El delito de abuso sexual (arts. 119 y 120 del Código Penal) es un ilícito en que la promoción de la acción depende de la instancia privada. Esto es, el particular damnificado debe requerir la actividad jurisdiccional, siendo una excepción al principio de oficiosidad consagrado por el artículo 71 del Código Penal y su objetivo es proteger la intimidad personal, reconociendo primacía al interés individual sobre el interés represivo de la sociedad, quedando supeditada la realización de la justicia penal a una manifestación de voluntad del particular autorizado a formular la denuncia. (Ver. Sup. Trib. Just. Córdoba, 17/9/1956).-

Ese principio general no se aplica y corresponde actuar 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, cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel". (Art. 72. C.Penal, última parte)

Conforme lo expuesto en el párrafo que precede la Jurisprudencia ha dicho: "Procede actuar de oficio cuando el representante legal del incapaz sea autor del delito o cómplice en algún grado, porque la ley no podía dejar en sus manos la facultad de instar la formación de la causa contra sí mismo" (Sup.Trib.Just.Córdoba, Sala Penal 23/6/1980, C.J.,); "No obstante ser un delito dependiente de instancia privada - art. 72, inc. 1 del C.Pen. - se puede proceder de oficio si la víctima del abuso deshonesto es una menor y el victimario su hermano mayor siendo irrelevante que los padres no hayan instado la acción penal" (Cam.Nac. Crim. y Corr., Sala a°, 4/5/2000, Gonzalez, P.A.);

"Se puede proceder de oficio si el acusado de abuso sexual es tío de la víctima" (C.Nac.Crim y Corr, Sala 6ª, 11272003, Sepùlveda, L...) " Si bien el delito de violación es de instancia privada, de acuerdo con lo establecido por el art. 72, inc 1, C.Pen., al estar involucrado el guardador del menor, la denuncia la puede efectuar cualquier persona.

El límite a la acción pública que la norma sustantiva consagra tiende a proteger la intimidad personal y el decoro de la familia, en defecto de dichos objetivos la ley consagra excepciones dirigidas a acentuar el fin tuitivo de la norma. Se allana el obstáculo a la actuación de oficio cuando un menor no tenga padres, tutor o guardador o el delito fuere cometido por uno de ellos; no puede dejarse librado en cabeza de quien puede resultar incriminado la facultad de denunciar si el menor víctima se hallaba en estado de abandono (Sup. Trib. Just. Entre Rios, sala Penal y Trab, 9/4/ 1990, Kannemann Hector E v Meza , Jua R) (Ver sobre el punto- Código Penal Anotado, de Horacio J. Romero Villanueva, pags 256, 446 y c.cdtes).-

Conforme lo expuesto no hay duda que en caso de que el menor sea abusado, por su padre, tutor o guardador la propia víctima o cualquier persona, pueden hacer la denuncia respectiva ante el defensor oficial del niño y del adolescente, el fiscal o el Juez y estos instar la acción oficiosamente tal como lo impone rigurosamente la ley penal sustancial. (Art. 72 C.Penal última parte, ya citado)

En el supuesto de negativa de algunos de los funcionarios, a judicializar la denuncia, invocando que se trata de un delito de acción privada o por cualquier otro motivo, incurrirán en responsabilidad de tipo político, penal, civil y administrativa la cual deberá hacerse efectiva por los órganos pertinente apareciendo conveniente que las leyes de forma otorguen en forma expresa la atribución al defensor del niño y del adolescente de receptar la denuncia en los supuestos de excepción precitados, poniendo en conocimiento de la misma al agente fiscal para que inste la acción pertinente.