

///nos Aires, 8 de agosto de 2011.

**AUTOS Y VISTOS:**

Interviene el tribunal con motivo del recurso de apelación articulado por la defensa de H. R. B. (fs. 17/21vta.) contra el rechazo de la excepción de falta de acción promovida por esa misma parte (fs. 9/14vta.).

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, concurrieron el imputado y el Dr. Ramón Gabriel Gosiker, quien desarrolló los motivos de su agravio. Asistieron también el fiscal general Marcelo A. Solimine y la defensora ante los Tribunales Orales de Menores Dra. Karina Chávez, quienes efectuaron sus réplicas.

Finalizada la exposición, la sala deliberó en los términos establecidos en el artículo 455 de ese mismo código.

**Y CONSIDERANDO:**

El artículo 72 del Código Penal en su parte final consagra excepciones específicas a la exigencia del acto de instancia por parte de la víctima o representante legal en la nómina de delitos contemplada en esa misma norma. Entre esos supuestos de excepción se sitúa el caso en que existieran intereses gravemente contrapuestos entre los padres, tutores o curadores y el menor.

Corresponde añadir que “el principio de la instancia privada ha sido consagrado como una prerrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado” (Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, d. Hammurabi, to. II, 2002, pág. 757).

Precisamente el propósito por el cual el legislador agregó ese párrafo fue el de cubrir los casos en que los menores son víctimas de abusos sexuales dentro del seno familiar. Ejemplo de ello es el de la madre que tolera y no insta la acción penal, cuando sabe que otro integrante del grupo familiar, el padrastro o su nueva pareja abusan reiteradamente de una de sus hijas o hijos menores, y encubre el hecho para no agravar la situación

familiar (Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit. pág. 767/768 y en igual sentido D'Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A., "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado", La Ley, 2011, pág. 1077).

La situación de F. C. se adecua perfectamente a la hipótesis introducida por la norma penal. Véase que contaba con 16 años al momento en que se inició esta causa, los hechos denunciados habrían sido cometidos por su padrastro aprovechando la situación de convivencia y se habrían prolongado por al menos tres años y su madre, pese a ser informada de lo ocurrido, habría manifestado a las autoridades de la Defensoría Zonal ..... y de la Casa del Niño y del Adolescente del GCBA su intención de no radicar denuncia penal (fs. 2/10 y 14/15vta.), lo que motivó que fueran las coordinadoras de esas instituciones las que promovieran la formación de este proceso.

Repárese también en que no podría convocarse a E. C., como propugna la defensa, a prestar declaración testimonial e interrogarla sobre si es su deseo instar la acción, en tanto el Ministerio Público Fiscal incluyó en su requerimiento de instrucción un posible reproche en su contra por haber omitido tomar los recaudos necesarios para interrumpir el accionar de H. R. B. (fs. 21/22).

De tal suerte, estima el tribunal que en el concreto caso sometido a estudio se hallaba habilitado el fiscal a actuar de oficio –tal como lo hizo– en protección de los intereses superiores de la menor abusada consagrados en el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño a la que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional.

Al respecto, parece oportuno mencionar un anterior fallo de este tribunal, aún con composición parcialmente distinta, en que se dijo que "Si bien las víctimas menores de edad no están autorizadas legalmente a expresar su voluntad, tampoco pueden quedar inermes ante un probable ilícito de graves características como podría ser el probable abuso sexual. Sin perjuicio de tratarse de un delito dependiente de instancia privada que pudo haber ofendido a las menores en su esfera más íntima y secreta y que por ello la ley estima prudente dejar librado a criterio de quien las representa legalmente la decisión de realizar la denuncia respectiva o de no hacerla, el

requisito de la instancia de la acción para que el Estado ejerce su pretensión punitiva no puede convertirse en un escollo que conduzca al olvido o a la indiferencia de todo cuanto manifestaran, decidieran y no consintieran hasta ahora las madres de las damnificadas, porque el interés superior de las menores debe situarse por encima de las exigencias procesales, máxime cuando ya se expuso judicialmente el suceso. Las previsiones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, equiparada a nuestra Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22, imponen obligaciones expresas a los estados parte, especialmente en su preámbulo..., las que resultan prioritarias respecto del derecho interno de los adherentes. En consecuencia, se disipa el impedimento procesal dispuesto en el art. 72 en cuanto valla la formación de causa para el supuesto consignado en su inc. 1 y se faculta al Ministerio Público Fiscal a actuar de oficio cuando existieron intereses gravemente contrapuestos entre los representantes legales y el menor” (in re, causa n° 26.410 “Poletti, Sebastián A.”, rta. 15/6/2005).

Dicho todo esto, y siempre que incluso la propia Defensora de Menores M. L. de F. manifestó desde un principio que respaldaba la actuación del fiscal (fs. 40) y luego su concreta intención de instar la acción penal en representación de C. (fs. 237/vta.), se **RESUELVE**:

**CONFIRMAR** lo resuelto a fs. 9/14vta. en cuanto fue materia de recurso.

Devuélvase, practíquense en el juzgado de origen las notificaciones a las partes y sirva lo proveído de muy atenta nota de envío.

Se hace constar que el Dr. Julio Marcelo Lucini integra este tribunal por resolución del Acuerdo General de esta Cámara del 17 de diciembre de 2010 (expediente n° 19.546/2010), que el Dr. Alberto Seijas no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia y lo reemplaza, también por resolución de la Presidencia del 2 de agosto de 2011, el Dr. Juan Esteban Cicciaro, quien no firma la presente por no haber presenciado la audiencia celebrada.

Ante mí:

**PAULA FUERTES**  
**Prosecretaria de Cámara**