

LA INICIATIVA PRIVADA EN LOS DELITOS SEXUALES (BS. AS. 1863-1921)

Betina Clara Riva

CHAyA (IdIHCS- UNLP/CONICET)

Introducción

Este trabajo¹ propone problematizar la cuestión de la iniciativa privada como una situación conflictiva para el proceso y, especialmente, la imputación de los delitos sexuales en Buenos Aires entre la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, partiendo desde el momento que se inicia el esfuerzo de la codificación penal nacional en 1863 y hasta la sanción del Código Penal Nacional de 1921.

Los crímenes sexuales se concibieron como particularmente graves y al mismo tiempo como situaciones que afectaban a la persona, su familia y la sociedad ya que la pérdida de la honra femenina implicaba la de la masculina por un lado y por otro el fracaso de la civilización, la demostración de pasiones atávicas que todavía pulsaban en el conjunto de la comunidad. Aquella primera situación, la publicidad a que quedaban expuestos los grupos familiares ante la denuncia del ataque llevó a discutir dentro del ámbito jurídico la cuestión sobre qué debía ser considerado más importante: la intimidad, las políticas internas de la familia o el interés del Estado en tanto persecución y castigo de un delito considerado aberrante.

En primer lugar, se dejó librado al criterio de las personas consideradas afectadas directamente por el crimen el dar cuenta o no a la autoridad, habilitando la investigación y formación de un proceso penal. Esto llevó a discutir quiénes eran comprendidos dentro de aquella definición y a preguntarse cómo se podía conjugar esto con la idea de justicia, de protección o seguridad de la sociedad. La conjunción de los intereses de las víctimas y sus familias con los del Estado en la búsqueda de castigo al autor del delito permitió la ampliación de la actuación del Ministerio Fiscal para garantizar a las primeras un acceso a la justicia que se denegaba al no poder aquellas constituirse en acusadores particulares por cuestiones que serán analizadas posteriormente.

Este trabajo entonces, apunta observar y analizar dicho proceso, entendiendo la necesidad de poner en discusión y problematizar las cuestiones antes resumidas.

En este punto, antes de iniciar el recorrido por los problemas planteados, se hace imperioso aclarar que al pensar esta cuestión no me limito a las víctimas femeninas, ya que a pesar de que durante el período de estudio, los delitos sexuales fueran concebidos principal, y casi excluyentemente, como

¹ El presente escrito forma parte de un proyecto de más largo alcance sobre los delitos sexuales y las construcciones jurídicas de la sexualidad entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera parte del XX.

crímenes que sólo pueden cometerse sobre mujeres, existieron denuncias de varones² violados, situación que desafiaba las concepciones de la sexualidad como bipolarmente definida en hombre abusador/violento-mujer víctima/pasiva³ y el acto criminal más grave se definía de acuerdo a esta idea como: la penetración efectivamente realizada con el miembro masculino en mujer virgen. Sin embargo, la existencia de menores victimizados⁴, en tanto penetrados por otros hombres, abre carriles propios a la discusión, ya que, como se plantea en este trabajo, si la masculinidad se define por el rol activo en el acto sexual y el delito solo puede calificarse en una mujer: es posible denunciar como criminal el atentado en los términos que la ley plantea cuando se trata de una víctima hombre? Es factible la persecución judicial del hecho? Y qué debe responder la justicia a un padre que toma la decisión de denunciar este delito con las consecuencias sociales que esto implica?

El presente análisis se divide entonces en dos partes, en primer lugar trabajo la evolución de la parte interesada como constitución esencial de la iniciativa privada y luego analizo algunos problemas específicos de esta, haciendo particular hincapié en la ampliación de las funciones de la Fiscalía para representar la vindicta pública y a través de ella los intereses de la víctima. En este sentido quedan planteada algunas cuestiones en relación a las dificultades para imputar un delito sexual en los términos cómo se planteó y concibió el proceso penal desde la segunda mitad del siglo XIX.

Para este trabajo utilizo como fuentes primordiales expedientes judiciales⁵ relevados en el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires⁶ y en el Departamento Histórico Judicial de la Suprema Corte de Justicia⁷

² Utilizo “hombre” y “varón” como palabras equivalentes a menos que se indique expresamente lo contrario.

³ Con el correr del siglo esta visión de la situación es confrontada y cambiada, reconociéndose la realidad del varón como víctima, planteándose la necesidad de reformar la letra de la ley para que se adapte a aquella evolución. Sin embargo, esta aceptación se limita a aceptar que un hombre puede ser atacado por otro, no incluyéndose las posibilidades de que una mujer sea agente activo en la agresión sobre un hombre, o limitándose a incluirla en los supuestos de la “corrupción”.

⁴ Hasta la fecha no he hallado ningún caso de un hombre adulto que denunciara haber sufrido una agresión sexual, puede suponerse con cierto grado de certeza que esto tiene que ver no solo con los términos en que se plantea la legislación criminal al respecto sino a las consideraciones sociales involucradas en este asunto, especialmente al mito de la “impenetrabilidad” del hombre.

