

¿Es aplicable la figura del querellante en el proceso penal seguido contra personas menores de edad?

Pablo Barbirotto¹

SUMARIO: I.- Aplicación Supletoria de los Códigos Procesales Penales comunes; II.- Interpretación; III.- Principios de especialidad; IV.- Querellante particular; V.- Principios y bases y normas fundamentales del sistema de promoción y protección integral de los derechos de las personas adolescentes; VI.- Querellante. Definición; VII.- Análisis de la definición del querellante; VIII.- El Principio del “Interés Superior del niño” en el Proceso Penal seguido contra personas menores de edad al momento del hecho; IX.- Interpretación del artículo 1° del decreto ley 22.278; X.- Conflictos de derechos. Interpretación; XI.- Jurisprudencia relacionada; XII.- Conclusión; XIII.- Derechos de las víctimas.

RESUMEN: Ante el silencio de la ley de la especialidad respecto de la posible constitución de parte querellante en un proceso seguido contra un menor de edad, el autor discurre respecto de si la figura del querellante, es compatible o estaría en conflicto con los principios, bases y normas fundamentales del sistema de promoción y protección integral de derechos, ante un ejercicio de una pretensión marcadamente punitivista, cuando una justicia penal especial está enfocada en la restauración del daño, la rehabilitación y la reinserción social del infractor/a. Deja expresado su criterio, con las salvedades en el acápite de “Conclusión” señalando las diferentes posiciones doctrinarias y legislativas y el rol que debería ocupar la víctima en estos procesos.

¹ Juez Penal de Niños y Adolescentes de Paraná Entre Ríos. -

PALABRAS CLAVE: Querellante - Favor Minoris - pretensión punitiva – incompatibilidad.

I.- Aplicación Supletoria de los Códigos Procesales Penales comunes

Las modernas legislaciones provinciales que regulan los procedimientos penales de corte acusatorio para personas menores de edad imputadas o acusadas de la comisión de un delito establecen en su articulado que son de aplicación supletoria a esa normativa el Código Procesal Penal Provincial en todo lo que no esté específicamente reglamentado en la ley de la especialidad, en la medida que aquella legislación procesal no contradiga o entre en conflicto con los principios y bases fundamentales del sistema.

La incorporación normativa tiene como objeto garantizar que las personas menores de 18 años de edad no sean tratadas de modo más riguroso que el de los adultos sometidos a un proceso penal.

De este modo, se cumple con la recomendación efectuada por el Comité de los Derechos Humanos en la Observación General N°13 párrafo 16 que establece ***“que los menores le deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se les conceden a los adultos en artículo 14 del “Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos.”***

II.- Interpretación

Cabe mencionar que es práctica habitual que esta aplicación supletoria de los códigos procesales penales provinciales se realice, aunque no exista una remisión expresa en las leyes de la especialidad. Pero, regulada o no específicamente, deberá tenerse especial cuidado al interpretar esta cláusula, pues una errónea exégesis podría permitir que, ante el silencio de la ley de la especialidad, se aplique automáticamente el código procesal penal común.² Esta aplicación supletoria podrá **únicamente** realizarse en aquellos supuestos en que el digesto procesal común no contradiga o entre en conflicto con los principios y bases y normas fundamentales del sistema de promoción y protección integral de los derechos de las personas

² VITALE, Gustavo “Ley de Niños y Adolescentes de Neuquén”. (Protección Integral de sus Derechos y Cuestión Penal). Segunda Parte. El proceso Penal en la Ley de niños de Neuquén. Comentario al artículo 92°.

adolescentes, los cuales se encuentran transcritos en la reglamentación del artículo 19° de la ley n°26.061 de "Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" (Decreto 415/2006) ³, en la Opinión Consultiva 17/2002 de la C.I.D.H y la Observación General N.º 24/2019 del Comité de los Derechos del Niño, máximo intérprete de la Convención

Por lo tanto, antes de realizar la aplicación del Código Procesal Penal común (pensado para personas adultas imputadas o acusadas de cometer delitos), se deberá analizar si un instituto o regla procesal no regulada específicamente en la ley de la especialidad, como, por ejemplo, el juicio por jurados, la constitución de la figura del querellante particular, entre otros institutos que, si se encuentran reglados en el Código Procesal Penal de adultos, son aplicación supletoria o no en el marco de la especialidad y especificidad propia de esta materia.

