

///nos Aires, 19 de febrero de 2013.

AUTOS Y VISTOS:

Corresponde al tribunal entender en el recurso interpuesto por la fiscalía contra el auto de fs. 20/21, en cuanto dispuso el archivo de las actuaciones por imposibilidad de proceder.

En la audiencia prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, la Dra. Paola De Rosa expuso sus agravios, luego de lo cual el tribunal deliberó en los términos establecidos en el artículo 455 *ibídem*.

Y CONSIDERANDO:

El artículo 72 del Código Penal en su parte final consagra excepciones específicas a la exigencia de instancia por parte de la víctima o representante legal en la nómina de delitos contemplada en esa misma norma. Entre esos supuestos se sitúa la existencia de 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”*, Ed. Hammurabi, t° II-B, 2007, pág. 383).

Precisamente, dicha previsión reconoce su fundamento en la necesidad de cubrir aquellos casos en los que los menores son víctimas de abusos sexuales dentro del seno familiar, como aquellas ocasiones en que la madre tolera y no insta la acción penal sabiendo 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. 393 y en igual sentido D’Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A., *“Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”*, T° I, La Ley, 2009, pág. 1077).

La situación de L. A. I. se adecua perfectamente a la hipótesis señalada, pues cuenta actualmente con 5 años edad, los sucesos denunciados habrían sido cometidos por su padrastro aprovechando la situación de

convivencia y su madre, pese a ser informada de lo ocurrido por la abuela de la niña, habría manifestado a las autoridades judiciales su intención de no radicar denuncia penal, lo que motivó al fiscal de la primera instancia a requerir la promoción oficiosa de este proceso, en protección de los intereses superiores del menor, 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 (fs. 18/19 y 22/vta.).

Al respecto, hemos sostenido 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”* (causa n° 26.410 “**Poletti**”, rta. 15/6/2005).

En síntesis, todo lo expuesto conduce a receptar la pretensión del Ministerio Público Fiscal, por lo que el tribunal **RESUELVE**:

Revocar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso.

Poder Judicial de la Nación

Notifíquese al Fiscal General. Cumplido, devuélvase al juzgado de origen, donde deberán efectuarse las restantes notificaciones, sirviendo lo proveído de atenta nota. Se deja constancia que el Dr. Alberto Seijas no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

Carlos Alberto González

Mariano González Palazzo

Ante mí:

Erica M. Uhrlandt

USO OFICIAL