⁵ Todos los casos estudiados corresponden a la Primera Instancia

⁶ De aquí en más AHPBA

⁷ En adelante DHJ

La parte interesada

Como planteé anteriormente, la iniciativa privada en los delitos sexuales se considera constituida en primer término y fundamentalmente por la identificación y acreditación cierta de la parte interesada, esto traía aparejada una serie de responsabilidades, siendo la principal tomar parte activa en el proceso, debiéndose designar un letrado cuya función era la representación del damnificado. Este proceso se lo llamo "constituirse en parte", "formar parte" o "tomar parte", generalmente además se advertía que si el hombre (habitualmente el padre de la víctima) fallaba en hacerlo la causa se consideraría como desistida y por lo tanto correspondería el sobreseimiento automático del acusado. Este factor, que implicaba un desembolso importante para las familias, no solo en tanto honorarios al profesional sino en cuanto a la tasa de justicia, los riesgos de correr con las costas del pleito y el dinero que implicaba movilizarse hacia el tribunal⁸, debe ser tenido muy presente ya que a partir de él se derivaran problemas particulares que, propongo, llevarán a la ampliación de la actuación de la fiscalía y la reducción de la participación de la "parte interesada" en el proceso judicial.

En primer lugar, debe comprenderse que en estos crímenes muy pocas personas podían ser entendidas, o fueron comprendidas, como tales:

El Artículo 141⁹ expresa "(...) que no se procederá á formar causa por los delitos expresados sinó por *acusacion ó denuncia de la interesada ó de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito* (...) "¹⁰

En la práctica esta segunda persona mencionada se entendió como el padre o marido de la víctima, aunque en algunos casos puntuales, se realizó una interpretación menos restrictiva de la letra de la ley entendiendo que podía tratarse de cualquier hombre que tuviera la guarda temporal de la menor¹¹, más tarde, es posible pensar que esta interpretación permitiría a entender a la madre como habilitada para realizar el reclamo. Sobre esta cuestión volveré más abajo.

⁸ Debe considerarse que en el período trabajado existen pocos tribunales de primera instancia, ubicados además en la cabecera departamental correspondiente, lo cual implicaba la necesidad del traslado de los involucrados en el proceso, lo cual corría como gasto propio. Esta situación fue la causante de más de un desistimiento.

⁹ Corresponde al Código de 1886. En el código Tejedor el mismo artículo llevaba el número 266

¹⁰ DHJ "Sosa Jesus por rapto y estupro a la menor Ramona Sosa en "Tres Arroyos"" (P 104; E 08) 1887 entrecomillado en el original. El resaltado es mío.

En todos los casos se ha respetado la redacción original y las marcas propias del expediente, actualizándose solo la separación de las palabras a fin de hacer inteligible el texto.

¹¹ A modo de ejemplo: DHJ "Sosa Jesus..."

Existía un único caso en que se permitía la actuación de oficio y la denuncia de cualquiera que tuviera información del hecho criminal:

(...) el inciso 2 del Artº 141 del Código Penal permite que cuando el delito *fuese cometido* por la *persona bajo cuya guarda se encuentre una menor impuber* puede acusar cualquiera del pueblo ó precederse de oficio (...) ¹²

En la práctica, esto quedó limitado al único caso de que la sospecha recayera en el ascendiente directo de la víctima con la que esta conviviera ¹³. En este supuesto el comisario o Juez de Paz podían actuar sin presentación formal, por simple notificación del hecho o sospechas fundadas ¹⁴, esto tiene que ver con el principio del escándalo que tal situación produce ¹⁵. Sin embargo, he encontrado que en más de una ocasión al llegar las actuaciones a la Primera Instancia ¹⁶ los juristas intervinientes no siempre consideraron que estos funcionarios hubieran estado habilitados para actuar en el sentido antedicho ¹⁷, por cuanto utilizaban la primera parte de la ley que prescribe que las denuncias sólo pueden ser realizadas por parte interesada ¹⁸. En este sentido, puede decirse que se realizó una lectura restrictiva de la definición de aquella, que llevada al extremo terminaba planteando el absurdo de que el propio abusador debía ser quien se presentara a realizar la denuncia contra sí mismo!

En algunos casos se llegó a sobreseer a los acusados a pesar de las pericias médicas y de las pruebas contra ellos por considerar que las actuaciones resultaban nulas al haber procedido la autoridad por simples informes a levantar sumario.

Esta elección en la interpretación del código se justificaba por una teoría jurídica que sostenía:

"Efectivamente, estos delitos, afectan mas directamente al honor y reputación de la familia que á la conservación del orden social; por estas razones que *la Ley ha dado á la víctima ó á sus representantes legales el derecho de hacerlos publicos llevando al delincuente ante los Tribunales por acusación ó instancia, ó el derecho de ocultarlos; pero*

¹² DHJ "Argüello Guadalupe por estupro en la menor Anastacia Galvan en Balcarse" (P 120; E 09) 1888 El resaltado es mío

¹³ Es de hacer notar que en este período es raro e inusual hallar casos donde se denunciaran agresiones sexuales intrafamiliares.

¹⁴ Es preciso decir que nunca se dice claramente cuáles o cómo se constituyen estas.

¹⁵ Entre otros: Tejedor, C. "Curso de Derecho Criminal"

¹⁶ Debe dejarse claro que durante esta época la justicia de paz era mayormente lega o con mínima formación jurídica mientras la Primera Instancia la constituían funcionarios letrados

¹⁷ Un claro ejemplo de esto DHJ "Seanone Juan..."

