La reforma del art. 96 ter del C.P.P. neuquino y el nuevo rol del Ministerio Público de la Defensa

Introducción

El presente tendrá por objeto, intentar resaltar algunos aspectos que podemos entender "criticables" -si se nos permite la expresión-, en relación a la creación de la figura de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente como "parte querellante" obligatoria en el proceso penal, en casos en que se traten delitos previstos en el Título III del Libro II del Código Penal, y de los que pudieren resultar como víctimas niños o adolescentes, esto es menores de 18 años de edad.

Somos concientes de la amplia aceptación que tiene la norma a nivel local, como asimismo el reconocimiento de un rol preponderante otorgado a la Defensoría de Menores e Incapaces en la vecina Provincia de Río Negro; por ello el presente tiene por finalidad enriquecer el debate acerca del texto procesal.

I) Aspecto normativo de la reforma:

Con fecha 14 de noviembre de 2008 fue publicada la Ley Provincial 2605[1] que dispone incorporar al Capítulo VI ("La víctima del delito"), del Título IV ("Las partes y los defensores") del Libro Primero ("Disposiciones Generales") del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, el siguiente artículo:

Artículo 96 ter. En todo proceso seguido por delitos del Título III del Libro Segundo del Código Penal en que sea víctima un niño, niña o adolescente según lo establecido en la ley 2302, desde el primer momento de la investigación se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, conforme lo establecido en el artículo 59 del Código Civil, en representación de los intereses de la víctima menor con iguales facultades que este Código le acuerda al querellante particular, bajo pena de nulidad. Dicha intervención perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño, niña o adolescente opte por presentarse en carácter de querellante particular.

[1] Sancionada:27-8-08; Promulgada:31-10-08, Publicada: 14-11-08

En cuanto a la entrada en vigencia de la norma en cuestión, se dispuso que la misma se concretaría a los 180 días de su publicación, habiendo operado tal plazo el 15 de mayo de 2009.

Respecto a las normas del cuerpo sustantivo que se encuentran sujetas a esta disposición procesal, esa dable indicar que se trata de los denominados "Delitos Contra la Integridad Sexual", previstos y reprimidos por los artículos 119 al 133.

II) Marco jurídico de actuación de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente previo a la reforma procesal penal.

A- Participación en el ámbito procesal de la justicia civil de la familia, niñez y adolescencia.

Comenzaremos el tratamiento de esta cuestión, indicando que conforme las disposiciones de la Ley 2302, el concepto de niño o adolescente contenido en el art. 2º de dicha ley regla, entiende por tal a toda persona menor de dieciocho (18) años de edad.[2]

El mencionado texto provincial, -denominado "Protección Integral del Niño y Adolescente"- establece en su Libro III –"De la Justicia Civil de la Niñez, Adolescencia y Familia"-, la figura del Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente (art. 49).

Allí se distinguen las tareas que desempeñará este Ministerio Público, las cuales tendrán como fin primordial velar por la protección integral de los derechos de los menores; sin perjuicio de lo cual sus funciones y atribuciones se rigen por las disposiciones del art. 59 del Código Civil, y por las demás instrucciones de éste artículo. [3]

---

[2] Conf. Art. 2 Ley Nacional nº 26061 y Art. 1º de la Convención Sobre los Derechos del Niño; entre otros.

[3] **Artículo 49:** El defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, deberá velar por la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes. Será ejercida por su titular, los defensores adjuntos, un equipo interdisciplinario y personal administrativo. Sus funciones y atribuciones, además de las establecidas en el artículo 59 del Código Civil y en la Ley Orgánica de Tribunales, serán: 1) Defender los derechos de los niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés o derecho, privilegiando siempre su interés superior. 2) Asesorar jurídicamente al niño y al adolescente, su familia y sus instituciones. 3) Promover y ejercer las acciones para la protección de los derechos individuales e intereses de incidencia colectiva, difusos o colectivos relativos a la infancia. 4) En todos los casos que sea posible, realizará intervenciones alternativas a la judicialización del conflicto. 5) Interponer acciones para la protección de los derechos individuales, amparo, hábeas data o hábeas corpus, en cualquier instancia o tribunal, en defensa de los intereses sociales e individuales no disponibles relativos al niño y al adolescente. 6) Dar intervención al fiscal ante la eventual comisión de infracciones a las normas de protección a la niñez y adolescencia, sin perjuicio de la responsabilidad civil, de los funcionarios particulares y del Estado, cuando correspondiera. 7) Inspeccionar las entidades públicas y particulares de atención y los programas, adoptando prontamente las medidas administrativas o judiciales necesarias para la remoción de irregularidades comprobadas que restrinjan sus derechos. 8) Asesorar a los niños, adolescentes y sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para la solución de su problemática. 9) Requerir la colaboración policial, de los servicios médicos, educacionales y de asistencia social, públicos o privados, para el desempeño de sus atribuciones. 10) Requerir el auxilio de la fuerza pública para la efectivización de sus funciones. 11) Intervenir en todas las causas judiciales en primera y segunda instancia. 12) En el procedimiento penal su intervención no desplazará al defensor penal.

