Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 26 días del mes de Julio del año dos mil once, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada **"L. L., P. E. s/ Abuso Sexual"** (Expte. 21.733- F° 146 T° II-Año 2009).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 89: Rebagliati Russell, Panizzi y Pfleger.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

**I.** La cuestión traída a esta Sala es la sentencia registrada bajo el número 29 del año 2009, emitida por el Tribunal Unipersonal conformado por el doctor Hernán Carlos Granda, Juez en lo Penal de la ciudad de Puerto Madryn, que absuelve a P. E. L. L. del delito de abuso sexual –dos hechos– en concurso real.

**II.** A fs. 47/51 y vta. la Fiscal General, doctora Marcela Pérez, interpone impugnación extraordinaria por inobservancia o errónea aplicación de ley en que funda la solución del caso.

///

El primer el agravio surge del razonamiento efectuado por el juez para determinar que la acción no estaría debidamente instada.

Sostiene en este sentido que el juez debió tener por acreditado el vínculo de las denunciantes y las menores víctimas en base a las denuncias realizadas por las madres en representación de sus hijas.

Por otro lado sostuvo que el tipo de delito investigado ameritaba la aplicación de los principios contenidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño, que establece la protección integral del niño contra todo tipo de abuso.

En segundo término critica que el juez dictó la nulidad cuando no fue solicitada por las partes, siendo que el defecto denunciado tiene que ver con la estructura externa del acto procesal.

Por último, y en forma subsidiaria, asegura que, de corresponder la nulidad, debió dictar el archivo de las actuaciones y no la desvinculación total del proceso del imputado.

**III.** La legitimación invocada por el Ministerio Fiscal para impugnar la sentencia absolutoria dictada, encuentra sustento normativo en las disposiciones del Art. 378 inc. 1 del CPP.

Al tiempo de pronunciar el fallo el sentenciante examinó con excesiva estrictez la denuncia formalizada por la madre de la menor

///

abusada, exigiendo la prueba del vínculo entre denunciante y víctima.

Dicho extremo –el acto de instar la acción penal- no tiene que estar sometido a ninguna formalidad estricta, rigurosa o solemne, pues basta que esa voluntad pueda ser claramente inferida de las manifestaciones de quien comparece ante la autoridad encargada de la investigación del hecho criminal.

El deseo de instar la acción penal debe ser producto de una manifestación libre del interesado o de su representante legal.

Los motivos por los que se ha hecho depender de la formulación de la denuncia la represión de estos delitos es diversa, pero en cualquiera de ellos habrá de concluirse que se la ha consagrado como una prerrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado.

No son los intereses personales del imputado sino los particulares de la víctima los que protege la tutela jurídica de la instancia privada y conforme a tal principio es que ha de analizarse la situación en cada caso particular.

En un caso similar al presente, esta Sala Penal ha dicho en causa *"M., F. E. s/ Abuso*

*sexual con acceso carnal….”* (Expte. 19.700-s. 26/04/07): *´… la denuncia que trajo la defensa para poner en crisis la sentencia, llegó después de que se investigaron y ventilaron todas las circunstancias relacionadas con la acusación, con repetidas exposiciones de la menor y su familia al conocimiento de personas extrañas al contexto familiar, o aún exhibidas en el propio medio de aquél grupo –Río Pico-, una comunidad pequeña adonde la reputación es un bien muy preciado, pero a la vez a la mano de todos…´* (del voto del juez Pfleger).

En ese fallo, el doctor Pfleger trae a colación una cita doctrinaria que formula Barberá de Risso en su obra “Doctrina Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba”, que creo oportuna para el caso que nos ocupa, y dice: “*... 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: Sarsfied Otero, de la Rúa)(s. 10/5/63, n° 7, “B.J.C.”, t. VII, p. 166).

En el presente, la calidad de la persona legitimada para instar la acción penal –madre- puede acreditarse por todos los medios de prueba generalmente admitidos en todo proceso penal, partidas de nacimiento, instrumentos públicos, resoluciones judiciales, etc. Este criterio es el que debe ser adoptado en sentido amplio para no hacer ilusoria la protección a las víctimas que se pretende.

Ahora bien, si el juez entendió –como en el caso- que las personas que se presentaron ante la autoridad policial para radicar la denuncia bajo juramento de ley, y que se identificaron como progenitoras de las menores, no lo eran, debió analizar esta circunstancia, y evaluar la posibilidad de proceder de oficio –art. 72 inc. 4 del C. P.-, ante la eminente situación de desamparo que se daba en las víctimas.

Es por las razones expresadas que entiendo arbitraria la solución arribada por el a quo, motivo por el cual propicio que debe acogerse el recurso interpuesto, debiendo dejarse sin efecto

la absolución decretada, renovarse el debate realizado y dictar nuevo pronunciamiento al respecto.

**Así lo voto.**

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. No relataré los antecedentes de la causa, ya que esta tarea ha sido cumplida adecuadamente por el ministro Rebagliati Russell. A fin de no fatigar al lector, me remito a su prolija exposición.

II. Encuentro habilitada la vía impugnativa del acusador público, a tenor de lo prescripto por el artículo 378, inciso 1° del ordenamiento ritual.

III. Coincidiré con mi prestigioso colega, que ha expresado su opinión antes que yo, en que deberá acogerse la queja interpuesta y revocarse la absolución decretada.

Advierto que la decisión del a quo de invalidar las denuncias radicadas por las progenitoras de las menores víctimas, porque no ofrecieron las partidas de nacimiento de las ofendidas resulta, a todas luces, arbitraria.

