

ACCIÓN PENAL PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA. Instancia: Legitimación: Menores. Fundamento. Excepciones (art. 72, penúlt. y últ. párrafos del C.P.). Noción. Finalidad. Fundamento constitucional. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: pautas para su interpretación. PROMOCIÓN A LA CORRUPCIÓN DE MENORES. Exigencias del tipo objetivo. Bien jurídico protegido.

I. En los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, el ejercicio de la acción se encuentra subordinado a una manifestación de voluntad del agraviado, a menos que éste sea menor de edad no emancipado, en cuyo caso la misma es ejercida en orden excluyente por sus representantes legales, tutor o guardador. Es que nuestra ley no quiere que el menor resuelva sobre la conveniencia de provocar un proceso que podría perjudicar tanto a él como a su familia. Ello es así, pues carece de madurez mental tanto para sopesar aquella situación, como por falta de capacidad de comprender el significado del acto realizado por el autor y sus consecuencias familiares.

II. El art. 72 del Cod. Penal, faculta a los padres a instar o no la acción penal en caso de un ataque sexual contra sus hijos menores; tal decisión supone una difícil y ponderada valoración de las circunstancias del caso y de los males que la publicidad del proceso pueda causarle a la víctima, mas la ley también sopesa y da prioridad a aquellos casos en que debe primar, además de la investigación y el castigo del delito ya cometido, la prevención de tales conductas. Es decir que, si bien la ley autoriza a la persona ofendida o a quienes corresponda en su representación, a ocultar los hechos si así lo decidiesen, dicha autorización no es ilimitada y cesa, debiéndose proceder de oficio frente a determinadas excepciones. Entre éstas encontramos las hipótesis previstas en el penúltimo y último párrafo del art. 72 del C.P., que refieren que se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o bien, cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos (ascendientes, tutor o guardador) y el menor. Esta última excepción fue incorporada luego de que la Constitución Nacional, en su art. 75 inc. 22, le acordase un rango prevaleciente a la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional sustentado en la “protección integral de la niñez y la adolescencia”, que reconoce al niño no como un objeto de protección, sino como un “sujeto de derechos”. Desde esta perspectiva, la protección brindada al menor de edad tiende a asegurarle el ejercicio de sus derechos del modo más conveniente para su interés (art. 3). Esta nueva interpretación constitucional no sólo le reconoce la categoría de “sujeto de derechos”, sino también los considera centro de atención prevalente y prioritaria, lo que le otorga un trato preferencial o prioritario por la legislación.

III. Resulta inobjetable que la protección integral respecto a los niños y a sus derechos, está reconocida a los padres como deber y como poder primordiales (arts. 3 y 5 CDN), y subsidiariamente a la sociedad y al Estado (arts. 9, 18, 19, 20, 27). Sin lugar a dudas, que este plexo normativo está reconociendo la autodeterminación familiar como un derecho fundamental. Empero, la misma Convención sobre los Derechos del Niño autoriza la intervención estatal en el grupo familiar, cuando desde ese ámbito se vulneran los derechos fundamentales del niño o adolescente, imponiéndole al ente político atribuciones

para legislar, trazando lineamientos a partir de los cuales la primacía de los padres, tutores o encargados cede a favor del menor de edad y da paso a la actuación de los órganos estatales de protección. Es así, que el art. 19 estipula que los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, o mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Este dispositivo se complementa con el art. 39, que ordena a los Estados partes adoptar medidas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación, abuso, etc., como también prescribe que esa “recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”. Por tanto, la misma Convención habilita la ingerencia estatal en lo privado con el propósito de evitar que el agravio al niño se acentúe, o que devenga un daño que resulte irreparable.

IV. El legislador nacional introdujo en el año 1999, con respecto a la instancia de la acción penal de los delitos sexuales, el último párrafo del art. 72 C.P. Claramente, se observa que este agregado se realizó alineándose a los fines protectorios ordenados por la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello así, desde que la principal directiva de la Convención, es sin dudas, el “interés superior del niño” que constituye un principio constitucional o pauta básica de interpretación del sistema jurídico de la niñez y adolescencia. Ahora bien, la expresión “interés superior del niño”, es flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación. Ello obliga a los órganos de aplicación de la Convención (en nuestro caso, el Poder Judicial) a la importantísima tarea de descubrir qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Sin embargo, a fin de aminorar todo margen de discrecionalidad en cuanto a la extensión de dicho precepto, resulta válido acudir en una interpretación sistemática, al art. 3 tanto a nivel nacional (ley 26.061) como provincial (ley 9944) –que en definitiva reglamenta a nivel interno algunos aspectos la Convención-, que lo define, como “*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”, como también contempla en su último párrafo que “*cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*”.