En cuanto al carácter de representación que ejerce este Ministerio dentro de la esfera de la justicia civil, entendemos que el mismo resulta ser "dual", esto es que además de los representantes necesarios a los que hacen referencia los arts. 56 y 57 del C.C., se integra con la actuación de una rama específica del Ministerio Público, es decir la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente –en el ámbito provincial neuquino-, quien reviste el carácter de representante "promiscuo"[4]

Respecto al concepto de representación promiscua, se entiende por tal la intervención que con carácter necesario y complementario incumbe al órgano que asiste y controla la actuación judicial –para este caso- de los representantes necesarios del incapaz; entendiéndose que el término "promiscua" es utilizado en el sentido de conjunta con la de los representantes necesarios; sin excluirlos.

Entendemos que la remisión que efectúa el art. 49 de la Ley 2302 al art. 59 del Código Civil, permite reafirmar el concepto de la representación promiscua de todos los incapaces; considerándose a este Ministerio Público como parte legítima y esencial en toda cuestión judicial, en la que esté en juego la persona del incapaz –en el caso niños o adolescentes-.

Esto trae a discusión, y dadas las particularidades de la norma, el caso de los menores sujetos a la patria potestad, estos es: si los menores sometidos a la patria potestad tienen como representantes necesarios al Ministerio de Menores, a más de sus padres, que lo son por naturaleza.

Sostenemos que debe concluirse por la afirmativa a este interrogante, ello dada las reformas introducidas por la Ley 17.711 que ha establecido definitivamente que los padres son representantes necesarios de los menores no emancipados (conf. Augusto C. Belluscio y otros -Código Civil y leyes complementarias- Editorial Astrea, págs. 303/4).[5]

B- Participación en el proceso de la justicia penal de la niñez y la adolescencia:

---

[4] Conf. Julio Cesar Rivera (Director) "Código Civil Comentado" Editorial Rubinzal Culzoni, pg.249/250

[5] En éste sentido también se ha interpretado lo señalado por el art. 12.2 de la Convención de los derechos del niño, donde se considera que el niño o adolescente puede (debe) contar con un representante de sus intereses distinto al de sus padres, tutores o representantes legales.- ("La niñez y sus nuevos paradigmas" Néstor Eliseo Solari, Editorial La Ley, pags. 8 y 9)

Comenzaremos este apartado indicando que se encuentra expresamente regulada la participación de la Defensoría Penal del Niño y Adolescente dentro del proceso penal; sin perjuicio de esto, caben mencionar a los fines de una apreciación más vasta de su intervención, aunque más no sea escuetamente, la función específica que le fue asignada dentro del proceso.

En cuanto al aspecto procesal penal, su intervención más amplia esta dada principalmente en relación al menor que hubiera intervenido en la comisión de un hecho delictivo; ello surge de lo plasmado en varias normas aplicables.

1. El primer segmento de su participación esta asignada en el Libro Tercero ("De la Justicia de la Niñez, Adolescencia y Familia), Título III ("De la justicia penal de la niñez y la adolescencia"), Capítulo V ("De los niños y adolescentes inimputables"), al reglar la intervención del Defensor Civil del Niño y Adolescente dispone en su art. 95 "Recibidas las actuaciones, el juez ordenará la notificación de lo actuado por el fiscal, al niño o adolescente y a su defensor. Cuando el niño o adolescente haya sido declarado inimputable por razones de edad o en función del Artículo 34, inciso 1), del Código Penal, la autoridad judicial concluirá la causa penal a su respecto con comunicación al defensor del Niño y Adolescente quien continuará su intervención a efectos de solicitar medidas de protección especial, en caso de ser necesario".

2. El otro grupo que pauta su intervención, esta designada por las Normas Reglamentarias para el Proceso Penal de la Ley 2302 dictado por el Tribunal Superior de Justicia[6] (conforme las disposiciones del art. 104 de la Ley 2302 en trato[7]), establece su notificación cuando se inicie un proceso penal contra un niño o adolescente a los fines establecidos por el art. 49 de la Ley 2302[8]. Asimismo pesa similar obligación al momento en que el Ministerio

---

[6] Aprobado por Acuerdo 3400 del 11 de octubre de 2000 y modificado por Acuerdo 3503 del 15 de agosto de 2001 y Acuerdo 3630 del 18 de septiembre de 2002

[7] **Facultades reglamentarias del Tribunal Superior de Justicia. Artículo 104:** El Tribunal Superior de Justicia dictará las normas reglamentarias necesarias para dar operatividad plena a los órganos de la Justicia que se crean y para la instrumentación de los cambios procesales dispuestos en la presente Ley.