¹⁸ En el mejor de los casos, se arguyó en algún momento, esto implicaba que quien debía presentarse a reclamar era la madre de la joven o la propia víctima.

una vez que se ha optado por lo último, nadie tiene derecho de constatarlos ó de castigarlos de oficio, sino en el caso excepcional prescrito en el referido art. 266 in fine."¹⁹

El hombre de la familia

Dos personas califican en todo momento como "parte interesada" de pleno derecho: el padre de la víctima y el marido de la mujer agredida. Aquí sin embargo, debe hacerse una aclaración, también era posible considerar al hombre que tuviera a cargo a la mujer agredida, en tanto tutor, ascendiente directo o pariente consanguíneo, en términos generales, el hermano o tío de la víctima²⁰.

La razón de esto puede proponerse como una continuidad del concepto romano de la "injuria"²¹, la cual, en una de sus acepciones implica que los delitos cometidos contra una mujer o un menor son, en verdad, contra el hombre que los tuviere a su cargo, siendo este, el único habilitado para reclamar compensación ante los tribunales en tanto verdadero damnificado. Esta idea se ve expresada por tratadistas y magistrados en las fuentes jurídicas y también en algunos escritos sobre el problema de la honra.

Toda esta situación puede entenderse también como un problema desde la lógica del honor del hombre y en este lugar, quizá, se comprenda mejor la razón de darle a él, y sólo a él, la facultad de realizar el reclamo ante autoridad competente: el ataque sexual contra un miembro femenino de su familia implica *su* falla en el rol social y culturalmente asignado como protector de aquellos a su cargo. En este sentido, la interpretación restrictiva de la letra de la ley puede leerse como una forma de sostener el funcionamiento de la sociedad al no poner en riesgo y garantizar el lugar de decisión del hombre en relación al manejo de su hogar. La publicidad en este punto podía ser tan costosa a las víctimas, hombres o mujeres, como a su progenitor o marido y aún más cara a estos. Sin embargo, la elección de dar publicidad, a través del hecho, lleva a preguntarse por un cambio en el paradigma de lo público y privado en el seno de la familia, así como por la interiorización de los Tribunales como el espacio privilegiado para lograr justicia, entendida, de acuerdo a la manifestación de los actores como castigo del culpable.

La ampliación de la parte interesada: la madre como denunciante

¹⁹ DHJ "Seanone Juan por violación á su hija Rosa, en Maypu" (P 112; E 05) 1888. Entrecomillado en el original, el resaltado es mío

²⁰ Aunque un tanto anterior al período trabajado considero interesante el ejemplo de AHPBA "Juan Pedro Barragan por haber violentado a su hija Ana, y por vago y entretenido", (C 34; A 2, L 154; E 27; Año 1853)

²¹ Petit, Eugenio. "Tratado Elemental de Derecho Romano" vol. 2. Voz: *Injuria*, Bs. As. ed. Abaco, 1955

En muchos casos, fue la madre de la víctima quien dio parte a la autoridad, afirmando que el esposo se encontraba ausente del hogar²², fuera porque estuviera trabajando en otro pueblo o porque se hubiera dado una separación de hecho. Sin embargo, durante mucho tiempo se le exigió que inmediatamente después de haber realizado la acusación debía presentar una notificación del esposo (a quien se consideraba el padre de la persona atacada) autorizándola a proceder con la persecución de la causa; en otras ocasiones se citaba al hombre a comparecer ante la comisaría o al juzgado de Primera Instancia a ratificar la denuncia realizada por la mujer y constituirse él en parte interesada. Estas cuestiones llevaron a que más de una causa fuera desestimada ya que muchos ni siquiera habitaban en el mismo partido o provincia que la madre del, o la, menor. Así, se forzó a las mujeres a utilizar estrategias como la presentación de notas de dudosa autoría facultándolas a constituirse como denunciantes y parte en la persecución del delito, constituyéndose en acusadoras particulares. Propongo que el reconocimiento tácito de esta situación y la imposibilidad de resolver el problema de las familias separadas a veces por kilómetros de distancia, lo cual implicaba la imposibilidad física y económica de llevar adelante el proceso, llevó a dar una interpretación más laxa a la constitución de la “parte interesada” y con ella de la iniciativa privada. En este sentido, infiero, a partir de las fuentes y algunos escritos más teóricos/técnicos que esto pudo realizarse utilizando como justificación la expresión que hacía referencia a persona que tuviera a su cargo a la víctima.

