En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 18 días del mes de marzo del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Juan Pedro Cortelezzi, Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "DEFENSOR PARTICULAR Incidente s/ Excarcelación – AUTOS 79 –163 - 2006. F. , D. H. " (Expediente 20.491 – 217 - 2006).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 139: Panizzi, Pfleger y Cortelezzi.

El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I) Con fecha 23 de marzo del año 2006, el Juez de Instrucción de la Ciudad de Esquel, Jorge Alberto Criado, resolvió denegar la excarcelación solicitada a fs. 1/2 del incidente, por el acusado H D F, lo que motivó que éste apelara la decisión mediante la presentación cosida a fs. 10/12.

II) Tal impugnación fue resuelta con fecha 18 de abril de 2006 por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, por razón de la sentencia agregada a fs. 72/74 vta., en la que los magistrados Nelly García y Jorge Eyo por mayoría –el Juez Benjamín Moisá votó en disidencia- declararon insubsistente la acción, ordenaron devolver la causa al juzgado de instrucción, a sus efectos, y dispusieron la inmediata soltura del detenido.

Los camaristas juzgaron que la acción no se había instando correctamente, en tanto la denuncia del caso la había efectuado el abuelo de la menor víctima ante la ausencia momentánea de sus progenitores, lo que juzgaron un vicio sustancial que afectaba la intervención del Ministerio Público Fiscal —de conformidad con lo previsto por el artículo 149, inciso 2° del Código Procesal Penal— y declararon insubsistente la acción.

III) Contra esa resolución se alzó en casación el Fiscal General, doctor Fernando Luis Rivarola, fundamentando su impugnación en el artículo 415, inciso 1° del ordenamiento ritual, por considerar que el fallo de la Cámara de Apelaciones del Noroeste adolecía de un vicio sustancial que afectaba su intervención.

Señaló que la resolución carecía de sostén lógico y jurídico, al no haber explicado los jueces que formaron la mayoría el alcance que le daban a los términos "acusación o denuncia del agraviado" empleados por la ley penal, ni de qué modo el supuesto vicio de la intervención Fiscal constituyó una causal de nulidad de tipo absoluta o general.

Destacó una errónea aplicación al caso, del artículo 72 del Código Penal, para lo cual llevó a cabo una reseña de los actos procesales que configuraban la ratificación por parte de los progenitores de la víctima, de la inaugural denuncia del abuelo.

Hizo reserva de plantear el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV) El remedio fue concedido por la Cámara de Apelaciones a fs. 88/89 y mantenido en esta instancia a fs. 96 y fs. 120/121.

El defensor de confianza del acusado, doctor F. E. B. , hizo su descargo a fs. 103 y lo reiteró a fs. 122/123.

A su turno, el Defensor General doctor Arnaldo Hugo Barone, presentó un dictamen en el marco de la representación que le compete al Ministerio de Menores, que amplió a fs. 125/127 vta. el Defensor Jefe, doctor Alfredo Pérez Galimberti.

V) Analizada la cuestión motivo de impugnación, reflexiono que la interpretación que del art. 72 del C.P. ha hecho el titular de la acción penal, en los argumentos que esgrimió, se ajusta al sentido más obvio al entendimiento común.

Cierto es que la acción fue instada en sede policial por el Sr. L. A. M. , abuelo paterno de la víctima, en su calidad de guardador provisorio, quien reveló actuar al haber tomado conocimiento del hecho, de su presunto autor y encontrarse ausentes, temporariamente, los padres de la niña.

Cuando ambos progenitores se enteraron de la denuncia, no manifestaron su voluntad de suspender la investigación, no se opusieron. Eso es lo que surge de las constancias obrantes en la causa. Al contrario, acompañaron a su hija al momento de prestar declaración testimonial en Cámara Gesell (acta de fs. 57), en la entrevista realizada por el Servicio de Asistencia a la Víctima (fs. 82/83) y en el encuentro que Y. tuvo con el psicólogo del Equipo Técnico Interdisciplinario (fs. 89/vta.), incluso ellos mismos dieron testimonio de todo cuanto sabían en sede de la fiscalía (actas de fs. 77/78 y fs. 79/80).

Es indiscutible, entonces, que los representantes legales de la adolescente la asistieron en todas las instancias del proceso, proceder con el que validaron la actuación jurisdiccional.

Una interpretación diversa a la aquí expuesta implicaría el desconocimiento de que el artículo 72 del Código Penal fue sancionado para proteger a las víctimas, evitar el escándalo público y la revictimización que implicaría la actuación de oficio. Pero una vez iniciada, la acción debe concluir.