[8] "Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente. A los fines establecidos en el artículo 49 de la Ley 2302, el Fiscal o el Juez, según el caso, deberán hacer saber al funcionario que ejerza las funciones de Defensor de los derechos del Niño y el Adolescente, los procedimientos que inicien respecto de un niño o adolescente".

Público Fiscal proceda a la apertura de la Investigación Preparatoria[9]. En igual sentido debe proceder la vindicta pública al concluir la investigación penal preparatoria y formular –en su caso- la acusación y requerimiento de producción del juicio, debiendo cumplir además de los requisitos del art. 312 del C.P.P., con el deber de notificar, amén de las demás partes, a la Defensoría de los Derechos del Niño[10]. Siguiendo este derrotero normativo, pesa la obligación del Fiscal de notificar la detención que dispusiera del niño sospechado a ese ministerio[11]. Por último cuando finalizara el proceso penal y prosiguiera exclusivamente en relación a una disposición tutelar, se debe comunicar de ello al ministerio en trato a los fines de su participación en los términos del art. 32 y 49 de la Ley 2302[12].

Es allí donde principalmente todo el sistema de protección de los derechos del niño previstos en la Convención apunta a dar mayores garantías –en realidad igualdad de garantías que respecto de los mayores que son sospechados de delitos, dando directrices para dejar de lado el sistema "Tutelar" que mayoritariamente rige en nuestro país-[13]. Sobre éste punto mucho se ha publicado y debatido a nivel nacional, incluso con la presentación de varios proyectos en el congreso nacional uno de ellos elaborado por el Sr. Ministerio de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.

3. Sin desmedro de ello, en cuanto al niño o adolescente víctima o testigo – cuya protección principalmente apunta la reforma procesal-, también encuentra recepción su participación durante el desarrollo del proceso penal, en dos supuestos, a saber: 1) al reglar la declaración testimonial de los niños o adolescente menores de dieciséis años, sólo para el caso que resultare necesario y adoptando los recaudos que eviten o reduzcan los riesgos para ellos, la que previamente debe ser notificada al

---

[9] **9. APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.** Cuando existan elementos suficientes el fiscal dispondrá la apertura de la investigación preparatoria del juicio haciendo constar lo siguiente: **1**. Los datos de identificación del joven imputado. **2.** La enunciación sucinta del hecho o hechos atribuidos. **3.** La mención de los elementos probatorios obrantes en su contra. **4.** La calificación provisional del hecho. Esta resolución se le comunicará al imputado, al defensor penal y al defensor de los derechos del niño, con copia íntegra de la resolución.

[10] **17. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.** La investigación preparatoria concluirá con algunos de los siguientes actos: **1.** Con la acusación y el requerimiento de realización del juicio… La acusación deberá cumplir con las exigencias previstas en el art. 312 del CPP y contener el ofrecimiento de la prueba de que intente valerse. Los medios de prueba deberán ser ofrecidos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad. El Fiscal deberá acompañar las copias necesarias para la comunicación a los imputados, la defensa penal y el defensor de los derechos del niño.

[11] **21. DETENCIÓN.** Si el niño o adolescente fue aprehendido en flagrancia y por hechos que habilitan su punibilidad, el fiscal podrá disponer su libertad y entrega a sus padres o responsables o disponer su detención, conforme lo dispuesto en los arts. 68 y 69 de la ley 2302, comunicándolo de inmediato al Juez, a su familia, al defensor penal y al Defensor del los derechos del niño

[12] **34. INTERVENCIONES TUTELARES E INCIDENTES DE DISPOSICIÓN.** Si los procesos hubieren concluido y prosiguiere la intervención del Juzgado exclusivamente por la disposición tutelar, corresponderá lo siguiente: **1.** Ordenar el inmediato cese de la intervención del Juzgado Penal. Si el joven estuviere internado deberá comunicarlo al Defensor de los Derechos del Niño a fin de que provea lo que corresponda (arts. 32 y 49 de la ley 2302). Si estuviera dentro de otro programa institucional, lo hará saber también a la autoridad administrativa a los fines del art. 31. En todos los casos se le hará saber al niño o adolescente, sus representantes y al Defensor de los Derechos del Niño…

[13] Principalmente en el art. 37 de la Convención de los derechos del niño y también en el ámbito internacional en las Reglas de Beijing (17.3).-

defensor de los Derechos del Niño y Adolescente[14]; 2) y al indicar que durante el desarrollo del debate no se citará a prestar declaración testimonial a ningún menor de doce (12) años sin dictamen previo de este Ministerio, planteando como excepción que las circunstancias del caso permitan presumir que no existe de daño psíquico o grave compromiso emotivo. En cuanto a las demás salvedades, cabe remitirse al contenido de la norma[15].