V. En una interpretación conforme a los preceptos constitucionales, cuando ocurren hechos de índole sexual en los que está involucrado algún integrante del grupo familiar, y surge que hay intereses contrapuestos, pues el representante legal encargado de la guarda del niño víctima no quiere iniciar la acción penal en contra del victimario, no puede prevalecer solo la voluntad de éste. Es que, frente a dos intereses contrapuestos, la autodeterminación familiar y el del niño víctima, el Estado, por intermedio de la autoridad que corresponda, deberá establecer qué es lo más conveniente para el niño, en relación al ejercicio de la acción penal. Ello no importa inmiscuirse en un ámbito privado, pues ese círculo cerrado pierde prioridad frente al interés del niño para proteger y ejecutar sus derechos.

VI. La corrupción de menores es una depravación de los modos del acto sexual, por lo perverso, lo prematuro o lo excesivo. El modo del acto sexual se puede depravar

volviéndose perverso en sí mismo, en su ejecución; o volviéndose prematuro por su práctica lujuriosa habitual precoz, despertada antes de lo que es natural, o, finalmente, volviéndose excesivo por expresar una lujuria extraordinaria.

VII. En orden al bien jurídico protegido por el tipo penal de la promoción a la corrupción de menores, se acepta que se trata de un delito que atenta contra el derecho de las personas que, en razón de su edad no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones. Es el derecho que los menores de edad tienen al libre desarrollo de su personalidad, particularmente en el aspecto sexual.

T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 42, del 06/03/2013, "**PEREYRA, Abelardo Omar y otra p.ss.aa. promoción a la corrupción de menores agravado -Recurso de Casación-**". Vocales: Dras. Cafure de Battistelli, 01Tarditti, Blanc G. de Arabel.

SENTENCIA NUMERO: CUARENTA Y DOS

En la Ciudad de Córdoba, a los seis días del mes de marzo de dos mil trece, siendo las diez y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos **"PEREYRA, Abelardo Omar y otra p.ss.aa. promoción a la corrupción de menores agravado -Recurso de Casación-**" (Expte. "P", 70/10), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Ernesto Acosta, abogado defensor de los imputados Abelardo Omar Pereyra y Rosa Gumersinda Rodríguez, en contra de la Sentencia número treinta y ocho, de fecha veintiuno de septiembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal de Undécima Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la señora Presidenta se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Debe declararse la nulidad de la sentencia atacada por no haberse salvado el obstáculo de procedibilidad del art. 72, inc. 1º del C.P.?

2º) ¿Se ha aplicado erróneamente el artículo 125, tercer párrafo del Código Penal?

3º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por Sentencia N° 38, de fecha 21 de septiembre de 2010, la Excma. Cámara en lo Criminal de Undécima Nominación de esta ciudad, resolvió, en lo que aquí interesa, **"Declarar que ABELARDO OMAR PEREYRA y ROSA GUMERSINDA RODRIGUEZ,**

*de condiciones personales ya relacionadas, son autor y partícipe necesaria penalmente responsables, respectivamente, de los delitos de abuso sexual sin acceso carnal agravado continuado y abuso sexual con acceso carnal agravado continuado, en concurso real, ambos en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada en los términos de los arts. 45, 119 primer y último párrafo, en función del cuarto párrafo b) primer supuesto; 119 tercer párrafo, en función del primero y cuarto párrafo b) primer supuesto; 55, 54 y 125 tercer párrafo del C. Penal e imponerles para su tratamiento penitenciario la pena de **DIECIOCHO AÑOS DE PRISION**, con adicionales de ley y costas, para el primero y **ONCE AÑOS DE PRISION**, con adicionales de ley y costas para la segunda (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3, 40 y 41 del C.P.; 550 y 551 del CPP, art. 1 Ley 24.660 y 1ª Ley 8878)." (fs. 420/ 420 vta.).*

II.1. Bajo el amparo del motivo formal previsto en el art. 468 inc. 2 del CPP, el Dr. Ernesto Acosta, defensor de los imputados Abelardo Omar Pereyra y Rosa Gumersinda Rodríguez interpone recurso de casación solicitando la nulidad de la sentencia mencionada por ser la consecuencia de un proceso por un delito de acción pública dependiente de instancia privada en el que se encuentra **mal promovida la acción penal** por haberse vulnerado lo prescripto en el art. 72 inc. 1º del C.P.

Refiere que en el caso que nos ocupa, se ha condenado a sus defendidos por un delito de acción pública dependiente de instancia privada sin que se haya superado el obstáculo legal de promoción de la acción establecido en el art. 72 inc. 1 del CP.

Estima que corresponde declarar la nulidad, no obstante el silencio de la defensa técnica en aquél momento y sin perjuicio de que no se haya efectuado protesta de recurrir en casación por la inexistencia de tal condición de cumplimiento indispensable.