Por otro lado, entiendo también que esta nueva forma de pensar la cuestión social y aceptar una ampliación de la parte interesada junto con el incremento de las facultades de actuación de la fiscalía en estos procesos y la reducción del concepto de “instancia privada”²³, pudo tener que ver con el hecho de que se percibió como una falla en el sistema que la interpretación restrictiva llevara a la liberación semi automática de los acusados, denegando justicia a las víctimas, al evitar la formación del proceso por situaciones ajenas a la voluntad del denunciante, que era el elemento primordial en la consideración de la persecución de estos delitos. Así, se halla expresión de la voluntad particular de buscar castigo y sin embargo no podía realizarse ninguna actuación porque la ley restringía en forma artificiosa las personas que podían dar expresión a este deseo, ignorando las realidades más usuales. También es posible pensar que esta evolución se conecta a un fenómeno ampliamente reconocido por distintas corrientes de teoría y filosofía del derecho: la ley va a la zaga de lo que ocurre en la sociedad, por lo cual los juristas deben buscar la forma de adaptarla o propugnar su cambio evitando la injusticia manifiesta o la denegación de justicia. En el caso de estudio las viejas leyes españolas, utilizadas como base del nuestro sistema y los primeros códigos fijan una forma de actuar imposible a

²² No he hallado aún casos donde las madres se declaren viudas. En algunos casos si bien queda claro que se trata de familias monoparentales se prefiere mantener la ilusión de un padre alejado del hogar en tanto la situación de una mujer que tiene un hijo sola podía jugarle como presunción en contra a la hora de tomar en cuenta la honra familiar como elemento a ponderar.

²³ Sobre esto me explayaré en la segunda parte del trabajo

la realidad de un país donde las familias no necesariamente cohabitan y donde el conflicto se va encausando no hacia la búsqueda de la venganza o satisfacción privada sino a la restitución por el sistema judicial.

La negación de la víctima como parte interesada

Ahora debo dedicar un espacio a una situación llamativa, en tanto la letra de la ley da a la víctima la posibilidad clara y cierta de ser parte interesada, en la práctica esto no se aplica: la persona agredida no fue considerada por jueces, fiscales ni abogados defensores como habilitada para dar parte del hecho a la autoridad. Esta situación generó en algunos momentos discusiones dentro de la justicia existiendo dos frentes de discusión: la interpretación de la ley, en tanto se negaba en la praxis aquello que el derecho habilitaba, y la protección de la sociedad. Confrontaban así la cuestión del respeto a la autoridad paterna/materna con la propia necesidad de la víctima y con el deber del sistema judicial de defender la sociedad entendiendo esto como mantener el *status quo*, pero también, garantizar justicia²⁴.

Si bien, difícilmente se encuentran argumentos completos respecto de por qué no se considera la denuncia realizada por una víctima puede suponer a partir de los expedientes consultados que aceptarla por un lado implicaba comprometer, quizá de modo insalvable, como ya se dijo, la honra masculina; por otro lado si se tiene en cuenta las ideas dominantes (médico/psiquiátricas) respecto de las mujeres como seres no racionales y profundamente emocionales nos encontramos con que se suponía que no podían comprender en forma cabal las consecuencias que traía implicada la denuncia para ellas, en tanto víctimas, o como madres, al dejar en evidencia la “desgracia” de sus descendientes.

Además, se ha considerado que la mentira era natural al sexo femenino, especialmente como forma de salvar una situación enojosa, esto habilitaba pensar que ella estuviera intentando ocultar amores ilegales que hubieran sido descubiertos²⁵ “utilizando” el sistema jurídico²⁶.

En lo que respecta a los miembros del sexo masculino atacados, existían dos problemas simultáneos: en primer lugar si efectivamente existía un delito que perseguir, en tanto, en ocasiones se argumentaba que siendo la “violación” o el “estupro” un crimen que sólo podía cometerse sobre mujer

²⁴ Un análisis detallado de estas cuestiones más teórico/filosóficas exceden con mucho el alcance de este estudio

²⁵ El de los “amores secretos” solía ser un argumento esgrimido por los abogados defensores del acusado aún cuando al continuar la causa no pudiera presentarse ninguna prueba de su existencia. A modo de ejemplo: DHJ “Pineda, Isabel por violación en la persona de la menor Felisa Rocha en el partido del Tuyú” (P 125; E 05) 1890

²⁶ Es interesante hacer notar que los juristas, tanto como los médicos legistas, solían expresar claramente su preocupación de ser “usados” por las supuestas víctimas para castigar personas que fueran inocentes del delito por el que se los acusaba

honesto no existía figura que contemplara el ataque en un varón²⁷; una vez superado esto, se ponía en tensión la propia definición de la víctima como *hombre*²⁸. Esto quizá permite entender por qué no he podido hallar denuncia alguna realizada por un varón adulto en que se presente como agredido (y porque hay tan pocas presentadas por los padres: la marca, igual que en las mujeres es indeleble y aquí compromete mucho más que su elegibilidad matrimonial, cuestionando su propia existencia: sigue siendo un hombre, socialmente hablando, aquel que fue poseído por otro?)

Al mismo tiempo, el atacado se enfrentaba con la posibilidad de ser marcado como “pederasta pasivo” (y penado por ello) en lugar de víctima. Si se comprobaba que este había sostenido relaciones anales con anterioridad al acto denunciado se negaba cualquier posibilidad de verse comprendido como tal²⁹. Finalmente, existe un punto que no puedo dejar de mencionar, en la mayoría de los casos que he podido rastrear las víctimas son menores de edad³⁰, por lo cual, no pueden constituirse en denunciantes, ser considerados responsables de las consecuencias intrínsecas de la denuncia ni descartarse la posibilidad de la mentira o la confusión.