En este mismo sentido de análisis, cobra importancia lo consignado expresamente el art. 49 de la ley 2302, que impone como obligación de este ministerio del niño, dar intervención al fiscal ante la eventual comisión de infracciones a las normas de protección a la niñez y adolescencia (inciso 6to.), entendiendo por aplicación pacífica de sus funciones (incisos 1ro., 2do., 3ro., 5to. y 11vo.), que dentro de este deber se encuentra la denuncia de los delitos de acción pública que llegaran a su conocimiento. Ello en clara concordancia con lo establecido por el art. 160, inciso 1° del C.P.P. neuquino (Obligación de denunciar) y el art. 249 del Código Penal de la Nación (Incumplimiento de los deberes de funcionario público).

En correlato con ello cabe apuntar que la Convención de los Derechos del Niño –documento que ha sido el impulsor de las reformas en los distintos estados, y principalmente desde la incorporación en nuestro sistema con rango constitucional- se ocupa puntualmente contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, generando responsabilidad a los estado para adoptar "todas las medidas legislativas, sociales y educativas para proteger al niño"[16]. Pero mas allá de esta expresión genérica, indica puntualmente en que convendrán estas medidas de protección indicando "deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y quienes cuidan de él, así como otras formas de prevención ".

---

[14]**Testimonios durante la investigación. Artículo 98:** Durante la investigación, los funcionarios de Policía sólo podrán recibir declaración testimonial a un niño o adolescente de menos de dieciséis (16) años si resultara estrictamente necesario, mediaren razones de urgencia y no hubiere riesgo alguno para su integridad psíquica. Los fiscales y jueces ordenarán el testimonio de niños y adolescentes de la edad indicada sólo si resulta necesario y adoptando los recaudos que eviten o reduzcan los riesgos para aquéllos. La audiencia se notificará al defensor de los Derechos del Niño y Adolescente…"

[15]**Declaración testimonial en juicio. Artículo 99:** No se citará a prestar declaración testimonial a ningún niño menor de doce (12) años, sin dictamen previo del defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, a menos que las circunstancias del caso permitan presumir que no existe riesgo de daño psíquico o grave compromiso emotivo. El juez no estará obligado por ese dictamen, pero deberá fundar expresamente la decisión en contrario. En tal caso se tomarán en audiencia privada, a la que sólo podrán asistir las partes y el defensor del Niño y del Adolescente. El juez o Tribunal sólo autorizará la declaración de un niño o adolescente en audiencias públicas cuando no exista riesgo probable de daño psíquico o compromiso serio para su privacidad."

[16] Art. 19 de la Convención.-

III) La Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente como parte querellante en el proceso penal

a) El nuevo rol

Siguiendo a la literatura tradicional en la materia, puede entenderse entre nosotros al querellante como la persona que, además del Ministerio Público Fiscal, se encuentra autorizada por la ley a perseguir penalmente en un procedimiento penal; indicándose además que dentro de las esfera de los denominados delitos de acción pública, dependientes de instancia privada, se denomina así a la persona de Derecho público o privado, portador de un bien jurídico afectado o puesto en peligro por el hecho punible concreto que es objeto del procedimiento, esto es sintéticamente, al ofendido por el hecho punible, en lenguaje usual para el derecho material[17]

La intervención que le corresponde, se encuentra establecida en la normativa provincial neuquina en el art. 70 del C.P.P.[18], en cuanto establece que "Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal a 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. En caso 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 sólo acto, observando los requisitos para ambos institutos".

En las diferentes jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha sido ampliamente reconocido el rol que le compete a quien ha sido víctima o bien damnificado por un hecho delictivo. Las denominaciones que se le otorgan a dicha "parte" dentro del proceso penal no son pasibles de similar denominación (por ejemplo "Particular Damnificado" en el Código Procesal bonaerense), y si bien existen divergencias en cuanto a su extensión de acción en el proceso penal, todos tienen la nota común de que se trata

---

[17] Maier, Julio B. J. En "Derecho Procesal Penal- II Parte General, Sujetos Procesles", Editorial Del Puerto, pág. 680/681

[18] Similar al art. 82 y ssgtes. del C.P.P.N.

siempre de quien ha sido dañado o perjudicado por el hecho ilícito penal, ya fuera la propia víctima o un tercero legitimado al efecto.

En este aspecto, es dable señalar lo resuelto por la C.S.J.N. en el resonado caso "Santillán"[19] en relación al querellante del código procesal nacional, en torno a que una vez reconocido su rol ya no puede ser cercenado ni limitarse el derecho que nace del mismo, reconociéndosele una extensión plena con legitimación sustancial y procesal hasta para recurrir ante el propio Cimero Tribunal de la Nación; como también el derecho al pronunciamiento de una sentencia fundada previo juicio llevado el legal forma (C.S.J.N. "Tarditi" 16/09/2008 entre otros).

Como corolario de ello, el art. 96 bis del C.P.P. neuquino, establece que la víctima del delito desde el inicio del proceso penal y hasta su finalización tendrá derecho, entre otras cuestiones a ser informado sobre las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en querellante o actor civil[20].