A continuación expone las constancias de la causa. Señala que la investigación comienza con la denuncia formulada por una vecina de los encartados, Elizabeth Eunice Peñaloza en la Comisaría de Villa del Totoral. Que con dicha denuncia se da inicio a la investigación que tiene como supuesta damnificada a la niña M.M.P y que el denunciado era el progenitor de la menor, Abelardo Omar Pereyra y no su madre Rosa Rodríguez, por lo que era factible jurídicamente remover el obstáculo legal con una simple manifestación de la madre de la menor, extremo que no se cumplimentó no obstante que concurrieron juntas, tal como da cuenta la exposición de la menor, entrega de guarda, pericias practicadas el día 23/12/08 a la Dependencia Policial, por lo que no había imposibilidad material alguna para subsanar la ausencia de promoción de la acción y dar paso a la legalidad del proceso y su puesta en marcha.

Es que hasta ese momento, la denuncia era exclusivamente en contra del padre de la menor. Luego cuando su madre también es detenida, esto es el 6 de febrero del 2009, el Sr. Fiscal designó al Sr. Asesor Letrado como representante promiscuo de la menor por encontrarse detenida su madre pero no por las previsiones y exigencias de la ley sustantiva según surge de su texto, haciendo omiso de la existencia de intereses contrapuestos (art. 72 última parte del CP).

Estima que los agravios señalados demuestran que se ha violado la ley adjetiva, toda vez que se han vulnerado los presupuestos y condiciones que la ley establece bajo condición de nulidad.

2. A más de lo expresado, consigna que existen también otras cuestiones que importan un vicio formal que afecta a la sentencia. En efecto señala que los dichos de las hermanas de la víctima, S. M. y M. R. importan una violación a las reglas relativas a la testificación entre parientes (prevenciones) que no se encuentran plasmadas en las

constancias de la causa, a más de no evaluar la declaración de las hermanas que dan cuenta de su conducta reprochable e incontrolable que motivó la entrega de la menor en sede judicial por la imposibilidad de contención de la misma a partir de su conducta, cuestión omitida en su considerando, no obstante ser pilar para el capítulo resolutivo del decisorio, lo que importa también agravios o inobservancia de las normas procesales.

3. Por todo lo expuesto solicita, se anule la sentencia y se proceda conforme lo estatuyen los arts. 190, 191 y cc. del C.P.P.

III. De lo anteriormente reseñado, puede advertirse que el núcleo del agravio reside en examinar si en el caso bajo examen, **respecto a los delitos de abuso sexual sin acceso carnal agravado continuado y abuso sexual con acceso carnal agravado continuado** - supuestos comprendidos en el inciso 1º del art. 72 del C.P.-, se encontraba o no debidamente salvado el obstáculo de procedibilidad para que el Ministerio Público Fiscal ejerciera la acción penal y pudiera llevar a cabo la correspondiente investigación en contra de los imputados Abelardo Omar Pereyra y Rosa Gumersinda Rodríguez.

1. Para comenzar, es útil efectuar un breve análisis en relación a la regulación de la instancia por la ley y recordar las normas constitucionales y supranacionales en que se encuentra enmarcado el presente caso.

a. Es sabido que en los supuestos de delitos de acción pública dependientes de instancia privada, el ejercicio de la misma se encuentra subordinado a una manifestación de voluntad del agraviado, **a menos que éste sea menor de edad no emancipado, en cuyo caso la misma es ejercida en orden excluyente por sus representantes legales, tutor o guardador**. Es que nuestra ley no quiere que el menor resuelva sobre la conveniencia de provocar un proceso que podría perjudicar tanto a él como a su familia (Cfr. VELEZ MARICONDE, Alfredo, "*Derecho Procesal Penal*", Ed. Lerner, 1981, T. II, pág. 270). Ello

es así, pues carece de madurez mental tanto para sopesar aquella situación, como por falta de capacidad de comprender el significado del acto realizado por el autor y sus consecuencias familiares. Bajo la expresión “representantes legales”, se encuentra en primer término el padre y la madre, quienes ejercen conjuntamente la patria potestad; esto es, el conjunto de deberes y derechos sobre las personas y bienes de los hijos, **para su protección y formación integral**, desde la concepción de éstos, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (C.C. art. 264).

De tal manera, el *telos* normativo del art. 72 del Cod. Penal, faculta a los padres a instar o no la acción penal en caso de un ataque sexual contra sus hijos menores; tal decisión supone una difícil y ponderada valoración de las circunstancias del caso y de los males que la publicidad del proceso pueda causarle a la víctima, **más la ley también sopesa y da prioridad a aquellos casos en que debe primar, además de la investigación y el castigo del delito ya cometido, la prevención de tales conductas.**

Es decir que, si bien la ley autoriza a la persona ofendida o a quienes corresponda en su representación, a ocultar los hechos si así lo decidiesen, **dicha autorización no es ilimitada y cesa, debiéndose proceder de oficio frente a determinadas excepciones, previstas en la misma norma.**

Entre estas excepciones encontramos la hipótesis prevista en el penúltimo párrafo, última parte del art. 72 del C.P., que refiere “*se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador*”, como también la prevista en último párrafo del artículo citado agregado por la ley 25.087, del 14/05/99, que refiere “*cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos (ascendientes, tutor o guardador) y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el*

interés superior de aquél”, retornando parcialmente a la fórmula consagrada por la ley 17567.

b. Dicha normativa, es congruente con las normas constitucionales y supranacionales por las cuales el Estado se obligó a brindar a los menores la misma protección, dando prevalencia a su interés sobre cualquier otro.

