



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



Viedma, 11 de Julio de 2018.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Tribunal de Impugnación de la provincia de Río Negro, doctores Adrián Fernando Zimmermann, Carlos Mohamed Mussi -por subrogancia- y Miguel Angel Cardella, presidiendo la audiencia el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en el caso judicial denominado “**SANCHEZ JOSE FACUNDO Y OTRO S/ HOMICIDIO**”, identificado bajo el **Legajo MPF-VI-00728-2017**, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Son admisibles los (dos) recursos interpuestos por la Defensora de Menores, en representación del joven G.A.R.?, **Segunda:** ¿Qué solución corresponde adoptar? y, **Tercera:** ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

VOTACIÓN:

A la primera cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

Antecedentes:

1.- Mediante resolución de fecha 8 de marzo de 2018 el Juez de Juicio con funciones de revisión de la Primera Circunscripción Judicial, doctor Guillermo Bustamante, resolvió rechazar la queja interpuesta por la Defensora de Menores, doctora Patricia Arias, con motivo de la declaración de inadmisibilidad dictada por el doctor Marcelo Chironi de la impugnación deducida contra la resolución de fecha 15 de febrero en la que el mismo magistrado decidió no hacer lugar al planteo efectuado por la Defensora que había solicitado celebrar la audiencia de sobreseimiento de su representado, menor de edad, en los términos del 73 inc. 1 del C.P.P. con carácter reservado.

2.- Contra lo decidido, la doctora Arias dedujo impugnación, que fue declarada inadmisibles por el *a quo* e interpuso recurso de queja ante este Tribunal de Impugnación, la que fue admitida en audiencia de fecha 24 de abril del corriente, y como consecuencia de la misma el Juez Bustamante declaró la admisibilidad de la impugnación aquí analizada.



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



3.- En su escrito de impugnación la Defensora de Menores señaló como motivos de su recurso la arbitrariedad de la decisión y falta de fundamentación suficiente (art. 200 de la Constitución provincial) y afectación del derecho al recurso; inobservancia de disposiciones específicas propias del juzgamiento a una persona por delitos cometidos durante su minoría de edad y del deber de protección especial (arts. 16, 37 y 40 CIDN, arts. 8 y 25 CADH, art. 69 ley 4109, art. 22 ley 26.061 y Opinión Consultiva 17/02, párrafo 134, art. 10 Convención Americana); inobservancia del principio de Interés Superior del Niño (art. 3 CIDN, Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, art. 3 Ley Nacional 26.061 y art. 10 ley 4109) y errónea interpretación del art. 73 inc. 1 del C.P.P.

4.- Mediante resolución de fecha 16 de abril de 2018 el Juez de Juicio con funciones de revisión, doctor Carlos Reussi, resolvió rechazar el recurso interpuesto por la doctora Patricia Arias, en representación del joven G.A.R., contra la decisión dictada por el Juez de Garantías, doctor Favio Corvalán, en fecha 9 de marzo del corriente de rechazar la impugnación de la nombrada y confirmar la resolución adoptada por la Fiscalía en cuanto tuvo por querellante a la señora Teresa del Carmen Naicul, madre de Emilio Collueque, respecto del imputado menor de edad.

5.- Contra lo decidido, la doctora Arias dedujo impugnación, que fue declarada admisible por el *a quo*.

6.- En su escrito de impugnación la Defensora de Menores enumeró los siguientes agravios: errónea interpretación de normas legales y convencionales, falta de interpretación sistemática y convencional (arts. 1 y 55 del CPPRN, art. 75 inc. 22 CN, arts. 37 y 40 CIDN); inobservancia de disposiciones específicas propias del juzgamiento a una persona por delitos cometidos durante su minoría de edad (arts. 37 y 40 CIDN, arts. 8 y 19 CADH); inobservancia del principio de Interés Superior del Niño (art. 3 CIDN, Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, art. 3 Ley Nacional 26.061 y art. 10 ley 4109); afectación del derecho de igualdad ante la ley (art. 16 CN) y la necesaria fijación de un criterio de unificación respecto a fallos contradictorios referido a idénticas temáticas en otras circunscripciones judiciales en los legajos que indica; y afectación del principio constitucional de



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



unidad del Ministerio Público Fiscal, toda vez que mediante dictamen de fecha 16/03/18 el Fiscal Ricardo Romero de la III Circunscripción Judicial resolvió en forma opuesta ante el mismo planteo a lo resuelto por la doctora Paula Rodriguez Frandsen en la resolución cuestionada.

7.- En función de lo dispuesto por el artículo 239 del CPP se convocó a las partes a audiencia oral, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos contra el pronunciamiento jurisdiccional.

Intervinieron la Defensora de Menores, doctora Patricia Arias, la doctora Daniela Vivas por la parte querellante, y por el Ministerio Público Fiscal, la doctora Paula Rodriguez Frandsen.

7.1.- Dada la palabra a la impugnante, la doctora Arias comienza su exposición con los agravios contra la resolución de fecha 8 de marzo del doctor Bustamante, y hace una breve síntesis de los antecedentes del recurso y de los fundamentos de su planteo efectuado oportunamente.