Entendemos, siguiendo a Maier que la participación del ofendido como sujeto del procedimiento penal, en el caso en trato en calidad de querellante, "parte del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, plenamente vigente en materia relativa a su propio interés particular"[21]; continúa sosteniendo el prestigioso procesalista que "La víctima puede por su propia decisión, no participar en el procedimiento; más aún, así sucede cuando la víctima omite participar –objetivamente-, aún sin tomar una decisión consciente acerca de esta omisión".

Es así que se torna prudente, informar al supuesto ofendido acerca del procedimiento y de las facultades que puede ejercer en él; situación que se observa cumplida con claridad en el procedimiento provincial penal (y también en el régimen de niños y adolescentes, obsérvese el

---

[19] (CSJN causa 98.296, sent. Del 13/08/1998, publicado en La Ley 1998-E- 331)

[20] **Artículo 96 bis.** Desde el inicio de un proceso penal y hasta su finalización, la víctima del delito tendrá derecho: a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes. b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente lo requiera. c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia. d) A ser informado sobre las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en querellante o actor civil e) A que se le informen los resultados del acto procesal en el que ha participado, el estado de la causa y la situación del imputado. f) Cuando se tratare de una persona menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por una persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido. Los derechos reconocidos en este capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primera citación.

[21] Maier, Julio B.J. obra citada, pág. 630

contenido de los arts. 97 y ccdtes. de la Ley 2302 y lo relativo a la actuación que le corresponde a la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente; como la normativa contenida en la Ley Nacional 26061 y constitucional provincial pertinente[22]).

Lo que entendemos es que mediante la incorporación de este articulado se ha desalojado nuevamente a la víctima del conflicto y ha sido reasumido otra vez por el Estado; nótese en este concepto que la actuación continuara "...durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño, niña o adolescente opte por presentarse en carácter de querellante particular."

Esto demuestra una vez más la concepción "inquisitiva" y "paternalista" que mantiene el cuerpo procesal penal imperante aún en la provincia del Neuquén (pese a los proyectos de reforma existentes en el ámbito legislativo para su tratamiento que tienen todos ellos una diferente orientación), lo que encuentra nuevos bríos con la creación de normas de este tipo.

Sin desmedro de las intenciones expuestas por los legisladores al tratar el proyecto, el resultado es *la expropiación de las facultades de la víctima* al crear –en forma paralela al Ministerio Público Fiscal- una nueva suerte de Acusador Público, desplazando por completo la voluntad del damnificado en el proceso penal, al fomentar un nuevo instrumento del control estatal directo sobre los ciudadanos.

Esto refleja la nueva estatización del conflicto; que hacer renacer el sentimiento de "convidado de piedra" de la víctima dentro del sistema penal. El Estado se encarga así de legitimar a un organismo dependiente del Ministerio Público (art. 120 de la C.N.) como portador facultado de

---

[22] Const. Prov. **"Niñez y adolescencia: Artículo 47** La Provincia reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, les garantiza su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea, de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que queda incorporada a esta Constitución, en las condiciones de su vigencia. El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho su efectiva y plena realización. Es prioritaria la efectivización de tales derechos, en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas. El Ministerio Público a través de órganos especializados y los demás órganos competentes, promueve por sí o promiscuamente, todas las acciones útiles y necesarias para la protección y promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, privilegiando su interés superior.

Const. Prov. **"Víctimas de delitos Constitución Provincial Artículo 69** Toda persona víctima de un delito tiene derecho a una asistencia integral y especializada en forma inmediata, con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, conforme lo determine la ley."

la acusación junto a la Fiscalía, subrogándose la voluntad de la víctima o sus representantes, regresando así a etapas superadas del paternalismo estatal.

b) *Dos Ministerios Públicos en hechos en que resulten víctimas niños o adolescentes? Y los derechos del sospechado?*

Además de ello, otra apreciación parece ajustada al caso, esta es la relativa a que permitir la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente habilitaría al Estado actuar por una doble vía, ya que no solo contaría con el impulso propio que debe regir la función del Ministerio Público Fiscal que debe intervenir en todos los delitos de acuerdo a lo establecido por el art. 71 y cdtes. del C.P., sino que además existiría este funcionario del ministerio del niño, que también impulsará la acción penal contra el imputado.

En este supuesto es claro que existiría una duplicidad de acusadores y funciones con un mismo interés (situación que entendemos no ocurre con la víctima). No se percibe cual es entonces la verdadera necesidad de dotar a la administración de justicia de la posibilidad de ser acusadora (¿particular?) para responder -tal vez en la intención del legislador- a la desconfianza que pudiera despertar la actuación del Ministerio Público Fiscal.