La iniciativa privada como punto de debate

La conformación de la causa

En este apartado me adentraré en el problema específico de la iniciativa privada como constitutiva de la propia existencia de la causa y las discusiones que se dieron dentro de la justicia sobre sus límites y funciones.

Se expresa habitualmente, como he señalado, que los delitos sexuales se codificaron como dependientes de instancia para proteger a las víctimas y sus familias, quedando en ellas la decisión de si buscar justicia, haciendo pública su desgracia, o, por el contrario, dejar el asunto en la sombras. Existía una teoría, bastante repetida en los expedientes, respecto de que el silencio permitía que la persona atacada pudiera sanar mucho más que un proceso, situación considerada fatigosa y humillante.

Esto habilitó y permitió sostener una interpretación estricta y restrictiva de la iniciativa privada, a veces llamada también, instancia de parte: si una persona habilitada para iniciar la acción legal, no importa el motivo no se constituía como tal, esto es afirmaba su voluntad y nombraba representante letrado (llamado en ocasiones “acusador particular”) la causa debía considerarse como abandonada ya que

²⁷ En estos casos se argumentaba que la sodomía implicaba la aquiescencia de las partes o que solo penaba la cohabitación masculina no violenta. He trabajado esto en: Riva, Betina C. “El delito de violación en varones: masculinidad en conflicto y discurso judicial (Bs. As. 1850-1890)”

²⁸ Op.cit

²⁹ Ejemplo paradigmático de esto en AHPBA “Criminal contra Domingo Broncin y Cristobal Caballa por sodomía” (C 38; A 1; L 239; E 59, Año 1864).

³⁰ En términos generales se comprendía el límite de la minoridad como los 18 años

su continuidad implicaría necesariamente una actuación “de oficio”. Esto generó cuestionamientos ciertos en tanto algunas personas expresaban claramente que deseaban la persecución del delito y su castigo pero que les resultaba materialmente imposible constituirse en parte activa: no podían viajar para comparecer ante el tribunal o pagar un abogado³¹. En este sentido entonces, se pedía a veces expresamente que el Ministerio Fiscal tomara parte en representación de la víctima, siguiendo la causa por todos sus carriles, solicitando pena y hasta la sentencia. Sin embargo, durante largo tiempo los tribunales hicieron caso omiso de esta solicitud, sentando que la iniciativa privada implicaba la participación en la causa y no la simple formulación del reclamo.

La renuncia a la acusación particular pero no a la denuncia

Esta situación va cambiando muy lentamente con el correr del siglo, puede verse especialmente a partir de lo que parece un conflicto específico: la renuncia a la acusación particular pero no a la denuncia. Este recurso, algo rebuscado, se basaba en discutir que el requerimiento legal era la clara *expresión de deseo* de que el delito se castigase, lo cual quedaba sentado con la denuncia ante autoridad o incluso con su constitución como “parte interesada” ante el tribunal³², y no la participación del interesado en el proceso como parte acusadora, confiando al Fiscal la tarea de seguir el proceso, producir pruebas y pedir condena (llegado el caso también apelar).

Como ejemplo paradigmático transcribo la fundamentación de uno de estos pedidos para mostrar la argumentación utilizada:

Colocado en tal situación, sin recursos para costear la erogación de un juicio, no admitido por eso que el reo haya de quedar exonerado de todo castigo y menos que tal sea la verdadera interpretación al art° 266 de[] Cód Penal.

Esta disposición lo único que ha referido a la acción de la parte interesada en el proceder á fomar causa por los delitos al que se refiere, pero no prescribe que cuando exista ya era causa formada sea también la misma acción indispensable para proseguirla hasta obtener el castigo del delincuente.

Formada la causa, lo que lógicamente se deduce del texto claro de la ley madre es que el castigo puede y debe reclamarse por el Ministerio público, sea que el interesado quiera o no continuar mostrándose parte en el juicio. Además de esto, la acción probada que según la misma disposición se exige, queda ejercitada por la simple instancia que el

³¹ A modo de ejemplos: paradigmáticos: DHJ “Bonfante Antonio por violación a una menor Marcelina Ferrario en Ayacucho” (P 68; E 08) 1881; DHJ “Bogado Toribio por estupro a Luisa Jurado en Lobería” (P 101; E 04) 1886

³² Existía una fórmula que era ratificar en la comisaría, el juzgado de paz o el tribunal de Primera Instancia en forma personal o mediante escrito el deseo de que se formara una causa, habitualmente se ponía “vengo a constituirme en parte interesada” o “vino a constituirse en parte” y firmaba

interesado hiciere, pidiendo ante Juez competente el castigo del delito, instancia que en este caso tengo hecha por reiteradas ocasiones como lo comprueban las constancias en autos³³

En verdad, presentaciones como estas corrieron con suerte dispar. En los casos donde se aceptó, se sostuvo, como quedó dicho anteriormente, que habiéndose formado ya el proceso la intervención del interesado no se precisa y puede continuarse pues ha quedado claro el interés de parte.

Cuando se trata de acciones criminales que solo pueden iniciarse por la parte interesada, y no de oficio, hasta la solicitud ó instancia que espresa la misma, de que necesita el fallo de la justicia para que esta no pueda negarse á pronunciarse y averiguar los hechos.

(...)