Plantea en primer lugar la arbitrariedad de la resolución en base a que decir que la audiencia devino abstracta se trata de una afirmación infundada, que no se compadece con las constancias del legajo y de la audiencia, porque en esa audiencia de sobreseimiento hubieron varios planteos y aunque no se resolvió el sobreseimiento, durante el período de tiempo que duró esa audiencia el joven fue expuesto frente al público, se dieron su nombre y sus datos personales. Alega que se debe cuidar la privacidad del proceso en todas sus etapas en las que está inmerso un joven menor de edad.

Aclara que sigue vigente el tratamiento del sobreseimiento, por lo que ineludiblemente la audiencia se va a volver a realizar, y conocida la postura del doctor Chironi va a pasar lo que está planteando. Dice que la falta de fundamentación violenta lo dispuesto por el art. 200 de la CN.

El segundo y tercer agravio tienen que ver con la inobservancia de las disposiciones específicas para el juzgamiento de los menores de edad sometidos a proceso y del principio del interés superior del niño. Cita la normativa internacional que habla de la protección que debe dar el Estado a una persona sometida a



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



proceso respecto de su vida privada pero además los jóvenes tienen derechos especiales que derivan de su condición. Refiere que todos estos límites tienen que ver con el interés superior del niño para preservarlo de apreciaciones, estigmatizaciones. Este principio convencional implica que en todas las decisiones que se tomen debe atenderse en forma primordial el interés superior del niño y que cuando hay conflictos entre los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes con otros derechos igualmente legítimos siempre van a prevalecer los primeros.

Continúa con el cuarto agravio que tiene que ver con la errónea interpretación del art. 73 inc. 1 del CPP. Señala que este artículo establece el principio de publicidad de audiencias, pero también contempla las excepciones. Esto no fue correctamente interpretado por el magistrado interviniente. Menciona el proyecto de ley enviado por el STJ al Poder Legislativo y las disposiciones pertinentes al tema tratado para fundar su postura. Dice que si bien es un proyecto de ley refleja que el STJ ha adoptado el trato diferenciado respecto de los imputados menores de edad.

Reitera que se trata de un agravio actual, inminente. Indica un fallo de la CSJN tomado por el STJ cuando se ha expedido en causas con menores de edad (Se. 121/08).

En base a esos argumentos, solicita que se haga lugar a la petición formulada y se haga lugar a la reserva o privacidad de la audiencia para el caso concreto.

7.2.- Concedida la palabra a la Fiscalía, la doctora Rodríguez Frandsen adhiere al planteo de la Defensora de Menores y agrega que el derecho a la publicidad no es absoluto y este caso se encuentra dentro de las excepciones previstas por la normativa. Coincide en que la exposición del joven puede afectar su integridad y su desarrollo. Entiende que corresponde al Estado garantizar su seguridad y el plus de derecho que tiene.

Sostiene que el fin de la publicidad de las audiencias que es la transparencia no se obtiene sólo con esa publicidad sino que puede obtenerse de otras maneras sin afectar los derechos de los menores. Que frente a un conflicto entre distintos



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



derechos, en caso de verse afectados los de un menor, deben prevalecer. Coincide en que el agravio es actual porque la audiencia en algún momento se va a tener que efectivizar.

Concluye que asiste razón a la defensora y que la audiencia con el menor no debe ser pública.

7.3.- A su turno, la doctora Vivas aclara que no desconoce que puede afectar al menor la publicidad de la audiencia, pero entiende que se podría encontrar una alternativa para que puedan asistir a la audiencia los familiares directos y respecto de los medios basta la advertencia de que no se puedan reproducir los datos del menor. Propone encontrar un punto medio, como lo que establece el art. 73 de que el juez puede imponer a las partes guardar secreto. Otra alternativa puede ser que el menor no concurra a la audiencia.

7.4.- A preguntas del juez Cardella, la doctora Arias responde que su planteo no es excluir a la familia, habla del público y de los medios de comunicación.

Respecto de la no participación del menor, entiende que gravitan situaciones de mayor peso le parece que hacen al derecho del joven de participar de la audiencia y es hasta pedagógico para que conozca el funcionamiento del sistema.

7.5.- Dada la palabra a la Defensa para la exposición de los agravios de su recurso contra la resolución del doctor Reussi, la doctora Arias hace un breve relato de los antecedentes del recurso y los fundamentos dados en su oportunidad. Dice en cuanto a la admisibilidad del recurso que la resolución del doctor Reussi es un auto procesal importante que causa agravio a su defendido de imposible reparación ulterior.

Critica que el juez de revisión dijera que tenía una posición tomada en el Legajo MPF-VI-00109-2017 y desestimara su planteo sin analizar todos los fundamentos que dio y sin hacer la interpretación amplia y armónica con el plexo convencional que solicitaba. Argumenta que el límite de la víctima a querellar está dado cuando hay menores imputados. Cita los varios fallos del STJ donde se habla de este límite del acusador privado de incoar un proceso contra un joven menor de



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



edad. Desarrolla los principios básicos del sistema penal juvenil y cuestiona que se esté poniendo en la misma situación al adulto y al joven.

Comparte lo que dijo el juez Reussi respecto de que hay un reconocimiento de los derechos de la víctima pero ello no puede ir en desmedro de los derechos de los menores. La concepción de la bilateralidad que hay en el proceso es que la víctima puede recurrir a obtener una sentencia útil pero las situaciones de los jóvenes no es la misma a la de la querrela. Tiene que ver con la igualdad de armas, ya que hay un desequilibrio importante por lo que hay que tomar medidas para compensarla.