Sobre ello, entendemos que dentro de las funciones que corresponden a la fiscalía, se encuentra justamente la de velar por los intereses de los menores, permitiéndonos citar –entre otras numerosas norman que avalan esta tesitura- el art. 39 y 40 de la Ley 24.946 "Ley de Ministerio Público" (si bien no de aplicación directa a esta jurisdicción provincial) en cuanto regla que dentro de las funciones que competen a la fiscalía se encuentra la de realizar los actos procesales y ejercer todas las acciones y recursos necesarios para el cumplimiento de los cometidos que fijen las leyes (conf. Art. 39); y en la misma directriz debe regir su proceder conforme los deberes y atribuciones establecidas en el art. 40 de ese texto legal que le imponen promover la averiguación de los delitos que llegaren a su conocimiento por cualquier medio, velando para que en las causas se respete el debido proceso legal, requiriendo para ello las medidas necesarias ante los jueces o ante cualquier otra autoridad administrativa.[23]

[23] **ARTICULO 40.** — En particular, los Fiscales ante la justicia de primera instancia en lo Criminal y Correccional tendrán los siguientes deberes y atribuciones: a) Promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos y contravenciones que se cometieren y que llegaren a su conocimiento por cualquier medio, velando para que en las causas se respete el debido proceso legal, requiriendo para ello las medidas necesarias ante los jueces o ante cualquier otra autoridad administrativa, salvo aquellos casos en que por las leyes penales no este permitido obrar de oficio. b) Hacerse parte en todas las causas en que la acción pública criminal o contravencional fuere procedente, ofreciendo pruebas, asistiendo al examen de testigos ofrecidos en la causa y verificando el trámite de las otras pruebas

Otro aspecto que deriva de esta duplicidad de acusadores públicos, es el modo en que ello puede afectar las garantías de defensa en juicio del sospechado. En un análisis sencillo de éste aspecto, vemos que como mínimo se observa un desequilibrio en lo que procesalmente se denomina la "igualdad de Armas" que debe garantizar el sistema penal. Vemos que dotar en estos casos de dos acusadores con amplias prerrogativas dentro del proceso, genera un claro desequilibrio en las partes, lo que puede acarrear eventuales planteos en éste sentido, lo que no parece haber sido tenido en cuenta al momento de sancionar la reforma.-

c) *Y el criterio de objetividad?*

Otra cuestión que suscita ambigüedades es, si como parte integrante del Ministerio Público (conf. Art. 120 de la C.N.), y dado su carácter de querellante, pesa sobre la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, el criterio de "objetividad" que reposa sobre el funcionamiento de la vindicta pública. Si bien es sumamente debatido el alcance de este concepto, nos permitiremos –para el caso- circunscribirlo a la recepción que efectuara del mismo nuestro cimero tribunal nacional al establecer que "...Cabe tener en cuenta que a pesar de que el Ministerio Público Fiscal es una de las "partes" en la relación "triangular" en la estructura de nuestro sistema criminal, sus integrantes tiene el deber de actuar con objetividad, ello implica que deben procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus requerimientos o conclusiones, ya sean contrarias o favorables al imputado[24]". Conceptos similares a este son mantenidos por distintos doctrinario, en cuyo aspecto puede citarse a Bertolino quien al ocuparse de esta significación sostuvo que la actuación del Ministerio Público Fiscal debe ser "desinteresada o desapasionada"[25], debiendo atenerse a la realidad objetiva, para llegado el caso, incluso no acusar[26].

---

presentadas en el proceso. c) Ejercitar todas las acciones y recursos previstos en las leyes penales, contravencionales y de procedimiento, cuidando de instarlos cuando se trate de prevenir o de evitar una efectiva denegación de justicia.

[24] Cfr. Fallos: 327:5863, causa "Quiroga, Edgardo Oscar" resuelta el 23/12/2004. En este fallo el concepto fue vertido por el Sr. Ministro Juan Carlos Maqueda, considerando n° 30

[25] Cfm. Bertolino, Pedro. Un bosquejo del "criterio objetivo" en la actividad del Ministerio Público Fiscal. En Revista de Derecho Procesal Penal RubinzalCulzoni, Santa Fe n° 2008-1, p. 47

[26] idem anterior, pgs. 51

En este aspecto, entendemos que la actuación de este Ministerio de la Defensa debe ineludiblemente atenerse a estos principios comentados en el párrafo precedente, pues en su intervención como acusadora deberá respetar en un todo las disposiciones del art. 120 de la Constitución Nacional que le impone a los órganos que la integran, la obligación de sujetar su actuación en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad por sobre los particulares.

Otra posibilidad dudosa se presenta en torno a la actuación de la Defensoría de los Derechos del Niño, en el supuesto en el que el Ministerio Público Fiscal renunciara a la pretensión punitiva, en cualquiera de sus formas de concreción (solicitando el sobreseimiento, no apelando el dictado por el órgano jurisdiccional, o bien absteniéndose de requerir condena al alegar en el debate oral y público, entre otros supuestos). Esta circunstancia conllevaría observar la facultad que le compete a este ministerio de proseguir en forma directa la imposición de sanción penal, plasmando un criterio contrario al sostenido por la fiscalía, o sea demandando para sí la titularidad directa y exclusiva de la acción penal pública, reservada en principio a los fiscales investidos por la Constitución y las leyes (artículo 120; ley 23.984), desnaturalizando así las reglas básicas que conducen el proceso penal.-

d) Cual es la función de la Defensoría de los derechos del Niño y adolescente?