Pero cambia de especie cuando la misma parte insistiendo en la acusación forma instancia, y pide al Juez que prosiga la causa, sometiendo entonces á todas las contingencias á que estaría sujeto, si la acusación fuera instaurada y seguida en todos sus trámites por la parte interesada.

Hay semi-plena prueba, y es suficiente entonces para proseguir el juicio con solo la audiencia fiscal³⁴

También se consideraba que una vez formada causa esta debe perseguirse hasta sus últimas consecuencias, sin importar el deseo del reclamante. Esta argumentación permitía postular en casos que el denunciante afirmaba que ya no deseaba tomar parte que existía en el Ministerio Fiscal la obligación de continuar el proceso hasta su finalización.

En este sentido la resolución del debate dependió de la interpretación que el juez de turno hiciera de lo prescrito ³⁵, en aquellos casos donde no se hizo lugar a la continuidad de la causa se consideró que al retirarse la parte interesada, sin importar el motivo, debían darse por concluidas las actuaciones³⁶.

Ambas posturas se hacen eco de la discusión subyacente entre los defensores de las teorías a favor de aceptar las renunciadas y las de continuar de oficio, vinculada a las disposiciones que sostienen que

³³ DHJ “Altieri (Blas) por “pederastias” a Ignacio Grande Dolores” (P 67; E 10) 1880. Entrecorillado en el original.

El subrayado corresponde al original. El escrito es hecho por el abogado de parte del padre.

³⁴ DHJ “Altieri (Blas)...”

³⁵ He trabajado más extensamente esta temática en: Riva, Betina C. “Disciplinamiento jurídico en los delitos de violación: primeras aproximaciones al problema”

³⁶ Uno de los casos en que ocurre esto: DHJ “Bonfante Antonio por violación a una menor Marcelina Ferrario en Ayacucho” (P 68; E 08) 1881

por la naturaleza propia del delito se debe respetar el deseo de justicia o silencio de la víctima sin importar el momento en que se halle el expediente.

El desistimiento, otro punto de conflicto

Según la jurisprudencia puede desistirse de una causa de iniciativa privada en cualquier punto de la misma, no importa el momento en que se halle el proceso. Dos fueron las manifestaciones más comunes: que el hecho de verse obligado a pagar un letrado particular resultaba demasiado oneroso y que toda la situación generaba un costo energético demasiado grande para la persona y su familia³⁷.

Una renuncia de este tipo en muchos casos significó el fin de las actuaciones en tanto respeto a la decisión de aquellos a quienes la ley considera como únicos autorizados a pedir reparación³⁸. Sin embargo, en algunas ocasiones, los fiscales apoyados por el juez de turno, intentan y logran encontrar una justificación legal para continuar actuando de oficio, utilizando en parte los argumentos comentados más arriba: que la exigencia es la denuncia de parte interesada para *iniciar* la causa, pero no necesita de esta para llegar hasta su resolución, dado que, en tanto la situación ha sido hecha pública por las personas designadas para ello puede continuarla el ministerio público.

El Agente Fiscal, la vindicta pública y la búsqueda de la justicia

Las situaciones comentadas anteriormente muestran, claramente, que algunos fiscales consideraron que la interpretación restringida de la iniciativa privada como instancia de participación obligatoria de la parte interesada en todos los pasos de la causa llevaba a que no pudiera hacerse justicia a las víctimas, permitiendo la libertad del acusado por un tecnicismo que reflejaba en realidad una situación económico-social claramente desfavorable para las personas atacadas y sus familias. En este sentido, debemos tomar en consideración y hacer jugar como factor el hecho de que el imputado tenía garantizada su defensa por el Estado, en tanto el acusador debía realizar un gasto considerable si deseaba acceder a la justicia. Así, entonces, puede discutirse que las familias se hallaban en clara desventaja para hacer valer su derecho a la justicia.

En el contexto comentado la actuación del Agente Fiscal en el proceso resulta ambivalente, por un lado técnicamente no podría intervenir ya que resultaría una actuación oficiosa, prohibida expresamente en estos delitos y sin embargo, en los expedientes aparece solicitando oficios, pruebas, testimonios, expresándose a través de las vistas y solicitando pena contra el acusado.

³⁷ Un excelente ejemplo de esto es DHJ “Violación en la menor Rosario Uran” (P 109; E 10) 1887

³⁸ Un ejemplo interesante DHJ “Lezcano Camilo por violación en el partido de Coronel Suarez a Aniceta Lezcano” (P 63;E 02) 1885

Es una de mis hipótesis que esta situación se produce por la conjunción de ideas complejas que actúan de un modo soterrado y que se vinculan a la concepción de los delitos sexuales como contra la persona pero también, claramente y al mismo tiempo, contra la sociedad. Esta última forma de pensar estos crímenes llevaría a entender la resistencia a concebirlos como puramente privados. Es de hacer notar, que esta discusión se puede rastrear en algunos escritos de tipo teórico-filosófico y también más sutilmente en los expedientes judiciales.

La actuación del Agente Fiscal, entonces, propongo tendría como función primera representar esa parte de la sociedad que también puede pensarse como lesionada en su cuerpo abstracto, y en este lugar, podría sostenerse la construcción de una parte interesada *sui generis*.