Cuestiona también que el magistrado interviniente dijera que no advertía valores en pugna, y sostiene que estas afirmaciones desconocen precedentes tales como el fallo Mendoza de la CIDH, pero además lo dicho por la CSJN en Maldonado y otro más reciente de octubre de 2017.

Refiere que otro de los argumentos dados por el juez revisor fue que no hay colisión de derechos para ponderar o decidir a favor del niño porque el diseño del proceso no hace al derecho de defensa en juicio. Manifiesta que disiente con esta opinión citando a Zaffaroni en la obra que nombra, que dijo que la referencia a la ley anterior al hecho del proceso del art. 18 CN no permite hacer diferencia entre ley material y ley formal. Entiende que la aplicación de una ley posterior más desfavorable, afecta el derecho de defensa en juicio y el debido proceso.

Con relación al derecho de peticionar ante las autoridades, aduce que todas las disposiciones del bloque constitucional dicen que el estado tiene que investigar y juzgar violaciones a derechos humanos pero el acceso a la justicia para estos casos no dice que tiene que ser específicamente a través de una querrela como titulares de una acción penal.

Afirma que el magistrado toma en forma directa el art. 55 del CPP y omite hacer una interpretación armonizada y descarta también el análisis de la jurisprudencia en la materia. El trato diferenciado es asumido por el STJ en los fallos que mencionó. Hace hincapié en que desconocerlo nos pone otra vez en una clara regresión de pérdida del piso de derechos de los jóvenes que es irreversible. Explica



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



que el art. 68 de la ley 4109 dispone que el menor tiene derecho a tener una sola acusación.

Argumenta que con la admisión de la constitución de parte querellante frente al menor de edad, la situación procesal de su representado se pone en una situación más gravosa porque en este caso el Fiscal ya tiene un criterio respecto de su interés en la persecución penal, y al aparecer la figura del querellante hay un interés represivo diferente. Además, aduce que la querrela no tiene la especialidad que se requiere en este tipo de procesos y puede traer una litigiosidad innecesaria.

Explica la necesidad del trato diferenciado de los jóvenes sometidos a proceso, porque no se puede negar que hay una menor evolución, se tiene menos conciencia de la consecuencia de los actos. Que en la provincia no haya un proceso especializado no significa que no se deban aplicar todas las normas convencionales que describe.

Señala que la aplicación de este nuevo código implica un empeoramiento de la situación de los jóvenes por lo que debe aplicarse el art. 8 del CPP respecto de la constitución de querellante.

Argumenta también que no es obligatoria la constitución en querellante. Es la CSJN en el precedente 252:195 la que dice que no es un derecho de propiedad sino una concesión que hace la ley susceptible de ser modificada y no hay afectación de derechos constitucionales.

Cita nuevamente el principio del interés superior del niño que ya explicó.

Con respecto a la afectación del principio de igualdad, expresa que hay resoluciones de otras jurisdicciones con posturas antagónicas, de manera que según el lugar en el que se encuentre la persona va a tener distinto tratamiento. Manifiesta que intenta lograr una unificación de criterio.

Por último, desarrolla el agravio de afectación del principio de unidad del Ministerio Público Fiscal, por la existencia de posturas antagónicas entre sus distintos representantes, haciendo referencia a una resolución del Fiscal Ricardo Romero de la III Circunscripción Judicial.



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



Efectúa aclaraciones respecto del fallo del Tribunal de Impugnación Subrogante en la causa F.A.U.

Plantea que la resolución atacada desconoce el efectivo goce de los derechos que su representado tenía hasta este momento y va en contra de los principios del derecho penal juvenil.

Solicita finalmente que se haga lugar a la impugnación y se resuelva dejar sin efecto la designación de querellante o acusador particular.

7.6.- Concedida la palabra a la Fiscalía, la doctora Rodriguez Frandsen aclara respecto de la afectación del principio de unidad del MPF, que su resolución es anterior a la del Fiscal Romero por lo que es esa decisión la que afectaría ese principio. Que su resolución fue dictada en base a la unidad de actuaciones del MPF porque ya había una resolución de esta circunscripción en ese sentido, antecedente de la causa FAU.

Por lo demás, responde que esa resolución de la fiscalía fue realizada ante la presentación de la querrela pero sin haber escuchado la postura de la Defensora y que ahora teniendo la oportunidad de haber oído sus argumentos entiende que no coincide con dos aspectos de la resolución del doctor Reussi. Sostiene que si se da una pugna entre distintos derechos, los de la víctima y el imputado menor de edad y cree que en estos casos debe interpretarse a favor de los derechos del menor. También entiende que se afecta la garantía del derecho en juicio y que el efectivo derecho de la defensa está limitado por el diseño procesal.

A preguntas del Tribunal, aclara que dictó la resolución original sin escuchar a la defensora de menores y dejando de lado criterios personales adhirió a la postura de la Fiscalía.

Por eso entiende que los dos puntos que señala a la Defensa le asiste razón más allá de que contradiga la postura inicial de la Fiscalía.