Otro aspecto que puede verse con ello, es la desnaturalización de la función primigenia de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente.

Los funcionarios de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente realizan una trascendente tarea tanto en la esfera de lo judicial como de lo extrajudicial, determinando una amplitud no siempre bien delineada, lo que suele aparejar conflictos en cuanto a su intervención.

Desde la jurisprudencia se ha puntualizado que: "La intervención del asesor de menores debe conjurar los derechos inherentes a la persona y los intereses de los incapaces con la observancia de las leyes y del orden público, como una de las finalidades del ordenamiento jurídico; y si bien protege el interés particular de los individuos aisladamente considerados, representa en definitiva la suma de los intereses de la colectividad[27].

[27] CNCiv., sala G, 22/6/89, ED, 135-718.

Es más dicha actuación podría resultar hasta perjudicial a los intereses de su asistido; ello toda vez que su actuación debe conjugar los intereses inherentes al niño o adolescente y la rigurosa observancia de las leyes y del orden público como una de las finalidades del ordenamiento jurídico; pues si bien protegerá el interés individual del menor, su representación en definitiva conforma la suma de los intereses de la colectividad. Por ello cuando la pretensión del representado fuere injusta, el Sr. Defensor –como parte integrante del Ministerio Público- faltaría a la verdad propiciándola, porque contraría el verdadero interés del incapaz, que es la conformidad con la justicia[28].

Y su actuación no debe confundirse con la del abogado del Niño, figura que crea el art. 27 inc. C) de la ley 26061, pues mientras que el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio incapaz, sin sustituir su voluntad, el Ministerio Público de Menores es el representante que en todo asunto judicial y extrajudicial la ley argentina le asigna al niño para defensa de sus derechos, también en consonancia con la representación establecida en el art. 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño[29].

Compartimos este concepto vertido por los autores Medina y Moreno en esa publicación; entendiendo que pese a las buenas intenciones, resulta desatinado lo esgrimido por el miembro informante en el debate parlamentario de esta norma, en cuanto sostuviera que mediante la sanción de esta modificación se estaría dando resguardo al deber de la asistencia letrada que les corresponde brindar al Estado a los menores víctimas en los procesos penales[30].

Entendemos que bien puede esta Defensoría verificar si el menor que pretende ejercer el derecho de intervenir y ser oído en el proceso requiere de "representación" para satisfacer sus facultades y ejercer la querella, y nada obsta que sea este Ministerio quien determine específicamente esta necesidad, y por su intermedio se obligue al Estado a cumplir con su

---

[28] Belluscio-Zannoni "Código Civil Comentado..." Editorial Astrea, pág. 305 y sus notas

[29] MEDINA, Graciela, -MORENO, Gustavo Daniel, "Sobre la defensa técnica de las personas menores de edad y la cuestionable sanción a un abogado que permitió a un mayor de catorce años hacerse oír por sí en tribunales", SJA 9/6/2004, JA 2004-II-4.

[30] "Mediante la sanción del presente proyecto de ley, se estará dando un paso más destinado a garantizar, esta vez en serio, la tutela judicial efectiva prevista -generosamente- en cuanta normativa sobre niñez y adolescencia se busque, pero que en la práctica y en muchas ocasiones se convierte en letra muerta. Así, en el orden nacional rige la Ley 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que les acuerda a estos el derecho de ser oídos ante la autoridad competente cada vez que así lo solicita, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte, garantizando además que pueda ser asistido por un letrado desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya" Transcripción taquigráfica de la Honorable Cámara de Diputados de la Pcia. del Neuquén, Reunión n° 21, Sesiones ordinarias n° 17, Sesión del día 14 de agosto de 2008. INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 93 TER AL CÓDIGO PROCESAL PENAL (Expediente D-062/08 – Proyecto 5871 y agregado Expediente D-156/08 – Proyecto 5973)

obligación de proveer la asistencia de un letrado especializado en la materia, por intermedio de los Colegios de Abogados.

Es interesante observar los estudios que se realizan en la materia relacionados a los derechos de los menores de intervenir como partes querellantes en los procesos, que derivan de su derecho de acceso a la jurisdicción o de tutela judicial efectiva[31]; como asimismo la recepción que dicha intervención ha tenido ante los órganos jurisdiccionales[32]

Mantenemos obviamente el criterio rector previsto en la ley 2302 en cuanto a la obligatoriedad de la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente durante todas las etapas del proceso penal en el cual el menor sea tanto víctima como acusado; pero ello sin desnaturalizar la función específica para la cual fuera creado este Ministerio de Menores, la cual entendemos se encuentra trastocada con la reforma producida.

