En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de agosto del año dos mil catorce, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrado con los ministros Alejandro Javier Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Fernando Salvador Luis Royer, bajo la presidencia del primero de los nombrados para dictar sentencia en los autos caratulados "**ASESORÍA DE FAMILIA E INCAPACES DE LA CIUDAD DE RAWSON s/ Denuncia**" (Expediente N° 23176 – Folio 187 – Año 2013 – Letra "A").

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado a fojas 84: Panizzi, Rebagliati Russell y Royer.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Contra la decisión N° 1131/2012 de los jueces penales Patricia Susana Asaro y José Alberto García, que rechazó la nulidad deducida en desmedro de la resolución adoptada en la audiencia del 18 de abril de 2012, la fiscala general Silvia Lucía Pereira, interpuso impugnación extraordinaria (fojas 35/40).

En aquella oportunidad, los mismos jueces penales dejaron sin efecto la apertura de la investigación preparatoria, por el delito de abuso sexual con acceso carnal, al considerar que la acción penal no estaba instada.

///

II. En su presentación la titular de la vindicta pública efectuó un repaso por los antecedentes de la causa.

Luego, indicó los motivos de agravio. Expresó que el Tribunal, durante la audiencia, resolvió la falta de acción, sin que esa excepción hubiera sido planteada por las partes. Dijo que esa circunstancia afectaba garantías fundamentales del proceso penal, con perjuicio a los intereses de la víctima y dejando a la fiscalía sin posibilidad de continuar la investigación del ilícito. Además, continuó, vulneraba el artículo 39 del rito, que faculta al fiscal a actuar en los casos del artículo 72 del Código Penal.

Inmediatamente, manifestó que los sentenciadores infringieron el artículo 18 del ceremonial, que impide a los jueces realizar actos de investigación, los cuales le están reservados exclusivamente al Ministerio Público Fiscal. Señaló que en los presentes, el tribunal le ordenó al personal de la Oficina Judicial que se constituyera en el Hospital Zonal de Rawson, a fin de convocar a los médicos que atendieron a la víctima, para que indicaran si ella les había manifestado haber sido víctima de un abuso sexual.

///

Alegó, seguidamente, el quebrantamiento del artículo 6° del Código Procesal Penal, ya que los jueces –entendió- realizaron una actividad del resorte de las partes. Denunció la transgresión de las garantías de imparcialidad e igualdad procesal.

Expuso que los magistrados Asaro y García sólo debían pronunciarse acerca de la revisión de la medida de coerción que pesaba sobre el encartado E..

Puso de resalto que el Ministerio Público Fiscal estaba habilitado para actuar de oficio, a fin de proteger el interés superior de la niña abusada. Destacó que el principio de la instancia privada estaba consagrado como una prerrogativa a favor de la víctima, y no como una garantía acordada al imputado.

A renglón seguido, puntualizó que la resolución que vedaba la facultad de investigación, resultaba equiparable a sentencia definitiva, pues impedía la continuación del proceso.

En otro apartado, explicó que el artículo 72 del Código Penal, en su parte final, consagraba supuestos de excepción a la exigencia de la denuncia por parte de la agraviada o su representante legal. Manifestó que entre ésos, se

///

hallaban los casos donde existían intereses gravemente contrapuestos entre los padres, tutores o curadores de la persona menor de edad. Refirió que el presente era un claro ejemplo de intereses enfrentados, donde la madre de la niña no instaba la acción penal.

Expuso que la situación de la menor se adecuaba perfectamente a la hipótesis introducida por la norma penal, desde que contaba con nueve años al momento en que se inició la causa, y los hechos denunciados habrían sido cometidos por su padrastro. Anotó que la progenitora de la niña fue informada de tales circunstancias, pero no hizo nada.

Expresó que la comunicación de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces a la fiscalía, solicitando la promoción de la acción en los términos del artículo 72 del digesto sustantivo, obligaba al juez a actuar de oficio. Señaló que la interpretación del tribunal, en punto a que se trataba de un caso de lesiones graves, era incorrecta pues, si así lo fuera, no correspondía a la asesoría instar la acción, toda vez que se trataría de un delito de acción pública.