III.- Principios de especialidad

Es preciso mencionar que la interpretación sobre la adecuación a los principios, normas y bases fundamentales del sistema de protección integral de los derechos de las personas menores de edad vinculadas a un proceso penal debe realizarse sobre la base del **principio de especialidad/especificidad**. Este postulado es el punto de partida en materia procesal penal para personas menores de 18 años de edad imputadas o acusadas de la comisión de un delito. Este va a irradiar sus efectos normativos y políticos criminales en todo el resto de derechos y garantías, tanto sustantivos como procesales.⁴ Este principio constitucional consagrado en la Convención Sobre los derechos del Niño (40.3) requiere que los

³ Reglamentación art. 19 Ley 26061 "...debiendo considerarse parte integrante del artículo 19° en su aplicación, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínima de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

⁴ BELOFF. Mary Principio de especialidad.

órganos judiciales se encuentren capacitados y tengan **competencia específica**⁵ (exclusividad funcional, no compartida con otras competencias, como de familia por ejemplo) para actuar cuando los delitos sean cometidos por personas menores de 18 años de edad, de lo contrario se los estaría juzgando como adultos. El principio de justicia específica y especializada consiste básicamente en la obligación del estado democrático dentro del sistema penal de dar una respuesta diferente cuando el infractor sea una persona menor de edad.

IV.- Querellante particular

Hechas estas aclaraciones preliminares, resulta necesario analizar, si la figura del querellante particular es compatible o no con el proceso penal en el que se juzga a una persona menor de edad.

En primer término, debemos mencionar que casi en la totalidad de las normativas provinciales de la especialidad para personas menores de edad imputadas o acusadas de la comisión de delitos, no se hace referencia al querellante como sujeto procesal eventual, más allá de regular otros sujetos no esenciales, como los padres, referentes, organismos administrativos de protección de derechos o equipos técnicos interdisciplinarios.

Podríamos pensar que, ante el silencio de la ley específica, debería realizarse la aplicación supletoria Código Procesal Penal común a partir de los artículos que regulan la figura del querellante.

Pero, como ya se mencionó, antes de realizar su **aplicación supletoria de manera automática** deberíamos analizar e interpretar si esta regulación establecida en el Código Procesal Penal contradice o entra en conflicto con los principios y bases fundamentales del sistema de la especialidad.

V.- Principios y bases y normas fundamentales del sistema de promoción y protección integral de los derechos de las personas adolescentes

1.⁵ La especificidad exigida en la CDN se refiere a lo normativo, es decir leyes específicas para juzgar a personas menores de edad al momento del hecho, y en la funcional referido a la competencia específica. La especificidad es claramente diferenciación, separación e individualidad, pero fundamentalmente exclusividad. MARTIN AIMAR, German “Ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos” Pag. 48 Ed. IUS, Agosto 2001,

Como primer paso se hace necesario conocer que los principios y bases fundamentales del sistema de la especialidad se rigen por el principio rector del **interés superior del niño**, consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el respeto por el **debido proceso**, por la aplicación ultra restrictiva de la **privación de la libertad como último recurso** (ULTISIMA RATIO), en caso de aplicarse deberá **ser por el tiempo más breve posible** (37.b CDN); y todo ello debe estar orientado a garantizar el derecho de la persona menor de edad de **reintegrarse socialmente** y desempeñar una **función constructiva en la sociedad**”(40.1 CDN).

Estos principios y bases fundamentales del sistema priorizan la utilización de **medidas alternativas** y el objeto del proceso de adolescentes como herramienta primordialmente preventivo especial positiva, al margen de criterios retributivos, concibiéndose la pena como eminentemente pedagógica; tendiente a lograr la **responsabilización o implicancia subjetiva del adolescente infractor**, así como el cuidadoso estudio del hecho, de sus consecuencias, en forma paralela con las particulares circunstancias del justiciable y sus posibilidades de reinserción, constituyen pautas ineludibles a tener en cuenta al momento de decidir la situación de una persona menor de edad vinculado a un proceso penal.

VI.- Querellante. Definición

Para realizar este análisis es necesario definir la figura del querellante particular. Para Vázquez Rossi a quien seguimos por su autoridad basada en su claridad de concepto, “el querellante es el sujeto particular que se presenta en el proceso postulando su condición de víctima de una acción delictiva y **ejerce una pretensión punitiva contra el imputado**. Reúne en su persona los caracteres de "parte material y procesal" y, a diferencia de los fiscales, **actúa en función de un interés directo**. (querellante conjunto).

En los casos de acción de ejercicio privado nos encontramos ante la figura del querellante exclusivo, ya que se trata del único sujeto legitimado para intervenir como parte acusadora.”⁶

VII.- Análisis de la definición del querellante

⁶ Vazquez Rossi, Jorge. Derecho Procesal Penal T. II El Proceso Penal- Rubinzal-Culzone editores. año 1997, pag.71

De esta completa definición brindada por el Profesor Vázquez Rossi se desprende claramente que las principales características de la figura del querellante, al menos no serían compatibles o entrarían en conflicto con los principios, bases y normas fundamentales del sistema de promoción y protección integral de los derechos de las personas menores de edad.