No hubo, en este caso, causas legales que impidieran el ejercicio de la acción penal (delito dependiente de instancia privada) y es inevitable concluir que, preservando el interés superior de la niña, debió tenerse como legítimo el inicio que a la persecución penal dio la denuncia formulada por su abuelo.

El perjuicio es, justamente, el que causa la sentencia N° 19/06 dictada por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, pues los magistrados no sólo omitieron expedirse sobre la cuestión que les fuera llevada a resolución, sino que además analizaron la procedencia de la acción con un criterio divergente al espíritu de la norma que establece el ejercicio de las acciones dependientes de instancia privada.
Aunque la denuncia que instó la acción no fue realizada ni por la damnificada –menor de edad– ni por sus representantes legales, el acto fue puesto en efecto por una persona que ejercía la guarda provisoria de la niña, su abuelo paterno, y que actuó debido a la ausencia circunstancial de aquellos. La investigación podría haberse iniciado aun de oficio por el representante del Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 72, penúltimo párrafo, por razón de la ausencia de sus padres de la ciudad.
La actuación del abuelo paterno de la damnificada, como quedó dicho, se vio ampliamente convalidada por la actitud que asumieron los padres de Y. al enterarse de lo sucedido y ni los argumentos de la Cámara de Apelaciones del Noroeste, ni la carta documento que la Sra. V. B. F. –madre de la damnificada- envió a este Superior Tribunal de Justicia manifestando una extemporánea voluntad de no proseguir con la acción, pueden desmantelar toda la actividad del Ministerio Público Fiscal desarrollada en la causa. Ello es así porque una vez habilitado legalmente el órgano del Estado que tiene el deber de investigar un hecho delictivo, por medio del Ministerio Público, continuará con ese deber por haberse transformado ya en pública la acción.
Por lo expuesto, propicio a mis colegas de Sala hacer lugar al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal a fs. 78/86 del incidente, y declarar la nulidad de la sentencia N° 19/06 dictada por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, debiendo devolverse la causa a sus efectos.
Así voto.
El Juez Jorge Pfleger dijo:
I. Con el sufragio disidente de uno de sus miembros, la Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut declaró, por sentencia del 18 de abril del año de dos mil seis, que la acción penal resultaba insubsistente en un caso que involucraba la imputación de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 incisos 1° y 3° y 45 del Código Penal) y que había merecido el dictado de auto de procesamiento con prisión preventiva en perjuicio del atribuido, D. H. F. , en desmedro de Y. A. M. .
La decisión jurisdiccional fue emitida en el incidente de excarcelación que había llegado a sus estrados por vía del recurso de apelación del defensor de confianza, F. B. .
Fundamento de ese criterio, que importó también la inmediata libertad del imputado, lo fue que en atención “...a las constancias del expediente principal y en el ejercicio del contralor de constitucionalidad...” se percató que no estaba “...correctamente instada la acción, ya que en este caso la denuncia la efectúa el abuelo ante la ausencia momentánea de los padres de la menor...” y por consecuencia estaba vedado el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal y la potestad jurisdiccional...”. (ver la decisión de fs. 72, el encomillado es textual).
En contra de ello dedujo casación el Ministerio Público Fiscal (ver fs. 78/86) recalando los autos en la Sala, estrados ante los que presentaron informes el señor Defensor Particular del atribuido (ver fs. 103 y 122/123) el señor Defensor General de la Provincia como representante promiscuo de la menor (ver fs. 112/ 116) y el señor Procurador General (ver fs. 120).
La madre de la afectada envió la carta documento que está a fs. 92.
II. Esta semblanza, breve, es suficiente prólogo para el abordaje del tema que convoca.
Me lo permite la excelente tarea de relación que efectuara quien me precede en el voto; todo agregado devendría en un abuso de la palabra.
III. Puesto en camino, expongo, en primer lugar, mi reparo en perjuicio de la posición que ha dado mayoría a la sentencia que se conoce.
En primer lugar digo, y no me complace, que la interlocutoria atacada posee el vicio de la arbitrariedad por ausencia de fundamentos.
Es de Perogrullo que, en una República, todo los actos de los poderes públicos han de ocurrir nutridos de razones. Y razones producto del análisis crítico de las circunstancias que las provocan, en lo particular, de la situación de hecho y de la norma jurídica que causa la decisión. Ello torna comprensiva la emisión hacia los destinatarios y favorece la tarea de control.
De los atributos necesarios carece esta interlocutoria.
Para hacer cesar el ejercicio del poder punitivo no es dar razón la mera remisión a las constancias del expediente principal, la alusión a quien formuló la denuncia y la parcial exposición de una opinión dogmática, con los olvidos que resultan palmarios, según lo dicho.
Esta es el primer argumento, reitero, para revocar la que se inspecciona.