7.7.- A su turno, la doctora Vivas expresa que, a su criterio y de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal de Impugnación en el Legajo F.A.U., se encontraría agotada la instancia respecto del tema en trámite. Expresa que no se advierten violaciones a garantías constitucionales y que habría que hacer una interpretación armónica entre



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



los derechos de los menores y de las víctimas, que se encuentran en un pie de igualdad. Cita el art. 12 del CPP que habla del derecho a la tutela judicial efectiva, y argumenta que no hay afectación a derechos constitucionales. Explica que en su opinión la postura del legislador de excluir la prohibición contenida en el anterior sistema no fue una omisión, sino que tuvo en cuenta el artículo 12. Aclara finalmente que lo que esa parte busca es participación en el proceso y no venganza. Solicita se confirme la resolución del doctor Reussi.

A preguntas del juez Mussi, la Fiscal dice que no está previsto el traslado a la defensa previo a resolver la solicitud de constitución en parte querellante.

Consultada por el juez Zimmermann, la doctora Vivas contesta que entiende que el art. 68 de la ley 4109 se refiere al Fiscal independiente y no menciona a la querrela particular. El código procesal habla de la acusación única y eso se debe realizar en el control de acusación.

Análisis de in/admisibilidad:

8.- Cabe considerar que las impugnaciones de la señora Defensora de Menores fueron presentadas en término, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, siendo parte legitimada para tal fin.

Es criterio de este Tribunal que el CPP no prevé impugnación contra la resolución no definitiva (ver arts. 1 y 2, Acordada 25/17-STJ) que dicten los integrantes del Foro de Jueces en su función de revisión (art. 4, Acordada 25/17-STJRN); y que es facultad de este Tribunal de Impugnación, del STJRN y de la CSJN, en sus correspondientes intervenciones procesales, decidir que “*el caso en concreto*” encuadra en una situación excepcional conforme a las pautas señaladas para admitir la impugnabilidad objetiva con sustento constitucional (arts. 5, 18, 75 inc. 22 y ccdtes. de la Constitución Nacional en función de la doctrina de la CSJN).

En base a lo anterior se advierte que las impugnaciones contra las resoluciones que confirman la publicidad de la audiencia y la constitución de parte querellante, cuando la persona imputada es menor de edad, demuestran *verosimilitud* suficiente en cuanto a afectación de derechos y garantías y su imposible o insuficiente reparación posterior causando un efectivo, actual y real



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



perjuicio para el recurrente, todo por la que correspondería la interposición del recurso extraordinario federal.

En este orden de ideas, y en función de esas particulares circunstancias es que corresponde declarar la admisibilidad formal de las impugnaciones deducidas.

ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el Carlos Mohamed Mussi, dijo:

Adhiero al voto del juez que me antecede. **ASÍ VOTO.**

A la misma cuestión el Juez Miguel Angel Cardella, dijo:

Adhiero a la decisión de declarar la admisibilidad formal de la impugnación presentada por la Señora Defensora de Menores expuesta en el voto precedente.

ASÍ VOTO.

A la segunda cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

1.- La señora Defensora de Menores ha motivado sus dos impugnaciones en Tratados Internacionales de jerarquía constitucional, la Constitución Nacional y leyes nacionales y provinciales.

Y aunque sus pretensiones pudieran interpretarse de la Constitución y Tratados de igual jerarquía luego de la reforma del año 1994, la solución del caso se logra mediante la correcta aplicación de las leyes provinciales.

2.- Las cuestiones planteadas se refieren a situaciones que se presentan dentro del procedimiento penal cuando la persona imputada es menor de edad.

Al respecto, la ley 5020 dice:

“Artículo 1º - Apruébase el Código Procesal Penal contenido en el Anexo de la presente ley.

“Artículo 2º - El presente código entrará en vigencia el [...] Dentro de los seis (6) meses de aprobado el código, la legislatura dictará [...] el Código Procesal Penal Juvenil”.

A la fecha no se ha aprobado este último Código, aunque me consta que se está trabajando seriamente para tal fin a la brevedad.

No obstante ello, de ninguna forma puede entenderse que existe un vacío normativo sobre la cuestión puesto que rige la ley D 4109 que *“tiene por objeto la*



protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes de la Provincia de Río Negro” (art. 1).

3.- Derechos y garantías procesales:

El Capítulo Cuarto de la ley D 4109 dispone:

“DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES

“Artículo 67 - Del procedimiento- El procedimiento judicial se registrá por las leyes procesales vigentes en materia civil y penal según el caso.

“Artículo 68 - Derechos y garantías procesales- Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a [...] gozar de todos los derechos y garantías previstos [...] en la presente Ley. En especial y entre otros, en caso de imputación de delito, tendrá los siguientes derechos y garantías: [...]”.

Las disposiciones son claras y no merecen mayor explicación.

Se aplica el Código Procesal Penal ley 5020 con las restricciones/adaptaciones que surgen de los derechos y garantías específicos (que detalla el artículo 68 en sus incisos), que emanan de los lineamientos reconocidos en normas internacionales de derechos humanos, muchas de ellas con jerarquía constitucional, encaminadas a hacer efectiva una mayor protección a los niños, niñas y adolescentes que sean sometidos a procesos de responsabilidad penal juvenil.

Ello así en razón de que el orden jurídico debe ser interpretado como un todo armónico, evitando aquel sentido que *“... ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto”* (CSJN, Fallos T. 1, pág. 300).

Y recordando que la interpretación integradora no crea derecho, sino que extiende una norma a casos no previstos expresamente por ella, suponiendo que se trata de una proposición incompleta cuyo real significado se logra con la totalidad del ordenamiento (ver Rodolfo L. Vigo, *De la ley al derecho*, pág. 148).