En este sentido, en relación al ejercicio de una pretensión marcadamente punitiva contra un imputado menor de edad y la actuación en función de un interés directo por parte del querellante, el Comité de los Derechos del Niño, máximo intérprete de la Convención (Obsv. Gral. 24/2019 párrafo 76) ha expresado que ***“La aplicación de un método estrictamente punitivo no se ajusta a los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el artículo 40, párrafo 1, de la Convención. (...) Se debe tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad”***

VIII.- El Principio del “Interés Superior del niño” en el Proceso Penal seguido contra personas menores de edad al momento del hecho

Cabe mencionar que tanto el Comité de los derechos del Niño, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han expresado que la protección del interés superior del niño significa, en materia **PENAL** para personas menores de edad, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, tales como, la represión y el castigo, sean sustituidos por una justicia penal especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y reinserción social del adolescente infractor, a través de la instrumentalización de medidas alternativas al proceso penal y a la sanción, recurriéndose lo menos posible a procedimientos judiciales así como a la aplicación de medidas de coerción o privativas de la libertad.⁷

Claramente el **interés superior del niño desde el enfoque penal**, sería al menos incompatible u opuesto con el interés que persigue la parte querellante, ya que no solo pretende que se demuestre la culpabilidad del acusado, sino que busca obtener una condena, en la mayoría de los casos privativa de la libertad, de los autores y/o partícipes del hecho delictivo.

⁷ Informe de la CIDH SOBRE JUSTICIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS Año 2011. Véase Obs. Gral. N°10, párr. 10 y Obs. Gral. N°12, párr. 57.-

IX.- Interpretación del artículo 1° del decreto ley 22.278

La posible incompatibilidad de la figura del querellante con los principios, bases y normas fundamentales del sistema de promoción y protección integral de los derechos de las personas menores de edad se desprende del análisis e interpretación armónica del artículo 1° en su conjunto, pues este dispone expresamente que” ***tampoco son punibles los que no hayan cumplido los dieciocho años de edad respecto de delitos de acción privada***”.

De la redacción de texto del artículo se desprenden al menos dos interpretaciones. La primera de ellas hace referencia a la innecesaridad de intervención del sistema penal ante la comisión de delitos leves o de escasa cuantía de pena, siendo una decisión político criminal que las personas menores de edad a las que se les endilga la comisión de algunos de los delitos tipificados en el artículo 73° del Código penal⁸ no sean punibles.

Otra interpretación posible se funda en considerar que tampoco serían punibles las personas que no hayan cumplido dieciocho años de edad por la comisión de **delitos de acción privada**, atento a que en ellos **no interviene el Ministerio Público Fiscal**, sino única y exclusivamente la figura del querellante (Art. 73° in fine C.P), quien ejerce una pretensión estrictamente punitiva, lo que resultaría incompatible con los principios, bases y normas fundamentales del sistema de promoción y protección integral de los derechos de las personas menores de edad acusadas de la comisión de un delito.

En base a ello, podríamos interpretar que la intención autentica del “legislador” ha sido que el **único acusador posible** en los procesos penales seguidos contra personas menores de edad sea el Ministerio Público Fiscal, que

⁸ Artículo 73: Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1) Calumnias e injurias; 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge. Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima. La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes. **En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales**

dotado de la especificidad de su competencia y especialidad en la materia que exige la C.D.N, debe recurrir excepcionalmente a procedimientos judiciales, procurando salidas alternativas a la sanción así como a la aplicación ultra restrictiva de medidas de coerción o privativas de la libertad.

X.- Conflictos de derechos. Interpretación

En principio, pareciera ocurrir una colisión de intereses entre el eventual derecho (no obligación) de la víctima del delito o sus familiares de constituirse como querellantes y el derecho de la persona menor de edad de no ser acusado doblemente (Fiscal/querellante), lo cual sin dudas atentaría contra la igualdad de armas entre la defensa y la acusación que iría contra los intereses del imputado menor de edad, por lo que correspondería decidir a favor de la protección especial -convencional- de la persona menor de edad. Máxime cuando no existen en la C.D.N ni todo el corpus iure establecido en el la reglamentación del artículo 19° de la ley 26.061 de “Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (Decreto 415/2006), Opinión Consultiva u Observación General alguna que habilite la acusación privada en el marco de la especialidad.

Esta postura encuentra su fundamento en el principio **“Favor Minoris”**, el cual es una derivación del principio **“Pro homine”** regulado en el artículo 29, b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que fija un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos”⁹ de las personas menores de edad sujetas a un proceso penal.