La CDN, incorporada a la CN en el art. 75 inc. 22 (Ley 23.849), adoptó un cambio de paradigma constitucional respecto a la niñez, sustentado en la “protección integral de la niñez y la adolescencia”, reconociendo al niño no como un objeto de protección, sino como un “sujeto de derechos”. Desde esta perspectiva, la protección brindada al menor de edad tiende a asegurarle el ejercicio de sus derechos del modo más conveniente para su interés (art. 3). Esta nueva interpretación constitucional no sólo le reconoce la categoría de “sujeto de derechos”, sino también lo considera centro de atención prevalente y prioritaria, lo que le otorga un trato preferencial o prioritario por la legislación.

Resulta inobjetable que esa protección, integral respecto a los niños y a sus derechos, está reconocida a los padres como deber y como poder primordiales (arts. 3 y 5 CDN), y **subsidiariamente a la sociedad y el Estado** (arts. 9, 18, 19, 20, 27). Sin lugar a dudas, que este plexo normativo está reconociendo la autodeterminación familiar como un derecho fundamental. Empero, la misma Convención, autoriza la intervención estatal en el grupo familiar, cuando desde ese ámbito se vulneran los derechos fundamentales del niño o adolescente, imponiéndole al ente político atribuciones para legislar, trazando lineamientos a partir de los cuales la primacía de los padres, tutores o encargados cede a favor del menor de edad y da paso a la actuación de los órganos estatales de protección (Cfr. GONZALEZ DEL SOLAR, José H., “Derecho de la minoridad”, Ed. Mediterránea, Cba., 2008, pág. 315). Es así, que el art. 19 estipula que “*los Estados partes adoptarán todas la medidas legislativas,*

administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, o mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. Este dispositivo se complementa con el art. 39, que ordena a los Estados partes adoptar medidas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación, abuso, etc., como también prescribe que esa “recuperación y reintegración se llevarán a cabo de un ambiente que fomente la salud, *el respeto de sí mismo y la dignidad del niño*”. Por tanto, la misma Convención habilita la ingerencia estatal en lo privado con el propósito de evitar que el agravio al niño se acentúe, o que devenga un daño que resulte irreparable.

En esta línea, es que el legislador nacional introduce en el año 1999, con respecto a la instancia de la acción penal de los delitos sexuales, el último párrafo del art. 72 C.P. Claramente, se observa que este agregado se realizó alineándose a los fines protectorios ordenados por la Convención. Ello así, desde que la principal directiva de la Convención, es sin dudas, el “interés superior del niño” que constituye un principio constitucional o pauta básica de interpretación del sistema jurídico de la niñez y adolescencia. Ahora bien, la expresión “interés superior del niño”, es flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las **particularidades de la situación**. Ello obliga a los órganos de aplicación de la Convención (en nuestro caso, el Poder Judicial) a la importantísima tarea de descubrir qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular (WEINBERG, INÉS M., *Convención sobre los derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2002, págs. 101 y 102. En similar sentido, MARTÍNEZ, FÉLIX ALEJANDRO, *Derecho de Menores*.

Algunas cuestiones procesales y constitucionales, Edit. Mediterránea, Córdoba, 2006, pág. 38, quien cita en su aval a D'ANTONIO, DANIEL HUGO, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, COMENTADA). Sin embargo, a fin de aminorar todo margen de discrecionalidad en cuanto a la extensión de dicho precepto, resulta válido acudir en una interpretación sistemática, al art. 3 tanto a nivel nacional (ley 26.061) como provincial (ley 9944) –que en definitiva reglamenta a nivel interno algunos aspectos la Convención-, que lo define, como “*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”, como también contempla en su último párrafo que “*cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*”.

En una interpretación conforme a los preceptos constitucionales y en base a lo desarrollado, esta Sala ha sostenido que cuando ocurren hechos de índole sexual, en los que está involucrado algún integrante del grupo familiar, y surge que hay intereses contrapuestos, pues el representante legal encargado de la guarda del niño víctima no quiere iniciar la acción penal en contra del victimario, no puede prevalecer solo la voluntad de éste. Es que, frente a dos intereses contrapuestos, la autodeterminación familiar y el del niño víctima, el Estado, por intermedio de la autoridad que corresponda, en el caso el Ministerio Público, deberá establecer qué es lo más conveniente para el niño, en relación al ejercicio de la acción penal. Ello no importa inmiscuirse en un ámbito privado, pues ese círculo cerrado pierde prioridad frente al interés del niño para proteger y ejecutar sus derechos (T.S.J., “Martinez”, S. 207, 15/08/12).

