizo hincapié en que su intervención no quedaba suplida con la actuación del representante del Ministerio Público Fiscal. De tal manera, hubieron de sostener los jueces:

- Que la exclusión de la víctima de la investigación resultaba ilegítima por cuanto revelaba una situación incompatible con el respeto de la garantía de defensa en juicio del nombrado "Gabriel". Al respecto, se destacó que el tribunal entonces interviniente "no dictó un expreso pronunciamiento en cuanto a la renuncia formulada por esa parte, y ni tan siquiera se lo citó para que ratificara su decisión. Esto último resultaba por demás conveniente, teniendo en consideración su calidad de víctima denunciante, el ya referido interés que con anterioridad había demostrado en la marcha de la causa, las especiales características del proceso en el cual era parte y los posibles perjuicios que su tramitación le estaba provocando, conforme surge de la presentación efectuada por el perito psicólogo Stola pocos días después de llevarse a cabo la mencionada presentación de 'Gabriel' en la que renunciaba a su carácter de particular damnificado"<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Art. 338 del CPP de Buenos Aires.

<sup>76</sup> Según se consigna en el propio fallo, el perito Enrique Stola emitió un dictamen en el que informó que la defensa del imputado "...ha producido persistente violación de los derechos a la integridad psíquica y física de Gabriel, ocasionándole una severa crisis emocional y gran angustia, percibidos como una revictimización de la víctima".

- Que ante una posterior presentación donde la víctima demostraba nuevamente su interés específico en ejercer los derechos que la ley le otorgaba, el tribunal decidió excluir al patrocinante designado a tales efectos de la participación en un acto esencial del proceso como lo es la audiencia preliminar al juicio. “De tal manera, se ha conculcado respecto a ‘Gabriel’ la garantía de la defensa en juicio asegurada a través del artículo 18 de la Constitución Nacional, al impedirle arbitraria e infundadamente, y con un excesivo rigorismo formal, su participación en el proceso y su intervención en el acto de referencia, vulnerando el expreso derecho que le es concedido a tales efectos, lo cual provoca la nulidad absoluta del acto procesal en cuestión, y de los demás actos consecutivos que dependen de aquél”.
- Que por lo demás, la efectiva existencia del interés vulnerado surgía prístina de las múltiples presentaciones a través de las cuales “Gabriel” había reclamado en reiteradas oportunidades la realización del acto en cuestión. Y lo principal: que “...en la aludida audiencia preliminar el representante fiscal desistió de diversos testimonios que habían sido anteriormente ofrecidos en la causa, como así también de la incorporación como prueba documental del libro ‘Pecado’. Es que, en su oportunidad, ‘Gabriel’ había adherido a la prueba ofrecida por el Ministerio Público Fiscal [...] razón por la cual, ante el desistimiento de [la] prueba en cuestión, su exclusión del acto le impidió alegar sobre el punto”.

#### 4. A modo de cierre

En la Introducción de este escrito se advirtió que los problemas de la niñez y la adolescencia en la actualidad no pueden ser encarados desde una perspectiva miope que provenga exclusivamente del área del Derecho. Se indicó que la cuestión debía ser abordada desde distintas aristas interdisciplinarias cuyos saberes, aunque terminen por entrelazarse, resultan extraños para sus distintos operadores.

Además, se planteó como objeto de estudio la posibilidad de que niñas, niños y adolescentes pudiesen denunciar y querellar en supuestos

en los cuales ellos hubiesen sido víctimas del accionar delictivo de sus padres (u otros representantes legales), o bien cuando existiesen intereses gravemente contrapuestos entre ellos.

El análisis fue conduciendo hacia nociones que no resultan habituales, tales como el concepto de “autonomía progresiva” o de “capacidad progresiva”, inclusive contempladas por el Bloque de Constitucionalidad Federal, pero que en realidad encuentran su génesis en otras ciencias extrañas al ámbito jurídico, aunque, como se insistiera, íntimamente vinculadas a aquél. Fue este elemento el que a la postre permitió arribar a una conclusión fundada, distinta a la que se esperaba llegar al plantear la hipótesis de trabajo inicial.

En definitiva, pudo colegirse que niñas, niños y adolescentes gozan de dos potestades fundamentales —entre muchas otras— que derivan de su derecho de acceso a la jurisdicción o de tutela judicial efectiva: la de denunciar y la de querellar sin restricciones vinculadas a su edad, prerrogativas que además no pueden ser obstaculizadas por disposiciones infraconstitucionales.

En estos casos se propuso que debe ser el Ministerio Público quien se ocupe de verificar si el menor que pretende ejercer tal derecho requiere de “representación”, “asistencia” o simplemente de “cooperación”, y nada obsta a que sea el propio fiscal quien termine proporcionando estos últimos dos medios, más allá de la facultad del menor de contar con un abogado que lo patrocine.

Sobre este último aspecto de la cuestión tratada, se llegó a la conclusión de que la figura del fiscal no sule en todos los casos la activa intervención de la víctima menor de edad en el proceso, pues ésta, de constituirse en parte, conserva todos y cada uno de los derechos que se le acuerdan a los adultos que invisten ese mismo carácter, revistiendo la potestad de actuar y trazar estrategias distintas a las escogidas por el fiscal para arribar a un pronunciamiento definitivo en que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes. Y ello, además, aun cuando el fiscal decida quedarse en el camino.