Resaltó que el oficio remitido a la fiscalía, mencionaba la presunta comisión de un ilícito y, citaba el artículo 72 del Código

Penal, donde se aludía a los delitos tipificados en el artículo 119 del código de fondo.

Aclaró, a renglón seguido, que además del maltrato físico sufrido por la niña, ésta refirió haber sido abusada sexualmente.

Sobre el final, formuló la reserva de acudir por ante la Corte Suprema de Justicia y efectuó petitorio de estilo.

III. Al pronunciarse en el recurso de queja articulado en autos, este Cuerpo, mediante el interlocutorio N° 13 del 2007, expresó que si bien la resolución N° 1131/12 de los jueces penales Asaro y García, no se hallaba contemplada expresamente en las disposiciones del artículo 370 del ritual, obturaba arbitrariamente el proceso, por lo que correspondía admitir el remedio e ingresar al conocimiento de la impugnación extraordinaria.

Cabe aclarar que la resolución mencionada tiene como antecedente la decisión adoptada en el marco de la audiencia prevista en el artículo 326 del ceremonial, donde aquellos dos magistrados, de oficio, tuvieron por no instada la acción seguida contra M. N. E., y dejaron sin efecto la apertura de la investigación preparatoria por el delito investigado.

El asunto que nos ocupa, de acuerdo a los antecedentes que obran en el legajo, configura la excepción prevista en el último párrafo del artículo 72 del Código Penal, que prevé la posibilidad de que el fiscal proceda de oficio cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre un menor y sus representantes legales.

Es que, se trata del caso de la niña J. L., quien ingresó al Hospital Santa Teresita de esta ciudad, acompañada por un tío, a raíz de las lesiones graves infligidas por su madre, L. K. L.; y quien durante la internación, manifestó haber sido abusada sexualmente, presuntamente por el imputado, pareja de su mamá.

///

Esta situación derivó en el dictado, con relación a la progenitora y su pareja, en una orden de prohibición de acercamiento a la niña, por la situación de violencia familiar denunciada (conforme Resolución del 11/04/12 emitida por el Juez de Familia de Rawson).

Así las cosas, la titular de la vindicta pública, amparada en la excepción consagrada en la parte final del artículo 72 del Código Penal y en cumplimiento del artículo 39 del Código Procesal Penal, actuó de oficio y promovió la acción penal en contra del acusado.

La norma de fondo, precisamente, busca proteger a los niños cuando los responsables de su bien no atienden los requerimientos que aquellos formulan al resultar víctimas de un atentado contra su integridad sexual. El amparo especial es el fundamento para admitir la intervención del Ministerio Público, en miras a instar la acción penal.

El precepto aludido permite al acusador público conducirse de oficio, cuando ocurra una situación especial de desamparo de la niña víctima, como la del caso, por ser lo más conveniente para el interés superior de aquel.

La actuación del Ministerio Público Fiscal no procura satisfacer un interés propio, sino fundamentalmente, hacer valer el interés de la pequeña víctima, en las condiciones en que el Código Procesal Penal lo establece (artículos 15 y 39).

Por lo demás, juzgo equivocada la declaración de nulidad de oficio puesto que la finalidad tuitiva de la instancia privada está concebida a favor de la víctima. Se trata de una

prerrogativa de ésta y nunca puede pensarse como una garantía a favor del imputado.

Así las cosas, el Ministerio Público Fiscal ha sido privado ilegal y arbitrariamente del ejercicio de la acción que la ley le confiere, lo cual demuestra que la arbitrariedad de la decisión adoptada por los magistrados Asaro y García.

IV. Hago una aclaración final: además de tratarse de uno de los casos en que le Estado debe actuar de oficio porque el delito habría sido cometido contra por uno de los ascendientes, tutor o guardador de la víctima intereses gravemente contrapuestos entre ésta y alguno de aquellos (conforme a los dos párrafos finales del artículo de fondo N° 72), el Ministerio Público Fiscal estaba obligado a actuar porque sí hubo denuncia. Ésta consta en el oficio N° 14/2012 (de fecha 9 de abril de ese año), en el que la Asesoría Civil de Familia e Incapaces requiere a la señora fiscala que inste la causa penal, en los términos del artículo citado.

En la documentación adjunta a dicho oficio consta expresamente que "… a más del maltrato físico… la niña refirió haber sido abusada sexualmente" (hoja N° 3).