Inicié este considerando citando *“derechos y garantías. La distinción semántica de estos vocablos la ha efectuado Julio B. J. Maier de la siguiente manera: [...] los derechos importan el reconocimiento de los atributos esenciales que tienen las personas integrantes de la comunidad nacional; y las garantías*



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



representan las seguridades que se otorgan para impedir que el goce de esos derechos sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya en forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo (cf. Derecho procesal penal argentino, Ed. del Puerto, Bs. As., 1996, 2da. ed., t. 1, Fundamentos, p. 474). [...]

“Inobservancia de una regla de garantía. El [...primer párrafo del art. 85 de la ley 5020, su] fundamento reside en que las garantías por su naturaleza protectora deben operar en favor y no en contra de quien es sometido al poder punitivo estatal” (Pedro J. Bertolino, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.922), comentado y concordado, 5ta edición actualizada, Depalma, 1998, págs. 5/6).

Las garantías también se han definido, *“en un sentido lato, como el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre. Las garantías existen frente al estado, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos.*

“En un sentido amplio se puede afirmar que la totalidad del ordenamiento jurídico garantiza las libertades y los derechos; en un sentido más preciso hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al estado para que lo proteja” (Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, tomo II, primera reimpresión 1998, Ediar, pág. 287).

En el *sub examine*, es la señora Defensora de Menores quien está movilizando al Estado (Poder Judicial) para que proteja a su pupilo (imputado) menor de edad a los fines de garantizarle el derecho a que las actuaciones penales sean confidenciales y a ser investigado solamente por un fiscal.

4.- Audiencia confidencial / privada:

Las niñas, los niños y los adolescentes imputados por un delito penal tienen el derecho y la garantía a que “toda actuación” del proceso penal sea “estrictamente confidencial” (art. 68, inc. f) de la ley D 4109).

Es decir, que la actuación *“se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho”* (conf. Definición de “confidencial”, <http://www.rae.es/>).



Y este derecho y garantía de los menores imputados no es mas que un supuesto especial para que las audiencias se realicen totalmente en forma privada (conf. art. 73, ley 5020).

5.- Investigado por un fiscal – Ausencia de derecho a querellar:

El derecho y la garantía a “*ser investigado por un fiscal*” (art. 68, inc. b) de la ley D 4109) se determina por aplicación de los principios lógicos de igualdad, no contradicción y tercero excluido.

Así, las niñas, los niños y los adolescentes imputados por un delito penal solamente podrán ser investigados por un fiscal, que no es igual a un querellante (en cuanto a funciones, atribuciones, etc.), y porque no existe un tercer modo de legitimación para intervenir en una investigación penal.

En consecuencia, este especial derecho y garantía de los imputados menores de edad suprime el derecho de la víctima, su representante legal u otra persona a presentar querella.

Además, siempre prevalece el desarrollo pleno y efectivo del derecho y garantía a “*ser investigado por un fiscal*” frente al derecho e interés legítimo a querellar (art. 10, ley D 4109).

Máxime cuando “no encuentro base normativa constitucional o convencional que consagre lo que podría denominarse un derecho humano de la víctima a perseguir penalmente al imputado de determinado delito. [...] Es por eso que la jurisprudencia de la Corte ha declarado reiteradamente que la admisión del querellante particular, en los procesos que motivan los delitos de acción pública, es cuestión librada a las leyes procesales respectivas y que su exclusión no compromete principio constitucional alguno” (Fallos 252:195). [...] De tal modo, se encuentra sujeto a la discreción del legislador provincial establecer las modalidades de la participación que se le asigne al querellante particular, cuestión que tiene que ver con la organización del juicio criminal [...] (CSJN en “Santillán”, S. 1009 XXXII, del 13/08/1998).” (STJRNS2 Se. 46/15 “Fiscalía II”).

6.- Síntesis:



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



Conforme a lo expuesto no advierto que las restricciones a la publicidad de las audiencias y a la constitución como parte querellante en los procesos penales incoados contra menores implique privar a la víctima de obtener un pronunciamiento útil en relación con sus derechos, dado que su interés está protegido por el Ministerio Público Fiscal quien (como parte integrante del Poder Judicial -art. 1, ley K 4199-) *“debe realizar de forma incansable los actos jurídicos y las actividades institucionales necesarias con el fin de avanzar en la investigación y el juzgamiento transparente y adecuado, destacando la importancia de conseguir una administración de justicia responsable ante los ciudadanos, quienes podrán formular sus quejas y sugerencias sobre su funcionamiento y exigir, en caso necesario, las reparaciones a que hubiera lugar (conf. Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia)”* (STJRNS2 Se. 140/16).

No se me pasa por alto la gravedad de los hechos denunciados ni el dolor y sufrimiento de quien pretende ser querellante.

Sin embargo, tales circunstancias no pueden oficiar de motivos para desatender *“el resguardo de los derechos y garantías”* en el cumplimiento de *“actos propiamente jurisdiccionales”* (art. 6, CPP) pues están plasmados en *“normas jurídicas vigentes”* que son *“la única sujeción legalmente impuesta a los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional”*, debiendo actuar *“con imparcialidad en”* las *“decisiones en todas las etapas del proceso”* (art. 5, CPP).