Por su parte, se interpreta que por aplicación del principio rector del interés superior cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de un niño o adolescente frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

⁹ Pinto Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermeútica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales” Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.-

Por lo tanto, en caso de existir conflicto entre cualquier norma aplicable a personas menores de 18 años de edad de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, deberá aplicarse la que más favorezca los derechos de estos. Este principio, sin lugar a dudas, constituye una pauta interpretativa de trascendental importancia a la hora de cubrir las lagunas que pueden suscitarse en caso de colisión de normas e intereses.

XI.- Jurisprudencia relacionada

Por su parte el Tribunal de impugnación de Rio Negro, respecto a la figura del querellante, ha expresado que “la restricción a su participación en los procesos penales incoados contra menores no implica 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 K4199-) *“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). Asimismo, refiere que sin pasar por alto la gravedad de los hechos denunciados y el dolor y sufrimiento de quien pretende ser querellante, tal circunstancia no puede ir en desmedro del resguardo de derechos y garantías plasmados en normas vigentes, única sujeción legalmente impuesta a los jueces que deben actuar con imparcialidad.¹⁰

“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 protectivo de culpabilidad disminuida y encierro como última ratio de la función penal, todo ello como tarea

¹⁰ **“S. J. F. Y OTRO S/ HOMICIDIO”**, identificado bajo el Legajo **MPF-VI-00728-2017**. el Tribunal de impugnación de Rio Negro, sentencia del 11/06/2018. (Se decidió en favor de los derechos de los jóvenes en atención al trato diferenciado, a su interés superior y a la protección especial convencional)Comentario a fallo de ARIAS, Patricia Alejandra **“NO ES POSIBLE ONSTITUIRSE COMO QUERELLANTE EN UN PROCESO PENAL SEGUIDO CONTRA UN MENOR”**. Consultado online en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89732-rio-negro-no-es-posible-constituirse-querellante-proceso-penal-seguido-contra-menor>

eminentemente estatal, que no puede ser compartida (ni de modo adhesivo ni de modo conjunto) con la querrela privada”¹¹

XII.- Conclusión

En base a todo lo expuesto, se podrían ensayar distintas interpretaciones respecto a la posible participación o no de la querrela particular en el proceso penal seguido contra personas menores de edad.

a) Una de ellas podría ser la prohibición de la constitución del querellante. Esta posición es cada vez más recurrente en las nuevas leyes procesales para personas menores de edad, tal es el caso de Tucumán y Córdoba.

b) Otra posible interpretación sería limitar su intervención en el proceso penal juvenil solo como **querellante adhesivo**, con los límites de las pretensiones ejercidas por el actor penal público. Así, por ejemplo, no podría pedir más pena que la solicitada por el Ministerio Público Fiscal.¹²

c) Por último, interpretación que consideramos como más adecuada y que concilia los intereses de las personas menores de edad imputadas y de las víctimas y/o sus familiares, consistiría en permitir la participación del querellante particular únicamente en la investigación penal preparatoria (I.P.P) y en el debate y no admitir su actuación en la etapa integrativa de sentencias (cesura – Art. 4 Dec.Ley 22.278).

De esta manera podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho, la autoría o participación del imputado menor de edad, ofrecer o producir prueba y argumentar sobre ella, pero no participar en la discusión sobre la necesidad o no de pena, monto y modalidad de la sanción, en caso que la persona menor de edad fuera declarada autora penalmente responsable del delito endilgado.

XIII.- Derechos de las víctimas

¹¹ STJ Río Negro “Fiscalía II Villa Regina” expediente n° 27350/14 STJ, de fecha 29/4/2015

¹² **Proyecto de ley Provincia de Santa Fé. ARTÍCULO 18: Querellante adhesivo. Prohibición de conversión de la acción.** Con fundamento en el principio de especialidad del proceso penal juvenil, sólo será permitida la constitución como querellante adhesivo con los límites de las pretensiones ejercidas por el actor penal público, no siendo aplicable el instituto de conversión de la acción previsto en el artículo 22 de la Ley N°12.734.

En cualquiera de los tres supuestos siempre se deberán garantizar los derechos y garantías de las víctimas o sus familiares y su participación activa en el proceso penal.

Se les deberá garantizar la asistencia a todas las audiencias de procedimiento abreviado, de debate, integrativa de sentencias y de ejecución de la pena.

En el supuesto de no poder o querer asistir de manera presencial deberían poder hacerlo virtualmente, mediante un enlace web (link o hipervínculo) que se le suministrara previamente.

Asimismo, en caso que así lo requieran, se les deberá otorgar la palabra antes de cerrar el debate y/o la audiencia integrativa de sentencias, ya sea de manera presencial o virtual. También debería permitírseles la posibilidad de expresarse de forma escrita, mediante la presentación de una nota al tribunal, la que será leída en la audiencia, previo a otorgarle la palabra al acusado.