El problema de la producción y carga de la prueba

Si prestamos atención a la teoría de la iniciativa privada tal como se la deja planteada en la teoría y, a veces, en la casuística debería llegarse a la conclusión de que la carga de la prueba, su producción, corresponden al acusador, sin embargo, en la práctica esto resulta particularmente complejo por cuanto se trata de crímenes, que como los mismos juristas reconocen habitualmente solo tienen dos protagonistas, ningún testigo y el mayor indicio lo aporta el cuerpo de la víctima. Al mismo tiempo, no se da ningún espacio a la producción de pruebas por las partes en juego sino hasta el momento en que se “toma la causa a prueba” después del cual estas debían expresar sus vistas.

En este sentido, el acusador particular no parece tener más posibilidad de aportar pruebas que el presentarse con la víctima en la comisaría, en los Tribunales, y su sometimiento a la prueba pericial. Es cierto, que en ocasiones puede proponer el nombre de testigos que acrediten la calidad de la persona atacada (debe considerarse que uno de los elementos centrales en la valoración judicial de estos delitos lo constituye la honra previa de la víctima).

Sin embargo, resulta habitual que sea el Fiscal quien tome a su cargo el pedido de pruebas al Tribunal durante el período de lo que hoy llamaríamos “instrucción de la causa”³⁹, en este sentido, su función resulta igual a la que desarrolla en cualquier otro proceso penal.

Encuentro entonces, que se da una situación paradójica en lo que al proceso se refiere: por un lado el acusador no puede producir pruebas a lo que estaría obligado por ser instigador particular⁴⁰, por el otro el Agente Fiscal que técnicamente no debería intervenir en la causa lo hace como en los procesos de

³⁹ Durante el período de estudio la causa tiene solo dos momentos: el levantamiento del sumario (primeras actuaciones) a cargo del Juez de Paz y luego las actuaciones en la Primera Instancia, que habitualmente consistían en la reiteración de las declaraciones de los testigos, indagatoria del preso, confesión (mientras existió), realización de actuaciones solicitadas por el Fiscal, realización de actuaciones solicitadas por el Defensor (durante el período de pruebas), vistas y sentencia.

⁴⁰ En este sentido puede decirse que el Código de Procedimientos Penales sancionado en 1886 no hizo más que fijar una teoría que no se aplicaba en la práctica.

oficio. En este sentido entonces, se da una ampliación *de hecho* de las funciones de la fiscalía que le permiten una mayor intervención en la activa persecución de estos delitos.

A modo de reflexión final: el secuestro de la víctima o la garantía de justicia? La imputación penal como problema

Algunos autores plantean que desde el fines del siglo XVIII por lo menos se produciría un fenómeno llamado “secuestro de la víctima”⁴¹, que implicaría una “apropiación” por parte del poder penal de ella, alejándola del proceso en tanto participante del ritual de la justicia dejando solo al funcionario encargado de su representación, que es también aquel que debe defender la sociedad o representar la “vindicta pública”.

Quiero para terminar poner en discusión esta teoría dentro del problema específico propuesto, claramente el acceso a la justicia resulta, en la segunda mitad del siglo XIX y primera parte del XX, no solo difícil sino también oneroso para las familias de las víctimas de delitos sexuales. El sistema penal responde al pedido de justicia en principio con una interpretación dogmática dura de la letra de la ley, entendiendo la iniciativa privada como una garantía de la no-injerencia del Estado en los asuntos privados, particularmente en el de la honra familiar, se presenta entonces como un guardián celoso de su derecho a callar, aún cuando los propios involucrados expresen un deseo contrario a esto. Aquí, entonces, se pretende forzar al denunciante a participar en el proceso penal en forma directa, a través de la contratación de un letrado que lo represente y de su constitución como “acusador particular”. Al mismo tiempo, se garantiza al acusado, la ayuda del Estado en su defensa dejando a las partes en una situación de inequidad.

Esta situación se revierte, por un lado, a partir de la insistencia de la parte interesada, que solicita claramente la intervención del Ministerio Público en la persecución del delito que los afecta, y por el otro, porque los Agentes Fiscales se suman a ese pedido aportando sus propios argumentos y realizando actuaciones específicas a favor de una interpretación que tuviera en cuenta el deseo expresado por la parte interesada.

Así, podría decirse que no se da un secuestro subrepticio de la víctima, una apropiación de ella y su reemplazo por un valor abstracto como puede ser la defensa de la sociedad sino que se propone que la ampliación de las facultades al Ministerio Público, la reducción de la instancia privada a la formación de la causa primero, y a la denuncia después, es una forma de garantizar el debido proceso a las dos partes en juego: el acusado y el acusador⁴².