2. Bajo este marco conceptual, adelanto mi opinión en sentido desfavorable a las pretensiones de la defensa.

a. Es que, en el presente caso, resulta claro que la acción penal -dependiente de instancia privada- ha mutado hacia una acción pública propiamente dicha, debiendo el Fiscal actuar de oficio por resultar de aplicación la excepción establecida en el art. 72 penúltimo párrafo -última parte- del CP en cuanto establece “...se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuera por uno de sus ascendientes, tutor o guardador”.

Ello así, pues, este proceso se inició con una denuncia efectuada por Elizabeth Eunice Peñaloza, vecina y amiga de la víctima, M.M.P, **en contra del padre de la menor por supuestos hechos de abusos sexuales.** En dicha oportunidad la denunciante puso en conocimiento de la autoridad policial que la niña le había manifestado que su padre, el imputado, **la tocaba por todas partes y que se había ido de su casa, a la vez que preciso que esto sucedía desde que ella tenía 13 años, que cuando ella quería salir a algún lado, su padre le decía que si se dejaba tocar la dejaba salir.**

Entonces, es evidente que en este caso el Fiscal, conforme lo establece el art. 72 penúltimo párrafo del C.P., debía proceder de oficio, tal como lo hizo, pues, la denuncia por el delito cometido en contra de la menor **iba dirigida directamente al padre (ascendiente) de la misma.**

b.1. No obstante lo anterior, si quedare alguna duda de ello, aquí también resultaría de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del art. 72 del CP (agregado por la ley 25.087) en cuanto establece “*cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos (ascendientes, tutor o guardador) y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.*”

Es que tal como se señaló en el precedente “*Farias*” (cit.) esta previsión resulta adecuada para cubrir los casos en que, como ocurre sin distinción de clases sociales y con

considerable frecuencia, los menores son víctimas de abusos sexuales dentro del seno familiar, y aun cuando se conoce la situación de abuso existente, se tolera y no se insta la acción penal, encubriéndose el hecho para no agravar la situación del grupo.

En tal caso, se sostuvo, en conocimiento de lo ocurrido y en atención a su gravedad, el fiscal podrá actuar de oficio en protección del menor abusado, sin ataduras que lo impidan.

Se trata de otro supuesto de derogación a la instancia privada, mutando el caso a un delito de acción perseguible de oficio, donde es suficiente la sola decisión de la autoridad judicial de su ejercicio.

b.2. Y en el caso de autos, no hay dudas que ello resulta de aplicación, pues es claro que existían intereses contrapuestos entre la madre –representante legal que podía instar la acción- y la menor.

Es que, aquí debe repararse que si bien en un primer momento de la investigación, la denuncia fue dirigida al padre de la niña –**concubino de la madre de la menor, con quienes la menor convivía bajo el mismo techo y quienes ejercían conjuntamente la patria potestad sobre ella-**, ya surgía de la denuncia realizada por Peñaloza que Rodríguez (madre de la niña) tenía conocimiento de los hechos de los cuales era víctima su hija porque en algunas oportunidades en que éstos sucedían ella estuvo presente. Tan es así, que pasado un mes de realizada la denuncia también fue imputada y detenida (ver fs. 74).

Dicha circunstancia se denota aún más, si se tiene en cuenta que al ser citada a declarar Rodríguez, hizo uso de las facultades conferidas por el art. 220 del CPP, absteniéndose de prestar declaración.

Entonces, todas estas circunstancias además de demostrar el estado de desamparo y falta de protección en que se encontraba la menor damnificada, evidencian que entre los

representantes legales de la menor y ésta última existían intereses gravemente contrapuestos, por lo que no era factible que la madre removiera el obstáculo de procedibilidad de la acción, como señala la defensa. Lo dicho, también se pone de manifiesto, si se repara que la menor acudió a pedir ayuda a su vecina, diciéndole que se quería ir de su casa y solicitándole si podía quedarse a dormir en su vivienda o en la iglesia.

En consecuencia, de todo lo expuesto, surge claro que la *noticia criminis* efectuada por la vecina de la víctima –M.M.P.- ante la policía, habilitaba al Fiscal de Instrucción para proceder de oficio, tal como lo hizo.

En suma, deviene válido todo el procedimiento llevado a cabo en la presente.

3. Antes de finalizar y, a los fines de dar acabada respuesta al impugnante, se debe realizar cierta consideración en relación al último punto del agravio que aquí se analiza.

En dicho apartado, parecería que el defensor pretende quitarle validez a las declaraciones prestadas por las hermanas de la víctima, S. M. y M. R., pues, a su juicio, al momento de declarar no se les hizo conocer la facultad de abstención contenida en el art. 220 del C.P.P. Sin embargo, desde ya adelante, que sus críticas no encuentran sustento en las constancias de autos, a la vez que resulta sustancialmente improcedente, en tanto desconoce la doctrina consolidada de esta Sala.