En definitiva, la señalada aplicación de la norma vigente denota *“el fino y delicado equilibrio con que debe transitarse por la senda marcada por el constituyente y el legislador, al disponer que la jurisdicción debe ser capaz de combinar “el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro’ (Fallos: 320 : 1717, considerando 9º)”* (CSJN, *“Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Demaría, Jorge Luis y otros s/ causa 14.358”, resuelta el 08/04/2014*) [...requiriéndose a la señora Fiscal y a la letrada de la pretensa querellante un] *análisis concienzudo* y



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



responsable para asesorar[la] convenientemente [para evitar...] genera[r] una expectativa de acceso a justicia [inmotivada]” (STJRNS2 Se. 337/17 “Melo”).

La solución propuesta se aplica a todos los casos donde se investigue la responsabilidad penal de una persona menor de edad en razón de *“la obligatoriedad frente 'al caso sustancialmente análogo' (CSJN in re “Paez”) dado que, tal como sostiene Bidart Campos, '[n]o hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales”* (STJRNS2 Se. 337/17).

7.- Conclusión:

En virtud de lo antedicho, las impugnaciones deducidas por la Defensora de Menores, doctora Patricia Arias, son eficaces para conmovir las bases de lo decidido, por lo que propongo al Acuerdo hacer lugar a las mismas y revocar las resoluciones jurisdiccionales de fechas 15/02/2018, 08/03/2018, 09/03/2018 y 16/04/2018 y la resolución del Ministerio Público Fiscal de fecha 19/02/2018 en cuanto tuvo por querellante a la señora Teresa del Carmen Naicul (madre de Emilio Collueque), por los fundamentos antes expresados, ordenando que las actuaciones continúen según su estado. **ASÍ VOTO.**

A la misma cuestión el Juez Carlos Mohamed Mussi, dijo:

Luego de analizar el voto que me antecede, he de coincidir con el Dr Zimmermann en relación al punto desarrollado en relación a la publicidad de las audiencias, y su conclusión al respecto proponiendo hacer lugar a lo solicitado por la Dra. Patricia, que a su vez su postura ha sido adherida por la fiscal del caso.-

Respecto de lo propuesto por mi destacado colega en relación a la imposibilidad de la constitución de parte querellante en procesos incoados contra menores de edad, me voy a permitir disentir con sus conclusiones.-

En primer término entiendo que la Ley 5020 ha vigorizado la posición de la víctima del delito en el proceso penal y ha intentado otorgarle un mayor protagonismo a los intereses generales de la sociedad, con plena participación en los procesos penales, quitando aquel monopolio del Ministerio Público, y facultando



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



al interés particular del damnificado a canalizar sus pretensiones a través de querrela particular.-

La intervención de la víctima en el proceso penal postura mas que el interés general que debe perseguir el derecho penal, aquellos intereses concretos, cuales son los de la víctima.-

Entiendo que el nuevo Código Procesal conforme a la ley 5020, ha suprimido el antiguo Art. 68 de la ley 2107, no ha sido mas que un permiso que ha dado la legislación de la Provincia para que la víctima de delitos cometidos por personas menores de edad puedan acceder a la jurisdicción.-

Ya han existidos reiterados planteos de las víctimas en este tipo de procesos que han logrado que se declare inconstitucional aquel obstáculo que impedía la participación de la víctima en estos tipo de procesos, al decir Cámara de Acusación de Córdoba, causa“ CFA”, 21/10/07, por señalar un antecedente.-

En tanto el precedente “De Las Casas”, al que han hecho referencia en la audiencia, se debe tener presente que la sentencia es la numero 114/04 del registro del STJ de fecha 1/07/2004, en plena vigencia la ley 2107, cuestión que no es objeto de análisis y en consecuencia no puede ser analizada.-

Que el Capítulo VII, de la sección Segunda, Arts. 54 a 58, de la ley 5020, que expresamente no impide la participación del querellante particular en procesos incoados contra menores, me permite inferir que a partir de la falta de una norma que lo prohíba, es porque el espíritu del legislador ha sido, posibilitar que la víctima pueda constituirse como tal, y darle legitimación procesal para que actúen en el proceso y quienes se hallen especialmente habilitados para pretender o para contradecir respecto de la materia sobre la cual el proceso versa.-

Entiendo que la omisión que ha hecho el legislador de la prohibición que existía en la ley 2107, no ha sido producto de una distracción, sino mas bien ha brindado la posibilidad que la víctima, sobre la cual la ley 5020 destina casi todo un capítulo, y para quien se ha sentido afectada, o en peligro verse dañada, de un modo especial y directo, pueda tener el derecho de participar en el proceso.-



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



Por ello, el sentido jurídico-penal de la posibilidad de intervención de la víctima en el proceso, responde a un trato igualitario entre las partes y no afecta derechos adquiridos por el menor imputado bajo otro sistema procesal, que no implique revisarlo, o bien que impida al legislador en otra oportunidad otorgar ese derecho a la víctima.-

Comparto con la señora Defensora que hay una omisión legislativa que no prohíbe la constitución de parte querellante como lo hacía el anterior Código, lo que no creo que ello sea de manera accidental por parte de nuestros legisladores, sino que esa omisión responde a la intención de posibilitar la referida constitución.-

No por ello dejo de tener en cuenta que el proyecto del Ley de Procedimiento Penal Juvenil, que en sus disposiciones generales, expresamente prohíbe la acusación particular.-

Así, el Art. 5, del referido proyecto dice *“...En los procesos contemplados en la presente ley no se admite la actuación de querellantes particulares...”*.-