Cierto es que la figura del fiscal no suple en todos los casos la intervención de la víctima menor en el proceso, pero permanece latente su facultad de constituirse en parte querellante por propia voluntad, conservando así todos y cada uno de los derechos que se les acuerdan, y así actuar y trazar estrategias distintas a las escogidas por el Ministerio Fiscal para concretar la búsqueda de un pronunciamiento definitivo en el que se establezca la existencia o no de la acción juzgada; aún cuando el fiscal decida quedarse en el camino.

d) Cuenta el sistema judicial con la cantidad de funcionarios para atender la reforma procesal.-

No podemos dejar de mencionar tampoco el hecho de la problemática que generará la aplicación de esta norma en la "praxis judicial" de la provincia del Neuquén. Basta hace una simple suma de todas las personas que deberán intervenir en el proceso (todos ellos

[31] Gabriel González Da Silva "Los Derechos Fundamentales de Niñas, Niños y Adolescentes a denunciar y querellar" en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2008-1, Rubinzal Culzoni, págs. 207/237, entre otros.

[32] Trib.Cas.Pen. de Buenos Aires, Sala segunda, 28-12-2006, c. 24.057 "Grassi, Julio Cesar s/Recurso de Queja interpuesto por el particular damnificado"

operadores del sistema judicial de representación estatal) y observar la cantidad de agentes actualmente en funciones (principalmente en el interior de la provincia) para darse cuenta de las dificultades que ello va a generar, incluso en desmedro de la posibilidad de llevar a cabo medidas que permitan esclarecer el hecho.

Es decir, además de un juez, un fiscal, vamos a necesitar en una causa en la que resulte víctima un niño y adolescente, un defensor que asesore al sospechado, otro que intervenga como Asesor de los Derechos del Niño en el proceso y un tercer Defensor Público que lo haga en representación de lo intereses del niño con facultades de querellante, es decir que en estos proceso como mínimo debemos contar con cinco funcionarios (en realidad seis si sumamos al Secretario que debe asistir al Juez) para poder dar inicio a una investigación por delitos previstos en el Libro Segundo, Título tercero del Código Penal.-

Creemos que este complejo andamiaje, en vez de proporcionar una mejor garantía a los intereses del joven víctima, hará que en la "praxis" se vea perjudicada, por lo menos en el inicio, la recopilación de elementos de prueba.-

No cuenta el sistema judicial con la cantidad de funcionario del Ministerio de la Defensa para dar respuesta a la necesidades que el nuevo sistema propone –principalmente esta dificultad de observará en las circunscripciones del interior de la provincia.-

d) Conclusión:

Como hemos desarrollado a lo largo de estas líneas, entendemos que la reforma introducida no hace mas que trastocar el modo en que el proceso penal debe transcurrir. Incluso puede generar algunas objeciones en cuanto al desequilibrio que puede producir entre las partes del proceso. Se observan reparos en cuanto al criterio de objetividad que debe tener el representante del Ministerio Público en su actuación –si lo hace como representante exclusivo del niño y adolescente-, y se distorsiona la actividad que debe efectivamente realizar el Asesor de los derechos del niño y Adolescente en el proceso penal.-

Otro dato será ver como y a que operadores del sistema se le asignan las atribuciones que atribuye la reforma procesal, puesto que la cantidad de defensores oficiales (al menos en el interior de la Provincia del Neuquen) resultan insuficientes para dar una respuesta, lo que implicará sin dudas traslados de otros profesionales de jurisdicciones cercanas y/o la designación de abogados de la matricula como defensores "ad hoc" trastocando así todo el delicado sistema judicial.-

Si bien no debemos analizar al estado como una empresa privada, creemos que la distribución de los recursos del estado tendientes a garantizar los derechos de los niños y adolescentes estarán mejor destinados a brindar una sólida formación familiar, a garantizar su alimentación y educación –incluyendo aquellas destinadas a la educación sexual y planificación familiar- que efectivamente harán a mediano plazo disminuir el número de casos que deban resolverse dentro del sistema penal, lo que a nuestro modo de ver brindará una efectiva tutela a los derechos y garantías que consagra el contexto legal vinculado a niños y adolescentes .-

Tampoco se no escapa el hecho de que no todos los delitos previstos el en título tercero del Libro segundo del Código penal son delitos dependientes de instancia privada[33], lo que podrá generar complicaciones en cuanto al régimen de las acciones con la intervención de la nueva figura, tema que presentará un tratamiento mucho mas profundo.-

No podemos concluir estas líneas sin dejar de destacar que contrariamente a los conceptos aquí vertidos, se alzan por demás justificadas razones que llevan a propiciar un temperamento contrario al aquí sostenido; pero ello forma parte del debate que amerita la reforma introducida.

[33] solo los delitos previstos en el 119, 120 y 130 lo son.-