Es que, en las dos oportunidades en que las testigos prestaron declaración en sede instructoria se les hizo conocer expresamente las previsiones del art. 220 CPP, optando en las dos ocasiones, ambas testigos por prestar declaración (ver fs. 16, 17, 46/49). No empece lo anterior, el hecho que no surja de las constancias de las actas de debate, que en dicha oportunidad, nuevamente se le haya recordado tal facultad, por cuanto esta Sala ha dicho en reiteradas oportunidades que no es necesario la renovabilidad de la advertencia acerca de la facultad de abstención que los artículos 220 del C.P.P. y 40 de la Constitución establecen en

favor de los parientes más próximos de los encartados, pues, cuando alguno de sus miembros decide prestar declaración en el proceso, no puede abstenerse con posterioridad por cuanto ya renunció oportunamente a la correspondiente protección que ampara aquél privilegio, esto es la cohesión familiar (T.S.J., Sala Penal, S. n° 32, del 14/5/1998 "Escudero"; S. n° 50, del 20/6/2000, "Ochoa"; A. n° 166, 30/5/2002, "Villegas; S. n° 79, 8/09/2003, "Juri").

Por todo lo expresado, a la presente cuestión, voto por la negativa.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal doctora, María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Subsidiariamente, bajo el amparo del motivo sustancial previsto en el inc. 1 del art. 468 CPP, el impugnante denuncia la inobservancia o errónea aplicación de ley de fondo al condenar a Pereyra como autor y a Rodríguez como partícipe necesario de los delitos de **abuso sexual sin acceso carnal continuado y agravado y abuso sexual con acceso carnal continuado y agravado en concurso real, ambos en concurso ideal con corrupción de menores agravado.**

Refiere que el a quo, con gran esfuerzo y echando manos al abono doctrinario y con el afán de sancionar con severidad extrema encuadra los hechos erróneamente en la figura de la corrupción de menores agravada que establece una pena de diez a quince años de prisión. Refiere que ello resulta lesivo y arbitrario por cuanto no guarda congruencia ni coherencia con el léxico probatorio obrante en autos y en el debate. Por el contrario, sostiene que la conducta desplegada queda inmersa en una figura más benigna, ello es la del abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado y escala penal debe ser la establecida en el precedente “Espíndola” (T.S.J., Sent. n° 100, 20/04/2010), en la que se fija un nuevo marco punitivo que dispone una escala penal que parte de cinco años y cuatro meses a trece años y cuatro meses de prisión.

Señala que ello es así, pues en modo alguno se acredita con el cuadro probatorio existente la figura de la corrupción de la menor y que el obrar desplegado por sus progenitores tenga entidad y sea abarcativo de la conducta punible prevista en el art. 125 ter del CP.

El encuadramiento de la conducta punible resulta a todas luces arbitrario toda vez que practica una lectura que vulnera toda lógica por cuanto la aptitud para corromper la recta conducta sexual no surge de los hechos.

Desde otro costado, también se agravia de que no se han observado ni valorado las pautas de mensuración previstas en la ley sustantiva, sobre todo la carencia de antecedentes penales de ambos imputados. Refiere que la sanción aplicada es desmesurada, lesiva y violatoria de los principios de proporcionalidad, justicia y equidad.

Por todo lo expuesto, solicita se modifique la calificación legal y se aplique una pena de siete años de prisión a Pereyra y a su concubina el mínimo, esto es 5 años y 4 meses de prisión, conforme el nuevo marco establecido por el T.S.J.

II. Al momento de calificar legalmente el accionar endilgado a los imputados A.O.P. y Rosa Gumersinda Rodríguez, el sentenciante –voto de la mayoría-, estimó que son autor y partícipe necesario respectivamente de abuso sexual sin acceso carnal continuado agravado y abuso sexual con acceso carnal continuado agravado, ambos en concurso ideal con la corrupción de menores agravada, conforme a lo prescripto por los arts. 45, 119 primer y último párrafo, en función del cuarto párrafo b) primer supuesto; 119 tercer párrafo, en función del primero y cuarto párrafo b) primer supuesto; 55, 54; 125 tercer párrafo del C.P.

En prieta síntesis, sostuvo el *a quo* que de la prueba valorada surge que el encartado comenzó con los tocamientos a su hija M.M.P. a principios del año 2008, situación que se repitió un número indeterminado de veces, para luego y en el transcurso del mismo año accederla carnalmente vía vaginal, sin poderse determinar el número de veces, hasta llegar el mes de diciembre del mismo año.