El presente análisis es apartir de la legislación vigente, y lógicamente de concretarse la sanción del proyecto referido y en los términos que se encuentra redactado, no habría posibilidad de análisis porque el proyecto de norma que prohíbe su constitución es muy clara.-

Pero, reitero, con el actual Código Procesal, entiendo que debe posibilitarse el ingreso de la víctima como parte querellante en procesos penales en los cuales se encuentran incoados contra menores por no estar expresamente prohibidos.-

Así, de los principios generales del Código Procesal, Título I y Capítulo I del Art. 12, señala como derechos de la víctima, que toda persona afectada por un delito *“...tiene derecho a la tutela judicial efectiva y a la protección integral de su persona frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal y de la ejecución penal en forma autónoma y gratuita, en igualdad de armas con las otras partes y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto y reparado su perjuicio...”*. Ello, sin excepción, al menos la norma dentro de los principios que rigen la estructura del Código no lo hace saber.-



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



Sentado mi criterio en razón de lo planteado por las partes, advierto que del trámite de la audiencia no se advierte el agravio en concreto que le ha generado la constitución de parte querellante en contra del menor y los intereses que defiende la Sra Defensora de Menores. Es más, de sus propias expresiones surge que el legajo terminaría necesariamente en un sobreseimiento a favor de su pupilo, con lo cual no se entiende cual es el agravio en concreto que genera la participación de la madre de la víctima en presente legajo.-

Por ello, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente a las impugnaciones interpuestas por la Dra Arias. En primer término, hacer lugar a las impugnaciones en relación a las resoluciones de fechas 15/02/2018, 08/03/2018 y no hacer lugar a las impugnaciones en relación a las resoluciones de fecha 09/03/2018 y 16/04/2018, como tampoco hacer lugar a la impugnación en contra de la resolución del Ministerio Público Fiscal de fecha 19/02/2018 en cuanto tuvo por querellante a la señora Teresa del Carmen Naicul madre de quien fuera en vida Emilio Collueque. **ASÍ VOTO.-**

A la misma cuestión el Juez Miguel Ángel Cardella, dijo:

En primer lugar expreso que adhiero a lo expresado en sendos votos que me preceden en relación a la publicidad de las audiencias y del modo en que puede y debe resolverse su privacidad al público en general, y por lo tanto compartiendo lo solicitado por la Señora Defensora de Menores --postura sobre la que, además, adhirió la representante del Ministerio Público Fiscal en este caso--.

En segundo lugar me corresponde, de acuerdo al artículo 188 del CPPRN, emitir una decisión fundada, por cuanto existen dos posiciones contrapuestas que se expresan en los votos del Juez Zimmermann y del Juez Mussi respecto al agravio en la constitución de parte Querellante contra un joven menor.

En esa encrucijada propicio hacer lugar a las impugnaciones que sostiene la Señora Defensora de Menores y en consecuencia se disponga revocar la resolución del Ministerio Público Fiscal de fecha 19/02/2018 en cuanto tuvo por querellante a la señora Teresa del Carmen Naicul (madre de Emilio Collueque).



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



En este caso el agravio expresado por la Defensora de Menores fue interpuesto en forma oportuna y con total claridad en las audiencias donde le tocó intervenir no habiendo convalidado ninguna actuación sobre la constitución de la parte Querellante. Esta cuestión del agravio considero necesario expresarla porque fue motivo de mi análisis y rechazo por parte de este Tribunal en forma unipersonal, sobre el planteo efectuado en el legajo MPF-BA-02904-2017 - "ROJAS" (decisión confirmada por el Superior Tribunal de Justicia el 19 de junio del presente año).

Es cierta la afirmación del Juez Mussi, que la actual legislación –en referencia al actual Código Procesal Penal, según ley n° 5020- le da una real importancia a la figura de la víctima y que no está prohibida la constitución de parte Querellante en un proceso seguido contra un menor de 16 a 18 años de edad. También es cierto que el artículo 2do de la citada norma (ley 5020) indicó que dentro de los seis meses de aprobado el código, la legislatura dictaría el Código Procesal Penal Juvenil. Esta dilación de legislativa ya ha superado los tres años, y su demora no puede ser cargada en contra de los menores en conflicto con la legislación penal.

Como también es correcta la indicación del Juez Zimmermann –la cual comparto--, al indicar que parte de la solución del agravio tiene respuesta en nuestra propia legislación, y así lo señala el artículo 68 de la ley D 4109, al establecer que “ - *Derechos y garantías procesales- Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a ser tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad y a gozar de todos los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, Provincial y en las normas contenidas en la presente Ley. En especial y entre otros, en caso de imputación de delito, tendrá los siguientes derechos y garantías: ... inciso b: ser investigado por un fiscal independiente y juzgado por un órgano judicial con competencia específica, formación especializada en la materia, independiente e imparcial*”.

Por ese motivo es que concuerdo con el planteo interpuesto en la impugnación que indica que existe una retrocesión sobre los derechos de los menores sometidos a una investigación penal y a la posibilidad de su enjuiciamiento,



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



porque la prohibición de la constitución de parte Querellante así estaba reglada en el artículo 68 de la ley 2107 –anterior sistema procesal penal de enjuiciamiento--.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia, sobre la materia sostiene que *“es evidente que en los casos de menores en conflicto con la ley penal se reafirma la idea de garantizar -como base- el debido proceso legal que se prodiga al adulto, con más el plus protectorio de culpabilidad disminuida y encierro como última ratio de la función penal, todo ello como tarea eminentemente estatal, que no puede ser compartida (ni de modo adhesivo ni de modo conjunto) con la querrela privada”* -“Fiscalía II Villa Regina” expediente n° 27350/14 STJ, de fecha 29/4/2015, según el voto rector de la Jueza Liliana L. Piccinini-.