Pero hay un segundo punto que no puedo ni quiero soslayar y que conduce, contrariando la respetable y no compartida exposición del asistente técnico del imputado y del representante promiscuo de la damnificada, al mismo puerto de arribo.
Esta segunda tópica involucra la habilitación de la instancia y la legitimidad de la actuación pública que creo válida hasta el momento.
Me permitiré un lapso. El sistema judicial, y lo señalo para marcar una posición, no es una "agencia". Las palabras, que en el lenguaje científico (y el derecho es ciencia) han de ser precisas, como en el natural, resultan de suma importancia. Ellas condicionan al pensamiento y éste precede siempre a la acción, de suerte que las acciones se realizan luego de ser pensadas y pensar implica, antes, la utilización del lenguaje apropiado.
Agencia, científica o naturalmente, como se quiera, es, para la Real Academia de la Lengua, 1. Oficio o encargo de agente. 2 Oficina o despacho del agente. 3. Empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o a prestar determinados servicios. Agencia de publicidad, de seguros. 4. Sucursal o delegación subordinada de una empresa. y 5. Organización administrativa especializada a la que se confía la gestión de un servicio. Agencia estatal de la Administración tributaria. Agencia de medio ambiente.
Como se puede percibir, la noción de gestión empresaria o de organización administrativa encargada de un servicio, es la denotación que el vocablo alcanza, marcando los límites de su connotación. Y eso no es, al menos para mí, el ejercicio del Poder Judicial. Una de las divisiones del poder del Estado o, como se diría en una mala traducción del inglés, una "rama del gobierno".
Prolongo el lapso. Una advertencia sobre crítica al pensamiento positivista.
En el desarrollo del pensamiento, en su historia, el positivismo ha cumplido un rol fundamental durante la modernidad en el plano de evolución de las ideas. La necesidad de la comprobación científica de los fenómenos naturales y sociales fue una clara reacción a los peligros del romanticismo y de su turbulencia. Comte, Darwin, Spencer, Marx, Freud, Kelsen por citar los paradigmáticos, procuraron explicarse el mundo y sus fenómenos a través de métodos científicos que entrañaron un claro avance de la humanidad en la búsqueda de la libertad y la igualdad, para aventar los peligros de la oscuridad y de la magia.
No niego las desviaciones, pero señalo, frente a la rotunda exposición del Defensor General de la Provincia, mi punto de mira.
Salvado este problema intelectual, voy al grano.
Tiempo ha, me expedí en autos "M. , F. E. s/Abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con corrupción de menor (dos hechos)" (Expediente N° 19.700 – F° 113 - Año 2004) sosteniendo que "...El deferir a los damnificados o sus representantes la clave para habilitar la actuación del Estado en los casos como el que ocupa, ofensas a la libertad sexual, encuentra su sentido y justificación en la especial protección al decoro, a la intimidad, al secreto personal y familiar del damnificado, para evitar que sucumban ante el escándalo o estrépito que producen....".
Dije allí que debía de tenerse en cuenta de modo fundamental que: "... En los delitos contra la honestidad, la exclusión de la acción de oficio atiende al interés en que el strepitus fori no agrave, al margen de la voluntad del ofendido o de su representante legal, la lesión a la honestidad de aquél, causada por el delito, incluyéndose también, la defensa de la familia..." (Cám. Acusac. de Córdoba citada por Laje Anaya-Gavier en Notas al Código Penal Argentino-Tomo I- parte General, Edición Marcos Lerner, Año 1994, p. 390).
Paradojalmente aquél criterio, que fue útil para mantener relevante la acción penal puesta en vilo por la defensa del atribuido, sirve a los fines de descalificar la sentencia que se ha casado.
Porque atendiendo a las circunstancias de hecho ha sido nada menos que el abuelo de la niña, su ascendiente inmediato, quien puso en actividad a la jurisdicción. El estaba en una situación de hecho -por ausencia de los padres- y de derecho -por las obligaciones que el parentesco implica- que lo capacitaba y obligaba, al mismo tiempo, a preservar el interés superior del niño afectado.
A partir del art. 75 inc. 22 de la C.N. que incorpora la Declaración Universal de los Derechos del Niño a nuestros dogmas, se robustecen los deberes de asistencia y se condiciona la actividad estatal en este sentido, aún a falta de norma expresa.
En otros términos, la interpretación de un hecho ha de pasar necesariamente por ese tamiz.
Si como refiere la foja 1 del acordado, la niña corrió hacia la casa de una vecina aludiendo a que había sido ultrajada y que estaba sola, sin sus padres, y la mujer recurrió a la autoridad y el sistema a la figura parental inmediata, el abuelo, que procedió a optar por la denuncia, nada puede reprocharse.
Quién sino él, repito, cultural y jurídicamente atado por vínculos del que devienen obligaciones, estaba en plena aptitud para sopesar qué interés resultaba relevante. Y la opción es inobjetable.
Por otro lado, la familia inmediata no mostró objeción a desarrollar el proceso facilitando la concurrencia de la niña a los Tribunales para exponer sus vivencias vinculadas al caso y consecuentemente reafirmar la intención de ventilar aquello que habría sucedido.