En el sub-examine, entendió, que los tocamientos configurativos del abuso sexual resultaron depravados –y por ello configurativos del art. 125 del CP- toda vez que fueron realizados por el padre de la víctima y desarrollados a lo largo de casi un año; procurando hacerle creer a la misma que eran por su propio bien, “para protegerla”, “para que no quedara embarazada”, lo que constituye un accionar capaz de torcer el normal desenvolvimiento de la sexualidad de la menor, siendo además altamente traumáticos y dejando una huella en su psiquis imborrable. Resaltó el sentenciante que la conducta desplegada por el encartado, por sí misma, tiene entidad para depravar, no siendo necesario para el encuadramiento en el delito de promoción a la corrupción de menor que se concrete tal propósito. El accionar del imputado por sus modalidades consumativas, por su repetición y por la escasa edad y madurez de la víctima, no solo tenían aptitud para depravar, viciar y corromper a la damnificada torciendo sus sanos instintos sexuales, sino que revelan la

intención del incoado de degradar moral y sexualmente a su hija. Por otra parte, sostuvo que estos contactos sexuales con la menor, a todas luces perversos y totalmente contrarios y opuestos a las costumbres y obligaciones de su estado son idóneos para impedir el desarrollo de la sana y natural sexualidad de la menor, a más de ser aptos para dejar huellas en su psiquismo, resultando ilustrativas las conclusiones de la pericia psicológica practicada a la menor.

En relación a Rodríguez, el sentenciante refirió “que fue partícipe del accionar de su marido, no sólo porque sabía lo que éste le hacía a su hija –tal como se lo reconociera a sus vecinos Peñaloza y Casas- sino también, porque consintió tales actos, no obstante ser la persona que naturalmente estaba obligada a velar por el bienestar de la niña y protegerla de lo que le sucedía. Agregó que en este aspecto la doctrina es conteste en señalar que el facilitador de la corrupción de menores es un cómplice por cuanto *“allana los obstáculos, favorece o contribuye para que la víctima corrompida, sea por iniciativa propia o de un tercero, persista o acreciente su trato sexual depravado”*.

III. La cuestión traída a estudio finca en determinar si el Tribunal de mérito que subsumió la conducta endilgada a los imputados Abelardo Omar Pereyra y Rosa Gumersinda Rodríguez en los delitos de abuso sexual sin acceso carnal agravado continuado y abuso sexual con acceso carnal agravado continuado, en concurso real, ambos en concurso ideal con el delito de **promoción a la corrupción de menores**, aplicó correctamente la ley penal sustantiva en relación a éste último (promoción a la corrupción de menores), o si, por el contrario, incurrió en un error jurídico.

1. Para comenzar es menester recordar que pacíficamente la doctrina ha sostenido que la corrupción es una **depravación de los modos del acto sexual, por lo perverso, lo prematuro o lo excesivo**. El recordado Ricardo C. NÚÑEZ indicó: *“el modo del acto sexual*

se puede depravar volviéndose perverso en sí mismo, en su ejecución; o volviéndose prematuro por su práctica lujuriosa habitual precoz, despertada antes de lo que es natural, o, finalmente, volviéndose excesivo por expresar una lujuria extraordinaria” (Derecho Penal Argentino, Bibliográfica Omeba, Bs.As., 1964, T.IV, págs. 342/343; cfr., SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T.E.A., Bs.As., 1970, T.III, pág. 307; CREUS, Derecho Penal. Parte Especial, T.1, pág. 216; GAVIER, Enrique A., Delitos contra la integridad sexual, Lerner, Córdoba, 1999, págs. 70 y 71).

En este orden, se identifican como **perversos** aquellos actos sexuales que se presentan como depravados, en tanto desbordan a aquellas prácticas que pueden considerarse un ejercicio normal de la sexualidad. **Prematuro**, en cambio, es aquel acto sexual llevado a cabo sobre una víctima que no ha traspuesto el límite etario bajo el cual la ley juzga temprana la actividad sexual y así, una interpretación sistemática de la ley 25.087 pone de manifiesto que por debajo de los trece años la ley presume la completa inmadurez sexual de la víctima, sin importar las condiciones personales individuales, en relación a este punto lo prematuro del acto corruptor, atiende a la inmadurez de la víctima para llevar a cabo todo tipo de actividad sexual, sin perjuicio que la mayor o menor gravedad de la conducta repercuta en la graduación de la pena. Finalmente, se caracteriza como **excesivo** a aquellos actos sexuales que impliquen una lujuria o que estén impregnados de una lascivia desmesurada o extraordinaria.

En orden al **bien jurídico protegido** por este tipo penal, se acepta que se trata de un delito que atenta contra el derecho de las personas que, en razón de su edad no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones. Es el derecho que los menores de edad tienen al

libre desarrollo de su personalidad, particularmente en el aspecto sexual (*mutatis mutandis*, REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino Ley 25087*, Ed. Marcos Lerner, 2005, págs. 175).

2. El contraste entre el referido marco conceptual y las particulares circunstancias de la causa permiten concluir que la conducta enrostrada a los acusados ha sido correctamente subsumida en el delito de promoción a la corrupción de menores (art. 125, segundo párrafo del CP).

Ello así, pues la materialidad de los hechos que se tuvieron por acreditados conforme a la prueba rendida, por lo perversos y excesivos, reúnen claramente las notas depravatorias exigidas por la figura en cuestión.