Es función de los jueces interpretar en forma armónica nuestra legislación, y tener en consideración las normas constitucionales y convencionales. Esas normativas nos indican que el joven no puede ser tratado como un adulto en el sistema de enjuiciamiento penal, porque existe un trato diferenciado y estamos en presencia del instituto internacional del denominado interés superior del niño. Bajo este esquema legislativo, donde pareciera ocurrir una colisión de intereses entre los principios citados y nuestro Código Procesal Penal que no prevé una norma específica sobre la imposibilidad de que la víctima se constituya como parte Querellante contra el menor imputado (artículos 12 y 54 del CPPRN). Frente al agravio concreto, corresponde decidir a favor de la protección especial convencional del joven menor porque existe, de acuerdo al agravio planteado una regresión sobre los derechos que tenía adquirido el menor traído a la investigación y el juicio, también de encontrarse ante una situación más gravosa que la que tuvo otro joven al 31 de julio de 2017. El cambio legislativo de ningún modo puede afectar los derechos que ese colectivo ya tenía incorporado legislativamente.

Además esta pauta valorativa se encuentra establecida por nuestra propia legislación, la cual indica que frente a la *“aplicación del interés superior de la niña, el niño o el adolescente, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de éstos frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”* (Ley D 4109, artículo 10).



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que no puede permanecer indiferente ante la demora en proceder a una adecuación de la legislación de enjuiciamiento sobre menores, que en forma especial se vincula con la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22) y a los términos ordenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso ‘Mendoza’ que “en dicha sentencia el tribunal interamericano concluyó que la legislación penal juvenil vigente en nuestro país no se ajusta a los estándares internacionales. Asimismo, y sin perjuicio de tener en cuenta respecto de esta cuestión “que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley, mantuvo que el Estado Argentino está obligado a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para garantizar la protección del niño, por lo que le ordenó ajustar su marco legal de conformidad a los mencionados estándares (considerandos 6° y 9°) --CSJN "ACJ" del 31/10/2017--.

Repasemos que el “Mendoza”—CIDH mayo 2013-- sostiene que:

142. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia (...).

143. (...) Al respecto, a partir de la consideración del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de los derechos del niño, en contra partida, también debe servir para asegurar la mínima restricción de tales derechos.

191. (...) [L]a Corte reitera que frente a niños, niñas y adolescentes privados de la libertad, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño (...). La condición de garante del Estado con respecto al derecho a la integridad personal le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquel. (...)



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



Por lo expuesto, y acreditados los agravios expuestos por la Señora Defensora de Menores, corresponde hacer lugar a su planteo y en consecuencia proceder a revocar las resoluciones jurisdiccionales de fechas 15/02/2018, 08/03/2018, 09/03/2018 y 16/04/2018 y la resolución del Ministerio Público Fiscal de fecha 19/02/2018 en cuanto tuvo por querellante a la señora Teresa del Carmen Naicul (madre de Emilio Collueque), ordenando que las actuaciones continúen según su estado. **ASÍ VOTO.**

A la tercera cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

Que en razón de las particularidades de lo resuelto en la precedente cuestión las costas se imponen por su orden, regulando los honorarios de la doctora Daniela Vivas en el 25% de la suma que se le fije por sus actuaciones en la instancia de origen (art. 15 L.A.), en razón de la extensión de sus labores, la complejidad del caso, el resultado obtenido, las etapas consumadas y las restantes pautas de la ley de aranceles vigentes. **ASÍ VOTO.**

A la misma cuestión el Juez Carlos Mohamed Mussi, dijo:

Adhiero al voto del juez que me antecede. **ASÍ VOTO.**

A la misma cuestión el Juez Miguel Ángel Cardella, dijo:

Adhiero al voto que me antecede. **ASÍ VOTO.**

Por ello,

EL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

RESUELVE:

Primero: Declarar admisible desde el plano estrictamente formal las impugnaciones deducidas por la doctora Patricia Arias, en representación del joven G.A.R..

Segundo: Hacer lugar a las impugnaciones deducidas, y en consecuencia, revocar las resoluciones jurisdiccionales de fechas 15/02/2018 y 08/03/2018, por los fundamentos expresados en los considerandos.

Tercero: POR MAYORÍA: Hacer lugar a las impugnaciones interpuestas, y en consecuencia, revocar las resoluciones jurisdiccionales de fechas 09/03/2018 y 16/04/2018 y la resolución del Ministerio Público Fiscal de fecha 19/02/2018 en cuanto tuvo por querellante a la señora Teresa del Carmen Naicul (madre de Emilio



TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN



Collueque), por los fundamentos expresados en los considerandos, ordenando que las actuaciones continúen según su estado.

Cuarto: Imponer las costas por su orden, regulando los honorarios de la doctora Daniela Vivas en el 25% de la suma que se le fije por sus actuaciones en la instancia de origen (art. 15 L.A.).

Quinto: Registrar y notificar.