Recordemos que una denuncia es el documento en que se da noticia de la eventual comisión de un delito a la autoridad competente para investigarlo y procurar su punición o hacer cesar sus efectos.

V. Por las razones vertidas, corresponde admitir la impugnación extraordinaria deducida por la fiscala general Silvia Pereira, revocar las resoluciones N° 994/12 (hojas 18/21) y 1131/12 (fojas 32/33) y remitir estas actuaciones a la instancia de origen, a sus efectos.

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I. Comenzaré mi voto omitiendo enunciar los antecedentes que motivan el recurso en atención a

///

la prolija enunciación realizada en el primer voto, a cuyos términos me remitiré.

II. En cuanto a la solución del caso, habré de coincidir con el juez Panizzi.

Así, en el marco de la audiencia prevista en el art. 236 del C.P.P., los jueces -a cargo del examen de la prisión preventiva-, dejaron sin efecto la apertura de la investigación por el delito de abuso sexual con acceso carnal, por entender que la acción no se encontraba debidamente instada.

Más allá del valor legal que se le dé a los testimonios recepcionados, lo cierto es que los jueces de revisión desconocieron la existencia del oficio nro. 14/2012, de fecha 9 de abril, en donde la Dra. M. F., abogada adjunta de la Asesoría de Familia e Incapaces, deja formalmente instada la acción penal en virtud del artículo 72 del C.P. respecto de la niña J. L..

De esta manera, la decisión que sostiene que la acción no ha sido debidamente instada deviene arbitraria por no cumplir con la manda del art. 169 del Constitución Provincial.

III. Siendo ello así, corresponde conceder la impugnación extraordinaria interpuesta, revocar las resoluciones N° 994/12 (hojas 18/21) y

///

1131/12 (fojas 32/33) y devolver el expediente a la instancia de origen, a sus efectos.

Así me expido y voto.

El juez **Fernando Salvador Luis Royer** dijo:

I. Con el fin de evitar repeticiones obviaré los antecedentes del caso porque los mismos han sido expuestos por el Juez del primer voto.

II. Adelanto que habré de coincidir con los jueces preopinantes en la solución del caso.

III. En la causa se examina la situación de J. L. quien registró su ingreso en el Hospital Santa Teresita de Rawson, -llevada por su tío- con lesiones graves infligidas por su madre, L. K. L., y manifestando haber sido abusada sexualmente por la pareja de su mamá.

IV. En la Carpeta Judicial N° 4008 agregada a la causa obra oficio nro. 14/2012 de fecha 9 de abril, de la Dra. M. F., abogada adjunta de la Asesoría de Familia e Incapaces, dirigido al Ministerio Público Fiscal, donde deja formalmente instada la acción penal citando el artículo 72 del C.P. respecto de la niña J. L..

Así, nos encontramos ante una de las situaciones contempladas por el artículo 72 (último párrafo) del Código Penal. Este apartado posibilita que, en oportunidades donde se encuentren intereses contrapuestos entre un menor víctima y quienes en ejercicio de su tutela deberían cuidar y denunciar, no lo hicieren, el Titular del Ministerio Público Fiscal puede llevar adelante la acción.

La excepción a la regla del artículo de mención expresa: *"… Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél…".*

Luego, la acción penal se encontraba debidamente instada cuando se decidió lo contrario, razón por lo cual habrá de remediarse

///

el error revocando las resoluciones en crisis por arbitrarias.

IV. Por lo expuesto, en coincidencia con los jueces preopinantes, estimo que corresponde hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por la fiscal general Silvia Pereira, revocar las resoluciones N° 994/12 (hojas 18/21) y 1131/12 (fojas 32/33) y remitir estas actuaciones a la instancia de origen, a sus efectos.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria deducida por la fiscala general de Rawson Silvia Pereira (fojas 35/40).

2°) Revocar las resoluciones N° 994/12 (hojas 18/21) y 1131/12 (fojas 32/33).

3°) Remitir estas actuaciones a la instancia de origen, a sus efectos.

4°) La presente es firmada por dos Miembros por encontrarse en uso de licencia el ministro Fernando S. L. Royer.

5°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Alejandro Javier Panizzi-Daniel A. Rebgliati Russell- Ante mi: José A. Ferreyra Secretario

///

///