Es que ninguna expresión sacramental es necesaria, ni tampoco se requiere una formalidad especial para habilitar la iniciación del proceso

///

por los delitos previstos en el artículo 72 del Código Penal.

De modo que, la calidad de progenitoras de las denunciantes puede acreditarse, como en el caso, por los medios que fueron indicados en el voto anterior.

Por último, estimo que resultaba inapropiado declarar la nulidad de oficio puesto que la finalidad tuitiva de la instancia privada está concebida como protección de la víctima; es una prerrogativa de ésta y nunca puede concebirse como una garantía a favor del imputado.

De manera que el planteo recursivo ha logrado derribar los fundamentos dados por el Tribunal en la resolución que se ataca, por lo que propicio hacer lugar a la impugnación.

**Así voto.**

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

**I. Breve introito**

**a.** Ha llegado a conocimiento de la Sala, por vía del recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal, la sentencia del Juez Penal de la ciudad de Puerto Madryn que, el veintiuno de mayo del año dos mil nueve, absolvió a P. E. L. L. en relación con los delitos de Abuso Sexual (2 hechos en concurso real) en los términos del art. 119 y 55 del Código Penal.

En términos fácticos, la atribución consistió en endilgarle aquellos que habrían ocurridos en la ciudad de asiento los días 26 de Octubre de 2007 y

durante los meses de Agosto, Septiembre y Octubre de 2007, en desmedro de las menores B. J. C. y G. S. C. respectivamente.

**b.** En contra de aquel acto jurisdiccional, el Fiscal General interpuso impugnación extraordinaria.

**c.** La relación de las circunstancias del proceso y el contenido de la sentencia y del recurso han sido referidas con suma prolijidad por los colegas que han opinado.

Ello exime de toda reiteración, pues, con lo todo lo expuesto, el pronunciamiento tiene suficiente andamio en este punto.

**II. La solución del caso**

Un examen pretendidamente riguroso de las actuaciones me persuade de que es justo adherir al criterio de los Jueces que han emitido ya su voto.

Veamos las razones.

Como ha consignado el Juez Rebagliati Russell, autor del primer sufragio, ya me he expedido, antaño, acerca de la cuestión que nos convoca.

El distinguido par de Sala ha hecho el honor de citar una opinión que aún sostengo y que inauguré en el caso *"M., F. E. s/ Abuso sexual con acceso carnal…."* (Expte. 19.700-s. 26/04/07).

En sintonía con lo manifestado en esa oportunidad, estimo que no se puede negar la existencia de la instancia habilitada cuando hacerlo beneficia únicamente al perseguido.

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Pese al esfuerzo del Tribunal en procura de negar la existencia de instancia habilitada por defecto de legitimación, entiendo que lo actuado es válido y el poder estatal de perseguir está intacto.

He señalado que el poner en cabeza de 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.

Debe 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).

En ello radica la relevancia del art. 72 del C.P. en lo que atañe, norma que, a tono con las convenciones internacionales, permite el ejercicio fiscal en los supuestos en que existieren intereses contrapuestos entre los representantes y el niño, en aras de proteger su interés superior, cuestión esta de relevancia acorde se verá en los renglones que siguen.

Sentado lo expuesto, resulta a todas luces equivocada la lucubración que motorizó la decisión del "a-quo", pues el tema no fue introducido por ningún interesado ni se sustentaba en ninguna situación que reflejara la causa, solo en la ausencia del certificado de nacimiento, hecho que nadie objetó por otra parte.

El razonamiento que efectuó el Juez del juicio llegó después de que se investigaron y ventilaron

///

todas las circunstancias relacionadas con la acusación que culminaron con el debate oral.

Ello, constituye una ocurrencia que diluye el fin buscado por la norma invocada y por ende inhabilita cualquier crítica con ese fundamento.

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: Sarsfied Otero, de la Rúa)(s. 10/5/63, n° 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 instancia privada del art. 72 del C.P. ha sido dispuesta en esta clase de delitos en beneficio de la víctima y no a favor del delincuente, por lo que la defensa carece de legitimación para plantear la nulidad de lo actuado (cfr. SCBA, 3/10/97, "Luna")..."; y más adelante "... 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).

Resulta obvio en el presente que las madres de las menores acompañaron en todas las instancias el proceso de encuesta y discusión, y validaron, de esa manera, la actuación de los organismos jurisdiccionales, por lo que podría sí resultar un grave escándalo que el propio imputado se viera beneficiado por una norma consagrada para proteger al otro, menores, que se han expuesto o han sido

///

expuestas, mejor decir, para aventar la impunidad y prohijar el enjuiciamiento de quien se dice que las ultrajó.

Por lo dicho, y en armonía con los Jueces que me preceden en el voto, estimo que la decisión contenida en la sentencia en crisis es arbitraria, razón por la cual corresponde declarar procedente la impugnación extraordinaria y revocar la sentencia absolutoria.

Se devolverán las actuaciones para que se disponga la realización de un nuevo debate oral.

**Así voto.**

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

**---------- S E N T E N C I A ----------**

**1°) Declarar** procedente la impugnación extraordinaria interpuesta a fs. 47/51 y vta.

**2°) Revocar** la sentencia protocolizada bajo el nro. 29/09, obrante a fs. 43/5.

**3°) Disponer** el reenvío de las presentes actuaciones a la Oficina Judicial de Puerto Madryn, sus efectos.

**4°) Protocolícese** y notifíquese.

*(Fdo. Jorge PFLEGER - Alejandro Javier PANIZZI y Daniel A. REBAGLIATI RUSSELL –MINISTROS- y Ante mi: José A. FERREYRA –SECRETARIO-).------*

*Registrada bajo el Nº 42 del año 2011.*

///