Distinto hubiera sido si, enterados, los padres o uno de ellos a quienes se subrogó, hubiesen retractado fundadamente el develamiento promotor, aludiendo a razones que hicieran al interés superior de su prole.
En su obra “Doctrina Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba”, volumen I, Editorial Depalma, año 1983, página 7, Barberá de Risso apunta: “... Pero si el motivo determinante de la ley –en acciones dependientes de instancia privada- ha sido, en beneficio del ofendido, evitar el escándalo que suma a la ofensa del delito su publicidad, una solución contraria no lo remedia. Si todo el proceso se ha ventilado y ya ha trascendido lo que puede evitar una decisión contraria, declarar nulo el pronunciamiento, sólo provocaría la impunidad de los declarados culpables, y en manera alguna beneficiaría al menor...” (voto de la mayoría: Sarsfield Otero, de la Rúa)(s. 10/5/63, nº 7, “B.J.C.”, t. VII, p. 166).
En igual dirección se ha pronunciado la jurisprudencia de la casación de la Provincia de Buenos Aires, aún cuando el hecho del precedente pueda tener variantes respecto del que ocupa; así: “...La participación del padre de la víctima en los actos instructorios que requirieron la presencia de la menor víctima, prestando plena colaboración para la averiguación del delito, indica, inequívocamente, implícita ratificación de lo obrado...” (ver TCBSAS.I, c.2232, “Sagradin R.E.” 13/09/2001 en JPBA 121 F.265, págs. 118 y 119).
Como bien ha dicho el Juez Panizzi, no mengua el poder de acción, ya habilitado, la carta documento emitida por la madre de la menor en una instancia ulterior y avanzada del proceso, porqué aún en los delitos dependiente de instancia privada la disponibilidad de la acción está limitada a los supuestos especialmente previstos en la norma, que no contempla esta situación y menos aún puede interpretarse bajo otros parámetros que aquellos que fueron enunciados.
Nótese que el expediente está nutrido de actividad denotativa de la voluntad de ambos padres de promover la investigación prestándose a ella y asistiendo a su hija en los actos de compilación. Por ejemplo: a. ambos padres asistieron al interrogatorio de “Cámara Gessell” (ver fs. 58) b. el padre rindió testimonio ante el Ministerio Público fs. 79/80, dando cuenta de las circunstancias que motivaron la intervención del abuelo y de que él mismo concurrió a la Comisaría para interiorizarse del caso, siendo destacable cómo respondió a la interpelación del imputado con un “...nada tenía que hablar, que estaba todo en manos de la Justicia...” y que en el mismo acto solicitó una orden de interdicción, para evitar contacto con la familia compartida por el atribuido, amenazante (fs. 79 vta y 80) c. la madre a fs. 77/78, que también vertió declaración sobre el hecho, y puso de manifiesto lo que su hija le narró, pidiendo, además, igual protección, d. se concurrió al “Servicio de atención a la Víctima del delito”, lugar en el que el padre de Y. expuso la situación a los entrevistadotes (fs. 82) y d. el informe de fs. 89, emitido por el psicólogo forense, enunció que “...Ambos progenitores acompañan y apoyan la denuncia de autos, actitud que problematiza (sic) mas a la señora F. debido a que el acusado es su hermano...”
En síntesis, y por las razones dadas, el que se inspecciona debe ser invalidado y devuelto, para que con la acción superviviente al ataque se decida sobre el tema incidental.
Así me expido y voto.
El Juez Cortelezzi dijo:
Con los sufragios coincidentes de los doctores Alejandro Javier Panizzi y Jorge Pfleger, existe mayoría de votos para conformar la voluntad de la Sala Penal; de modo que haré uso de la facultad que prevé el art. 357 del CPP (texto según ley 4550).
Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:
---------- S E N T E N C I A ----------
1º) Hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 78/86 del incidente, por el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Fernando Luis Rivarola, sin costas (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal);
2º) Declarar la nulidad de la sentencia N° 19/06 dictada por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, y remitir la causa a ese Tribunal para el dictado de un nuevo pronunciamiento acorde con los lineamientos de este fallo;
3°) Protocolícese y notifíquese

Fdo: Cortelezzi, Pfleger, Panizzi.-