⁴¹ Entre otros: Zaffaroni, Eugenio R y otros “Manual de Derecho Penal”

⁴² Aunque quizá parezca superfluo, debe quedar claro que esto no implicó de ningún modo que las víctimas o sus familias no pudieran constituirse en parte interesada con una representación particular

Bibliografía

- 1.-Baigun, D. y Zaffaroni, E. R. (Dir) (2008) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. T 4 Arts. 97/133. Parte Especial; Bs. As., Ed. Hammurabi, 2008
- 2.- Barreneche, O. (2001) *Dentro de la ley todo: la justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina* La Plata, Ed. Al margen, 2001
- 3.- Barrera, D. (comp) (2009) *Justicias y fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata. (Siglos XVI-XIX)*. España, Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones, 2009
- 4.- Barriobero y Herran, E. (1930) *Los delitos sexuales en las viejas leyes españolas* Madrid, Ed. Mundo Latino, 1930
- 5.- Burke, J. (2007) *Los violadores. Historia del estupro de 1860 a nuestros días*. Barcelona, Ed. Crítica, 2009
- 6.- Caimari, L. (2004) *Apenas un Delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955* Bs As, Ed. Siglo XXI, 2004
- 7.- Caufeld, S. y otros (2005) *Honor, Status and Law in Modern Latin America*, London, Duke University Press, 2005
- 8.- Chejter, S. (1996) *La voz tutelada. Violación y voyerismo* Uruguay, Ed. Nordan, 1996
- 9.- Donzelot, J. (1977) *La policía de las familias. Familia, sociedad y poder* Bs As, Ed. Nueva Visión, 2008
- 10.- Dworkin, R. (1988) *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* Barcelona, Ed. Gedisa, 2005
- 11.-Espada, M. L. e Irisarri, C. A. (1998) *Política Criminal en el Estado de Derecho*. Tomo I, Bs. As., Eds. Jurídicas, 1998
- 12.-Fontan Balestra, C. (1981) *Derecho Penal. Parte Especial*. Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1981
- 13.-Foucault, M. (1983) *La verdad y las formas jurídicas* Barcelona, Ed. Gedisa, 1995
- 14.-Krafft Ebing, R. v. (1886) *Psicopatía sexual. Estudio medico-legal para uso de médicos y juristas*. Bs As, Ed. El Ateneo, 1955.
- 15.- Mittermaier, C.J.A.(1857) *Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. etc.* Madrid, Ed. Hijos de Reus, 1916
- 16.- Molinario, A. J (1949) "La retractación en los delitos contra el honor (un ensayo de historia interna en derecho penal)" Buenos Aires, folleto publicado en la serie Conferencias y Comunicaciones XXIV del Instituto de Historia del Derecho, 1949
- 17.-Moreno, R. (h) (1903) *La ley penal argentina. Estudio crítico por Rodolfo Moreno (h)*. Bs. As., Eds Sesé y Larrañaga, 1903

- 18.-Riva, B. C. “*El sí de los niños. Algunas aproximaciones al problema del consentimiento sexual en el ámbito jurídico bonaerense entre 1850 y 1890*” en Barreneche, O. y Oyhandi, A. (comp.) *Leyes, justicias e instituciones de seguridad en la Provincia de Buenos Aires. Estudios sobre su pasado y su presente*, La Plata, 2012, en prensa
- 19.- Riva, B.C. (2010)“El perito médico en los delitos sexuales, 1880-1890” en Barreneche, O. y Bisso, A. (comp.) *Ayer, hoy y mañana son contemporáneos. Tradiciones, leyes y proyectos en América Latina*, La Plata, Edulp, 2010
- 23.- Riva, B.C. “Cómplices y coautores del hecho: los múltiples involucrados en un delito sexual. Buenos Aires, 1850-1890”, 2011 en prensa
- 24.- Riva, B.C. “Relaciones monstruosas: el problema del incesto (Buenos Aires 1850-1890)” 2011, en prensa
- 25.- Riva, B.C. (2010) “Entre la pureza y la perversión. Construcciones médico –jurídicas sobre los delitos sexuales en menores en la Argentina entre 1860 y 1880.” AAVV VI Jornadas de Sociología de la UNLP, La Plata, 2010
- 26.- Riva, B.C. (2009) “El delito de violación en varones: masculinidad en conflicto y discurso judicial (Buenos Aires, 1850-1890)” en http://www.cehsegreti.com.ar/Actas_II_JNHS.html ISBN 978-987-24227-8-3, 2009
- 27.- Riva, B.C. (2008) “Mecanismos jurídicos en el tratamiento de los delitos de violación: primeras aproximaciones al problema.” AAVV V Jornadas de Sociología de la UNLP Y I Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Cs Sociales, La Plata, 2008
- 29.- Salessi, J. (1995) *Médicos, maricas y maleantes. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la Nación Argentina. Buenos Aires: 1871-1914* Rosario, Ed Viterbo, 1995
- 30.- Salvatore, R. D. y otros (2004) *Crime and Punishment in Latin America. Law and society since late colonial times*. New York, Duke University Press, 2004
- 31.-Sproviero, J.H. (1996) *Delito de violación*. Bs. As., Ed. Astrea, 1996
- 32.- Tau Anzoátegui, V. (1977) *Las ideas jurídicas en la Argentina. Siglos XIX-XX* Bs. As., Ed. Perrot, 1977
- 33.- Tejedor, C. (1860) *Curso de derecho criminal por Carlos Tejedor*. Bs. As., Librería Cl. M. Joly, 1871
- 34- Tieghi, O. N. (1983) *Delitos sexuales* Tomo I Bs. As., Ed. Abaco, 1983
- 35.- Zaffaroni, E. R, y otros. (2005) *Manual de Derecho Penal, Parte General* Bs.As., Ed. Ediat., 2005