Es que fueron actos perversos, por cuanto, además de haber consistido **en tocamientos por distintas partes del cuerpo, pechos y vagina, por encima y por debajo de la ropa; introducción de dedos en la vagina y accesos carnales vía vaginal en reiteradas oportunidades**, muchos de ellos lo fueron **en presencia de un tercero, su madre**, todo lo que constituye un accionar capaz de torcer el normal desenvolvimiento de la sexualidad de la menor.

Pero además, dichos actos fueron cometidos, en un principio, procurando hacerle creer a la damnificada que eran por su propio bien; *“para protegerla”, “para que no quedara embarazada”, “ para que no tuviera ganas de tener relaciones con otros chicos”*, y, luego, a medida que pasó el tiempo, también fueron llevados a cabo *bajo amenazas* de que si no accedía a los bajos instintos de su padre, no podría salir los fines de semana con sus amigos; por lo cual la abusaba sexualmente –vía vaginal- los jueves, antes de sus salidas y en otras oportunidades, los viernes y sábado, en horas de la madrugada, cuando la menor regresaba. Todas estas circunstancias denotan claramente, que este particular modo de llevar

a cabo las prácticas sexuales, tiene amplia capacidad para deformar el sentido naturalmente sano de la sexualidad.

A más de lo expuesto, también, se debe resaltar que los actos que fue sometida la menor fueron excesivos, pues fueron llevados a cabo en un número indeterminado de veces, **prácticamente todos los días durante un extenso periodo de tiempo**, desde enero del año 2008 hasta diciembre del mismo año, lo que se había convertido en una especie de “**ritual**” o “práctica diaria”, tal como Abelardo Omar Pereyra le señaló a su vecina.

Si bien, no todo abuso sexual perpetrado en contra de un menor debe traer *per se* aparejada la concurrencia del delito de promoción a la corrupción, cuando se trata -como en el caso- de hechos ejecutados por su padre, muchos de ellos en presencia de su madre, llevados a cabo prácticamente a diario e incluso a veces bajo amenazas, son actos demostrativos de una verdadera introducción de la niña al ámbito de la sexualidad e idóneos para impedir el sano y libre desarrollo de su psico-sexualidad, con riesgo para su normal evolución y madurez en dicha esfera.

En síntesis, en el presente caso se configura el “plus” que permite la aplicación de la promoción a la corrupción de menores, ya que no se trata de actos tendientes a un mero desfogue sexual, sino que por su modo de realización y habitualidad con la que eran ejecutados resultan idóneos para enviciar y depravar la conducta sexual de la menor.

Es por lo expuesto, que estimo correcto el encuadre legal efectuado por el sentenciante, al concursar idealmente la figura que analizamos con los delitos de abuso sexual sin acceso carnal agravado continuado y abuso sexual con acceso carnal agravado continuado (arts. 45, 119, primer y último párrafo en función del cuarto párrafo b) primer supuesto; 119 tercer párrafo, en función del primero y cuarto párrafo b) primer supuesto, 55, 54 y 125 tercer párrafo del CP).

3. Antes de finalizar, es dable destacar que la doctrina que el impetrante pretende que sea aplicada a sus defendidos (T.S.J. “Espíndola”, Sent. nº 100, 20/04/2010) carece de pertinencia en el caso por cuanto la escala penal allí dispuesta lo fue específicamente para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (art. 119, cuarto párrafo en función del segundo, inc. b) del CP) y no para los delitos que pretende el recurrente.

4. Por último, se debe precisar que el recurrente soslaya que la circunstancia que indica como aquella que el *a quo* omitió valorar al momento de mensurar la pena, esto es la **carencia de antecedentes penales de sus defendidos**, ha sido expresamente tenida en cuenta por el tribunal **a favor de los imputados**, motivo por el cual su crítica tampoco resulta de recibo.

Por lo demás, contrariamente a lo que señala la defensa, la pena impuesta no resulta arbitraria ni desproporcional, por el contrario luce ajustada a derecho y a las constancias de autos. Es que, dentro de una escala penal que va desde **ocho a treinta años de prisión**, al encartado Abelardo Omar Pereyra se le impuso una pena de **dieciocho años de prisión**, sanción que se encuentra por debajo del punto medio de la escala penal; mientras que a Rodríguez se le impuso una pena de **once años de prisión**, la cual se encuentra muy próxima al mínimo legal. Ello es indicativo que han primado las circunstancias personales del imputado que el sentenciante valoró en su favor.

Por todo lo expuesto, a la presente cuestión, voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido

La señora Vocal María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

A LA TERCERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por el Dr. Ernesto Acosta, abogado defensor de los imputados Abelardo Omar Pereyra y Rosa Gumersinda Rodríguez., con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación deducido por el Dr. Ernesto Acosta, abogado defensor de los imputados Abelardo Omar Pereyra y Rosa Gumersinda Rodríguez. Con costas (arts. 550/551 del C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI
Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE de BATTISTELLI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI
Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia