

///nos Aires, 11 de octubre de 2019.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por la Fiscalía contra el auto de fs. 48/54 que declaró extinguida la acción penal por prescripción y sobreseyó a S. G. P..

II. Durante el 2004 habría abusado sexualmente, en reiteradas oportunidades, de su sobrina M. P. E. que contaba con 6 años de edad. Los episodios ocurrieron en la vivienda de los padres cuando aquél quedaba a su cuidado. Consistió en tocamientos en sus partes íntimas y prácticas de sexo oral.

Para el recurrente constituirían abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda de la damnificada (artículos 45 y 119 incisos 2° y 4° párrafo inciso b del Código Penal). A su juicio el plazo de prescripción comenzó a partir de la mayoría de edad de P. E. - 4/3/2016- en virtud las Leyes 27.206 y 26.705 amparadas en los tratados internacionales suscriptos por nuestro país en la materia -con anterioridad al suceso investigado- que revisten mayor jerarquía que el Código Penal, por lo que teniendo en cuenta la fecha de la denuncia -27/12/2018- la acción está vigente.

III. El juez de la anterior instancia para hacer lugar al planteo de la defensa señaló que las Leyes 25.990 (BO 10/1/2005), 26.705 (BO 05/10/2011) y 27.206 (BO 09/11/2015) que el Fiscal trajo en respaldo de su postura fueron sancionadas con posterioridad a los hechos que aquí se investigan, por lo que no deben aplicarse retroactivamente en perjuicio del imputado.

IV. El juez Julio Marcelo Lucini dijo:

En el análisis de tal cuestión, el punto de partida es el artículo 62 ibídem que sostiene: “La acción penal se prescribirá (...) Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años...”. Se advierte así que ocurrieron en 2004 y, para el 19 de julio de 2019, cuando se efectuó el

primer llamado a declaración indagatoria, ya habría transcurrido holgadamente el máximo legal para interrumpir -o suspender- el curso de la prescripción según la Ley 25.990.

Pero la novedad surge cuando se promulga la Ley 26.705 el 9 de noviembre de 2015 pues postula que “...en los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125bis, 129 -in fi-, 130 párrafos segundo y tercero-, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad”.

Si bien no prevé aplicación retroactiva y el instituto que nos ocupa gravitaba de manera más benigna, la correcta solución a la propuesta del recurrente surgirá tras armonizar temporalmente los lineamientos del principio de legalidad de nuestra Constitución Nacional, con los pactos internacionales que, con idéntica jerarquía, imponen absoluta garantía de los derechos de todos aquellos que integran un proceso penal.

La doctrina sostuvo que “La prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad de Derecho material (...) Tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pues al producirse la prescripción, el autor queda impune y puede confiar en ello (...) si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re) fundamentación de la punibilidad” (ver Claus Roxin “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas España-Madrid, reimpresión 2007, pág. 164/165).

Pero entiendo que esa certeza cede si ponderamos que los hechos se desarrollaron cuando ya formaba parte del conjunto normativo de nuestro país la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (del 3 de mayo de 1995) y la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la ley 23.849 sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre del mismo año).

En el primer instrumento la Argentina se comprometió a actuar con debida diligencia y sin dilaciones en la aplicación de políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, e incluir en su legislación interna la normativa y los procedimientos eficaces a ese fin. Incluye entre otras medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso

efectivo a tales enjuiciamientos (cfr. especialmente el artículo 7, incisos b., c. y f.).

Y sus artículos 1º y 2º “A” mencionan que “...para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” y que “[s]e entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual” y el 7... que “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:...b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”; y “f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”.

Por su parte, en la Convención sobre los Derechos del Niño se estableció (artículo 19) 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, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”. Y que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1. de la citada Convención).

Todo indica que ambas convenciones son aplicables en tanto el caso que evaluamos se refiere a una mujer y menor de edad.

Pero se perfila una colisión de derechos cuando parece necesario decidir si debemos priorizar reglas del Derecho Internacional o del interno de nuestro país, la que desplazaría la operatividad de la prescripción.

En ese contexto un principio rector fundamental es el de subsidiariedad, que exige como requisito para la invocación de esas convenciones, la falta de respuesta interna frente a agresiones a derechos humanos. Esto generó que los Estados que las ratificaron se vieran obligados a adecuar sus ordenamientos jurídicos con los instrumentos internacionales, garantizando de esa manera el efectivo goce y reconocimiento de los que de aquellos surgen.

Por tal motivo, la disyuntiva que se ha planteado entre ambas jurisdicciones, en palabras de Dulitzky, “ya no es de esferas independientes sino interdependientes” (Albanese Susana, Interacción entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el ámbito interno. Funciones de los órganos de control, en “El Derecho”, 17 de julio de 1995).

Se impone así una relación directa e interdependiente de la normativa internacional con la local, que se consolida a la luz de otro de los principios rectores en la materia: el de operatividad, mediante el cual desde el momento en que un Estado asume un compromiso internacional los derechos que de allí emerjan son inmediatamente exigibles por parte de los individuos, sin que haya necesidad de su reglamentación interna. Esto es consecuencia del sistema monista adoptado por nuestro país.

Si bien los tratados no regulan por sí solos cómo deben ser aplicados en el ámbito interno, sí fijan obligaciones que restringen eventuales opciones. El Estado parte tiene la posibilidad de reglamentarlo, pero no de establecer su existencia. Menos aún ignorarla.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-2/82 ha sostenido que “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre

derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (lo resaltado me pertenece).

La Argentina receptó en su variada jurisprudencia no sólo las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también otras fuentes del derecho internacional conocidas como “soft law” que agrupa un conjunto de reglas, principios y directrices sobre los más diversos temas de derechos humanos y sobre los que se ha dicho “los órganos políticos de la ONU y de la OEA, si bien carecen de poderes legislativos, constituyen foros que favorecen la formación del Derecho Internacional Consuetudinario, pues facilitan la tarea de comprobar la práctica y la opinio juris de los Estados” (O’Donnell, Protección Internacional de los derechos humanos, cit., pag. 22).

De esta manera consolida un “nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal” que se caracteriza por: a) las normas internacionales y su interpretación han “acrecentado el catálogo de garantías procesales expresas ya existentes, con un sentido bilateral...”; y b) se ha acentuado la necesidad de proteger “el interés de la víctima... pero sin ‘confiscarlo’ en nombre de un ‘interés estatal’...” (CAFFERATA NORES, Proceso penal y derechos humanos, cit., ps. 123 y siguiente).

Potencia las garantías de la víctima de un delito y la considera merecedora de ‘tutela judicial’ (arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH), del interés que ha sido lesionado por el hecho criminal y, por lo tanto, con derecho a reclamar ante los tribunales penales (art. 8.1, CADH), actuando como acusador, aún exclusivo (véase apartado 5. b).

Los compromisos internacionales le han dado jerarquía constitucional a su actuación y puesto en pie de igualdad que perseguir ciertos delitos y al acusado de su comisión.

La complejidad de este legajo radica, entonces, en decidir si debe atenderse el pedido de quien fuera menor al padecer el hecho a ser oído en un juicio, frente a la prescripción de la acción penal que ampara al sospechado como autor y limitaría así toda persecución punitiva.

O sea, si las Convenciones a las que este país adhirió de Belém Do Para y la Del Niño pueden ser invocadas pese a que para cuando ocurrieron los eventos aún no se había sancionado una ley local que las reglamentara.

A mi modo de ver, un derecho garantizado en un instrumento internacional es exigible frente al Estado tanto por parte de quien ha sido acusado por la comisión de un delito, o por su víctima ya que amparan a los ciudadanos, independientemente del rol que ocupen en el proceso y no pueden quedar supeditados a reglamentación interna, ya que a partir de la fecha de adhesión a un pacto, los derechos allí reconocidos ya son operativos y la Nación debe ordenarlos, pero nunca, como se postula, darles existencia.

Establecido el compromiso en investigar delitos que afecten a niños y mujeres y garantizar un efectivo acceso a la Justicia, la ausencia de una ley local no puede ser obstáculo para su concreción. Menos aún que ello conceda impunidad bajo excusa de la prescripción.

Entonces las convenciones de “Belém Do Pará” y del Niño eran y son aplicables al caso bajo estudio y la eventual prescripción de la acción penal no podrá ser invocada para incumplir con aquellos tratados tal como surge del art. 27 de la Convención de Viena.

El fallo “Bulacio vs. Argentina” del 18 de septiembre de 2003, sostuvo que: “En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana. De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes”.

La prescripción de la acción penal, como garantía del imputado para ser juzgado dentro de un plazo razonable, conforma una sanción al Estado. Por su demora asume responsabilidad y las consecuencias que de ella deriva. Pero si tal dilación no le es atribuible, no resulta ya lógico limitar a la víctima el acceso a la justicia para que ejerza su pretensión punitiva. Menos aún que no lo pueda hacer por otra omisión atribuible al Estado, como es no sancionar a tiempo las leyes que le permitirían ante los Tribunales su pretensión de pedir que inicie una investigación.

Aceptar la prescripción como un principio absoluto contra la persecución penal en estos supuestos generaría total indefensión en la víctima, e incluso se estaría desnaturalizando al convertirlo, en manos de quien decidiera cometer un delito, en un instrumento legal para lograr su propia impunidad, máxime en personas vulnerables que indudablemente no pueden reclamar por sí mismos sus derechos, fundamentalmente por su edad, o por el ámbito en que los sucesos se desarrollan.

En este sumario la vulnerabilidad de una menor, es el motivo que garantizaría la impunidad del autor. Primero por la facilidad que se le brinda de desarrollar la conducta supuestamente abusiva en un ámbito familiar, sabiendo que aquél no puede hacerlo saber a las autoridades por sus propios medios. Y que cuando esté en condiciones de hacerlo la acción estaría prescripta.

La importancia de hacer hincapié en personas en situación de vulnerabilidad surge además de las Reglas de Brasilia que, en su capítulo “finalidad”, sostiene que “tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”.

Como se adelantó resultan obligatorias para este país ya que forman parte del “soft law” y en esta causa quien sería víctima tuvo intención de denunciar.

Todo lo analizado fue oportunamente receptado en las leyes nacionales 26.705 y 27.206 que, en los fundamentos que acompañaron a los proyectos se remarcó que “La Convención sobre los Derechos del Niño -incorporada a nuestra Constitución Nacional- impone al Estado Argentino la adopción de medidas tendientes a asegurar al menor la protección y el cuidado que sean

necesarios para su bienestar, en tanto que la ley 26061 dispone el derecho del niño, de la niña y del adolescente a proteger su integridad física, sexual, psíquica y moral estableciendo que, cuando existiere conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros ”.

Se señaló asimismo que “Al igual que en Chile, Colombia, España y Alemania, cuya legislación penal avanzó a paso firme sobre este tema, en el mismo sentido el presente proyecto intenta -al prolongar el tiempo de la prescripción del delito- paliar una situación de evidente desventaja de la víctima frente a su agresor para que pueda, una vez alcanzada la madurez necesaria, luchar judicialmente por su dignidad.”; y que “El interés superior del menor requiere la pronta adecuación del Código Penal para quienes hayan sido víctimas de abuso sexual infantil a efectos de que cuenten con normas que les permitan llevar a juicio a sus agresores, en el momento en que tengan el poder propio de hacerlo... De tal forma, la víctima que no haya podido defenderse durante su niñez, en la que dependía de una representación legal forzosa, podrá hacerlo luego de alcanzada la mayoría de edad.”.

Se valoró entonces que “gran parte de los delitos cometidos contra la integridad sexual de menores quedan, con frecuencia, impunes en función de que la víctima -incapaz de hecho- no está en condiciones de defenderse a sí misma y porque depende de la representación legal forzosa de algún adulto integrante del grupo familiar primario quien, en muchos casos, podría identificarse como el propio agresor. Asimismo la víctima, al alcanzar la mayoría de edad -o la madurez personal necesaria para accionar-, se enfrenta, muchas veces, a una acción penal prescripta.”.

Las leyes nro. 26.705 y 27.206 terminaron por consolidar lo que ya por aplicación del art. 75 inciso 22 de nuestra Constitución se había introducido para la protección de un menor que había padecido de abuso sexual. Entonces, a modo de síntesis, compromisos internacionales para garantizar el efectivo acceso de las víctimas a la justicia, el nuevo paradigma de bilateralidad asumido, la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto y el claro interés demostrado por la víctima de denunciar lo que consideró una afectación a su libertad sexual, impide priorizar una disposición interna para no acatar el mandato de efectivo acceso a la justicia por parte de los menores de edad.

Sólo resta destacar que la postura que aquí se propone ya fue recogida por la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal, con los votos de los Dres. Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos, en la causa nro. 191/2012 del 22 de marzo de 2016 cuando se sostuvo que: “A la luz de las consideraciones efectuadas corresponde concluir que en casos como el estudiado, resulta claro que una niña, de seis años, abusada por su propio cuidador, en el caso la pareja de su abuela, bajo cuyos cuidados y convivencia la dejaba su madre, no tuvo en su oportunidad acceso efectivo a la justicia, al menos hasta que alcanzó la mayoría de edad y pudo ejercer las acciones legales por sí misma; por lo que resolver la prescripción de la acción penal con motivo de que la concreta reforma legislativa operada al respecto, en cumplimiento del compromiso asumido por la República Argentina varias décadas atrás, fue dispuesta con posterioridad al agotamiento del plazo de extinción contenido en el artículo 62, inciso 2, del C.P. implicaría contrariar las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belém do Pará" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados, y procurarle a las víctimas legislación y procedimientos eficaces a esos fines; en desconocimiento, asimismo, del Superior Interés del Niño que se vería, en definitiva, también desconocido en el caso presente, de considerarse que la acción penal incoada respecto de la grave conducta de abuso sexual a la que fue sometida la niña, y que ella denunció habiendo alcanzado ya su mayoría de edad, se extinguió”.

Como corolario sostengo que hasta tanto adquiriera mayoría de edad quien fuera víctima de un delito que afecte su libertad sexual, lo cual importa la posibilidad cierta de tener capacidad para denunciar, no empezará a correr el plazo para que opere la prescripción de la acción penal en relación a sus posibles autores.

El juez Mariano González Palazzo dijo:

I. Un análisis integral a partir de los agravios del recurrente, de las mandas internacionales y locales en juego, me lleva mantener la postura que adopté tanto al votar en casos análogos como juez de la Sala IV de esta misma Cámara y los suscitados en este Tribunal (ver causas n° 23744/11 “S. A.”, rta. 9/4/2013 y n° 13087/2016 “S., C.” rta. 6/3/18).

II. La Convención sobre los Derechos del Niño al igual que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, incorporadas al cuerpo constituyente luego de la

reforma de 1994 (artículo 75, inciso 22), gozan de igual jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en sus artículos 9 y 15.1 consagran la garantía de la irretroactividad de la ley.

En ese orden, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece que los seres humanos son iguales y gozan de todos los derechos y libertades proclamados en ese instrumento sin distinción alguna, remarcando expresamente que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley” (arts. 1,2.1 y 7). Tampoco puede soslayarse la regla contenida en el art. 29 de la C.A.DD.HH, que prohíbe interpretar sus normas de modo tal que impliquen la supresión del ejercicio de los derechos por ella reconocidos o limitar el goce y ejercicio de otro que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de un Estado.

Es precisamente aquí donde entra en juego la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto refiere que “Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. De tal precepto se deriva, entre otros principios, la prohibición de la retroactividad de la ley penal que, en palabras del recordado jurista Bidart Campos, determina la ineludible existencia de una ley dictada por el congreso antes del hecho que da origen al proceso, siendo ese “hecho” la conducta humana que coincide con la figura legal de la incriminación.

En el mismo sentido, en la nueva redacción del Código Civil se establece en su artículo 7 que “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” y “La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

A partir de la normativa reseñada considero que los plazos de prescripción también deben estar legalmente determinados con carácter previo, y no cabe prorrogarlos retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como en el contrario.

Aclaraba Bidart Campos que “el instituto de la prescripción en materia penal pertenece al derecho penal” y por ende “la ley penal que regula la prescripción penal debe ser previa, como toda ley penal” ya que en “nuestro derecho interno es posible...considerar como ley penal más benigna no sólo la

que resulta más leve en cuanto al tipo penal o a la sanción penal, sino también a la que es más suave en orden a otras cuestiones penales (eximentes, causas de justificación, de inimputabilidad, plazos de extinción de la acción penal, etc.)” (ver “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Bs. As. 2002, t. II–A, págs. 88/99).

En similar inteligencia, Claus Roxin sostiene que “La prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del Derecho material”. Así, no “cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pues al producirse la prescripción, el autor queda impune y puede confiar en el ello...Por eso, si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re-)fundamentación de la punibilidad” (“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”, ed. Civitas, Madrid, España, reimpresión 1999, págs. 163/165).

Por su parte, Julio B. J. Maier enseña que “según la letra de nuestra Constitución, art. 18, toda circunstancia que funde o que evite la pena, que la agrave o que la aminore, por la necesidad de fundarla en ley anterior al hecho objeto del proceso, se rige por el juego conjunto del llamado principio de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal y el mandato de aplicar la ley más benigna para el imputado, excepción a aquella regla de irretroactividad. No se debería dudar, entonces, al afirmar que todas las condiciones, positivas (ejercicio de la acción penal) y negativas (extinción de la acción penal), de la persecución penal...son asimismo, en el sentido expresado, condiciones de la punibilidad (objetivas, en tanto no dependen del conocimiento y de la voluntad del agente), o, al menos, funcionan como ellas, y, por tanto, están gobernadas también por los mismos principios”. De tal modo “Si, conforme a las circunstancias del hecho concreto imputado, la ley posterior, distinta a la del momento del hecho, suprime una condición que en el caso no existe –la instancia privada por ejemplo-, o bien negativa que opera según la ley anterior –el plazo de prescripción ya transcurrido, por ejemplo-, la nueva ley no es aplicable, precisamente porque no beneficia al imputado, sino que lo perjudica (CP, 2), y rige al caso su ley natural: la vigente al tiempo de realización del hecho punible imputado” (“Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales”, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As. 2003, págs. 79/80).

Por otro lado, la jurisprudencia también asiste a la tesis que postulo. En efecto, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que “las leyes ‘ex post facto’ que implican empeorar las condiciones de los infractores transgrede el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal (art. 18 Constitución Nacional) en cuyo concepto incluye el instituto de la prescripción” (Fallos 294:68).

La Cámara Federal de Casación Penal señaló que “el principio de la ley penal más benigna, plasmado en el orden interno en art. 2 del Código Penal, al estar incluido en las convencionales internacionales (concretamente, en los arts. 9° de la C.A.DD.HH., 15 del P.I.DD.CC. y 9° de la D.U.DD.HH), opera de pleno derecho y su aplicación resulta ineludible”, destacando que la materia vinculada a la prescripción de la acción penal “es preponderantemente de tinte sustancial, en el sentido de que si bien determina, o influye, en la extensión del proceso –corte instrumental de la norma-, su fin último es el de establecer el límite a la pretensión punitiva del Estado -perfil material de la normativa-, con arreglo a la normativa constitucional y de los pactos internacionales de derechos humanos receptados en la Carta Magna (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.)” (Sala IV, causa n° 13.077 “González, Daniel”, rta. 30/10/12, reg. 2036/12).

Asimismo y como integrante de la Sala IV de esta Cámara sostuve que “La benignidad debe ser interpretada ampliamente, esto es, que debe ser aplicada aquella ley que, al tiempo del juzgamiento, sea más favorable en sus efectos para el justiciable. Por ello, y si bien el principio general o básico en materia de validez de la ley penal en el tiempo es el de irretroactividad conforme al principio de legalidad o reserva contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, el Código Penal admite en su artículo 2° la excepción de la retroactividad de la nueva ley cuando ésta sea más favorable al procesado. Este principio se aplica tanto en el caso que la nueva ley desincrimine el hecho como en el que establezca, en forma general, condiciones más favorables. Y no cabe referirse únicamente a las normas que modifican las penas, sino también a aquellas que influyen en el proceso, como en el caso, el instituto de la prescripción” (in re cn° 25.385 “A. D. A., C.”, rta. 6/6/05).

El marco doctrinal y jurisprudencial reseñado constituye una concreta reafirmación del conocido aforismo “nullum crimen, nulla poena sine lege” (no hay delito ni pena sin ley penal anterior) y está referido a una de las

garantías esenciales e incuestionables de mayor trascendencia republicana (Maximiliano Rusconi, “Derecho Penal. Parte General”, ed. Ad Hoc, Bs. As. 2009, pág. 208), que por lógica debe ser resguardada en pos de la seguridad jurídica.

Desde tal perspectiva, el principio de la irretroactividad de la ley penal se erige en el caso a fin de no alterar la operatividad del instituto de la prescripción de la acción en perjuicio del imputado como pretende el acusador al requerir que se le apliquen los alcances de una norma promulgada más de una década después de los episodios denunciados en autos.

En ese orden, cabe recordar que la denuncia fue formalmente realizada en diciembre de 2018, vinculada con sucesos ocurridos en el año 2004.

Entonces antes de que se efectúe el primer llamado a declaración indagatoria -19 de julio de 2019- ya había transcurrido holgadamente el plazo de prescripción del delito endilgado -doce años- a S. G. P.. Por ende, aun cuando no mediara una decisión jurisdiccional al respecto, la acción penal se encontraba extinta pues opera de pleno derecho.

Por ello y con las consideraciones expuestas disiento con el voto del Dr. Julio Marcelo Lucini y voto por confirmar el decisorio apelado.

La jueza Magdalena Laíño dijo:

1º) Examinada la resolución puesta en crisis y confrontados los planteos expuestos por el recurrente, desde ya adelanto que habré de homologar el pronunciamiento atacado, el que se inscribe en el mismo sentido que la doctrina que fijara al votar en los autos “V.” (CCC 16385/2018, rta. el 27/2/19) y “C.” (CCC 51563/2018 rta. el 29/4/19) y en particular por esta Cámara de Apelaciones en numerosos fallos (Sala I causa n° 32619/2007 “T., C. J.” rta. el 10/12/2007; Sala IV causa n° 23744/2011 “S. A., J. H.” rta. el 09/04/2013; Sala V causa n° 191/2012 “A.J” rta. el 15/09/2014; causa n° 12490/2015 “B., J. M.” rta. el 12/08/2016 y causa n° 6194/2016 “M.R.A.” rta. el 17/03/2017; Sala VI causa n° 18765/2017 “R. M., E. A.” rta. el 14/09/2017 –voto de la mayoría- y causa n° 40677/2017 “M., P.” rta. el 25/10/2018; Sala VII causa n° 37295/2014 “M., P. S.” rta. 29/03/2016 y causa n° 38644/2015 “F., N.” rta. el 30/09/2016, entre otros).

2º) El principio de ley más benigna receptado en el artículo 2 del Código Penal de la Nación y en el artículo 7 del actual Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto establecen la ultraactividad de la ley

anterior más benigna y la aplicación retroactiva de la ley más favorable al procesado, es un axioma que adquirió jerarquía constitucional con la reforma de 1994, mediante los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Este principio de irretroactividad de la ley penal rige como regla en la materia, y reconoce como única excepción la aplicación retroactiva de una ley penal posterior más benigna para el imputado.

Nuestro Alto tribunal ha reconocido desde el leading case “Mirás” (Fallos: 287:76) que el instituto de la prescripción penal se encuentra abarcado por el principio de legalidad. Dijo la Corte en aquella ocasión que “Es jurisprudencia de la Corte que esa garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor -leyes “ex post facto”- que impliquen empeorar las condiciones de los encausados, según ha quedado establecido como una invariable doctrina (Fallos: 17:22; 31:82; 117:22, 48 y 222; 133:216; 140:34; 156:48; 160:114; 169:309; 184:531; 197:569; 254:116, consid. 19º). Por otra parte, afirmó que “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de “ley penal”, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadas del régimen de extinción de la pretensión punitiva.” (Considerando 6 y 7).

Dicho criterio fue reafirmado por la Corte en el fallo “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312) en el que, orientada por criterios de derecho internacional y consuetudinario, realizó una distinción de acuerdo a la categoría de delitos que se trate.

Allí se precisó que “el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte” (considerando 19º del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, y 20º del juez Petracchi) “la doctrina de la Corte señalada en el precedente ‘Mirás’ (Fallos 287:76), se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y continúa vigente para la interpretación del instituto de la prescripción de la acción penal para el

derecho interno” (considerando 25° del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, y 21° del juez Petracchi).

De allí se extrae que, mientras que en el caso de los delitos internacionales el instituto de la prescripción no encuentra protección en el principio de legalidad, de la que sí gozan el resto de los delitos comunes, recogiendo así la tendencia a flexibilizar su interpretación. En concreto, la Corte sostiene que si los crímenes que se cometen son crímenes aberrantes que lesionan derechos humanos, el principio de legalidad debe ser flexibilizado para atender a las demandas de la comunidad internacional (cfr. LUCCA, Ianinna. Arancibia Clavel ¿El derecho internacional desplazó al principio de legalidad? Mayoría internacionalista versus minoría garantista).

Esta garantía ha sido ampliamente reconocida a nivel regional en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH casos “Argüelles y otros vs. Argentina”, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 207; “Liakat Ali Alibux Vs. Surinam”, sentencia de 30 de enero de 2014, párrafo 60; “Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 23/11/2010, párrafo 184; “Tristán Donoso vs. Panamá”, sentencia del 27/1/2009, párrafo 135; “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, sentencia del /11/2005, párrafo 191; “Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia del 22/11/2005, párrafo 115; “Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31/8/2004, párrafos 171 a 179; “De La Cruz Flores vs. Perú” del 18/1/2004, párrafos 77 y 105; “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, sentencia del 25/11/2004, párrafo 113; “Baena Ricardo y otros vs. Panamá” sentencia del 2/2/2001, párrafos 103, 160, 166 y 183; “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia del 30/5/1999, párrafo 113, entre otros).

Al respecto resultan esclarecedoras las enseñanzas del maestro italiano Carrara cuando afirma que “Cuando la ley penal posterior es más benigna, es aplicable también a los delitos anteriores todavía no juzgados de manera definitiva... Esta regla inconcusa se extiende también al caso en que se repitan las variaciones de una ley. Si la ley antigua, más severa, fue reemplazada por una más benigna, y después se vuelve a la severidad primera, entonces el delito cometido bajo la primera ley tiene que aprovecharse de la benignidad intermedia, a pesar de la tercera ley, porque al ser publicada la segunda, el delincuente había adquirido el derecho a la benignidad de ella... Tales son los principios generales acerca de esta materia, en sustancia basados en la regla del predominio de la benignidad.” (CARRARA, Francesco, Programa de

derecho criminal. Parte general, vol. 11, Editorial Temis-Bogotá, pág. 217-218).

En efecto, no puede omitirse la clara letra de la ley, por cuanto el artículo 2 del Código Penal dispone que “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

De tal modo, la misma ley se refiere a tres momentos distintos: a) el tiempo de cometerse el delito, b) el del fallo, c) el lapso intermedio entre ambos. Según el principio legal enunciado, se deberá aplicar la ley más benigna que haya estado vigente en cualquiera de esos momentos. La denominada “extractividad” de la ley más benévola se manifiesta de dos formas distintas: mediante la aplicación ultraactiva de la ley más benigna (que ya no se encuentra vigente) y la aplicación retroactiva de la ley más benigna (que no se encontraba vigente al momento del hecho).

“[L]os límites temporales que se toman en cuenta en el art. 2° del CP para determinar cuál es la ley más benigna y los constitucionales para prohibir la retroactividad más gravosa, son los de la comisión del hecho y de la extinción de la condena, (a) Por duración de la condena debe entenderse cualquier tiempo en que persista algún efecto jurídico de la sentencia condenatoria, que abarca el registro de la misma en el correspondiente organismo estatal, el cómputo de sus efectos para obtener cualquier beneficio o incluso las dificultades que puede acarrearle al autor en el ámbito administrativo o laboral, (b) Por tiempo de la comisión del hecho se entiende el de la realización de la acción típica (y no el de la producción del resultado)” (cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, 2da. edición, edit. Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 122).

También cobra aquí vocación aplicativa lo resuelto por la CSJN in re G.688 XLVI “Granillo Ocampo, Raúl Enrique s/recurso de queja” (rta. el 04/02/2014). Allí, frente a un conflicto respecto de la sucesión de leyes en el tiempo y la extinción de la acción penal por prescripción, ante el caso de una nueva que ley elevaba las penas conminadas para la conducta descripta en el tipo, entendió que debía aplicarse aquella norma anterior y más benigna por ser la que se ajusta al cumplimiento del principio de irretroactividad de la ley penal establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional (cfr. asimismo

CSJN P. 931. XLI “P., J. C. s/recurso de casación”, rta. el 23/10/2007; Fallos: 330:4544).

Ya en el precedente “Jofre”, la Corte a través del voto en disidencia de los ministros Belluscio, Vázquez y Zaffaroni, afirmó que “en el derecho penal reviste singular trascendencia la regla cardinal de irretroactividad de la ley (tempus regit actum), emanación del principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual se expresa en el principio nullum crimen nulla poena sine lege, según el cual el juez penal debe aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva...” (Fallos: 323:3426, voto del conjuez Luis René Herrero).

3º) En función de la claridad del texto legal, las reformas introducidas por las leyes 26.705 y 27.206 al Código Penal constituyen una ley más gravosa que la vigente al momento de ocurrencia de los hechos denunciados, pues de acuerdo a la redacción vigente en los años 1988/1993 -fecha de ocurrencia de los hechos aquí denunciados-, la norma no contemplaba ninguna causal de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal para casos como el aquí examinado.

No puede pasarse por alto que cuanto vengo sosteniendo se inscribe en lo expresado por nuestros legisladores al sancionar las leyes 26.705 (BO 05/10/2011) y 27.206 (BO 10/11/2015). Las exposiciones dejan en evidencia, de modo claro y a contrario de lo que se afirma, que la cuestión no se hallaba zanjada a nivel interno y que era necesario, luego de la sanción de la “Ley Piazza” en el año 2011 de dictar una nueva norma que redefiniera los plazos de prescripción de la acción penal en casos en los que los menores eran víctimas de delitos contra la integridad sexual (Período 129º, HC Senadores, 2ª Reunión, 1ª Sesión Ordinaria 16 de marzo de 2011 y HC Diputados, 8ª Reunión, 6ª Sesión Ordinaria (Especial) 7 de septiembre de 2011) y luego a través de la “Ley de Respeto a los Tiempos de las Víctimas y su aplicación” se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad (Período 133º, HC Senadores, 4ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria 27 de mayo de 2015 y 10ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria 28 de octubre de 2015; HC Diputados, 7ª Reunión, 7ª Reunión Ordinaria (Especial), 7 de octubre de 2015).

En definitiva, el Congreso Nacional fue consciente de la problemática involucrada, ampliando el plazo para la persecución de estos delitos, modificando el derecho interno a fin de estar en armonía con la legislación internacional sobre la materia. De allí que no comparto la postura de aquellos que sostienen que en los fundamentos que acompañaron a ambas leyes puede extraerse una conclusión contraria a la aquí postulada.

Es cierto que las leyes 26.705 y 27.206 terminaron por consolidar cuanto establecían las disposiciones de derecho internacional, en particular la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (suscripta por el Estado argentino el 6 de octubre de 1994 (en vigor desde el 03/05/1995 y aprobada por Ley 24.632, BO 09/04/1996) y la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Ley 23.849, BO 22/10/1990), sin embargo, de ello no se colige puedan regir, incluso, de manera previa a tal modificación, pues ello llevaría al absurdo de afirmar que el legislador dictó una ley que carecía de sentido (cfr. CNCCC, Sala 1, voto del juez Bruzzone en causa n° 12490/2015 “Balsa”, Reg. 1129/2017; rta. el 08/11/2017).

4°) Incluso avanzar en el sentido que propone el recurrente implicaría apartarse del art. 27 de la Constitución Nacional constituye una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva -ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado- el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía. El art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente uno de los principios de derecho público más valiosos de nuestra Ley Fundamental. (CSJN Fallos: 328:2056, disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

En el mismo sentido se expresó Joaquín V. González al sostener que “[u]n tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras

nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos [...] En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes" (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).

Esta comprensión del art. 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido el constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la CADH -entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos- ha establecido expresamente que sus normas "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución", reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (doctrina de Fallos: 317:1282) (CSJN, in re CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Considerando 19º, rta. el 14/02/2017).

En concreto, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden desconocer los derechos y garantías expuestos en la primera parte de la Constitución ni asignarles una protección inferior a la resultante de las leyes reglamentarias que sanciona el parlamento, con total prescindencia de las personas beneficiadas, en salvaguardia del principio de igualdad.

Esta limitación fue especialmente considerada por la Ley 24.309 de declaración de necesidad de reforma de la Constitución Nacional (BO 31/12/1993) al establecer en su artículo 7 que "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional". En el debate de la Convención Constituyente que precedió a la reforma de 1994, el constituyente Rodolfo Barra, indicó que los tratados tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, siendo que al tener jerarquía constitucional están en pie de igualdad con la Constitución

Nacional pero no la integran estrictamente, sino que la complementan; y este carácter complementario obedece al propósito de aseverar que ellos no pueden alterar los arts. 1 a 35 de la ley fundamental, porque, caso contrario, se violaría el art. 7 de la ley 24.309 que “fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir a la primera parte de la constitución nacional”. Citando el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las normas de ella no pueden limitar los derechos tal como están enunciados en la constitución, y que “la palabra complementario tiene mucha importancia, porque en la relación de complementación; lo complementario debe servir a lo complementado, es accesorio a ello.”.

Esta postura fue apoyada por el constituyente Antonio Cafiero, quien expresó que “acompañamos con la palabra complementario la idea de una interpretación donde quede claro que la tutela más favorable al derecho a la persona es la interpretación válida.”. En el mismo sentido se pronunció el convencional Alberto García Lema quien expresó que “tal complementariedad importa que no puede desconocerse, suprimirse o mortificarse un derecho contenido en la primera parte de la constitución, sino que deberá integrárselo, armonizárselo, con los derechos contenidos en los tratados internacionales” (el resaltado es propio).

En aquella ocasión también acompañaron dicha posición los convencionales Humberto Quiroga Lavié, María Martino de Rubeo y el ahora Ministro de la CSJN, Dr. Horacio Rosatti.

5°) Contrariamente a lo alegado por el apelante, no existe ninguna regla del derecho internacional de los derechos humanos que obste a que los Estados partes establezcan reglas de prescripción de la acción penal respecto de delitos de abuso sexual cometidos por personas particulares que no son agentes del estado, ni obran con su aprobación o bajo su dirección.

El abuso sexual u otras formas de abuso infantil no están comprendidos en ninguna disposición de un tratado que establezca su imprescriptibilidad.

Por otra parte, tampoco puede inferirse del derecho internacional general la existencia de una regla consuetudinaria a la que se le reconozca carácter obligatorio, según la cual los Estados tendrían prohibido someter tal clase de delitos a algún régimen de prescripción. Las únicas excepciones reconocidas por los órganos regionales son los antecedentes referidos a sucesos en los que los hechos constituyen un crimen de guerra, de lesa humanidad, tortura, o en caso de graves violaciones de los derechos humanos

(cfr. CIDH Informe 53/01 del caso n° 11.565 “González Pérez c. México” 04/04/2001, párr. 45; Informe 5/96, caso “Martín de Mejía c. Perú”, 01/03/1996, punto 3; Corte IDH, “Bueno Álves v. Argentina”, supervisión de sentencia, 05/07/2011, párr. 28, con cita de “Albán Cornejo y otros. v. Ecuador”, sentencia del 22/11/2007, párr. 111; “Barrios Altos v. Perú”, sentencia del 14/03/2001), situación que no se presenta en la especie.

Conforme lo expone con meridiana claridad el juez García en los precedentes “Mila, Pablo Sebastián” y “Balsa, José María” (causas n° 37295/2014 y n° 12490/2015, Reg. 1128/2017 y 1129/2017; ambas resueltas el 08/11/2017, considerando 5 y sus citas) “[p]or regla, los Estados partes de un tratado o convención internacional celebrada para la protección de los derechos humanos pueden ser hechos responsables del incumplimiento de las disposiciones de esos tratados, sea por violación a las obligaciones contraídas de respetar los derechos y libertades reconocidos en ellos, o por defecto de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en ese tratado o convención (confr. p. ej. art. 1 CADH, con el alcance que le ha asignado la Corte IDH en la OC n° 6/86, “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” 09/05/1986, párrafos 21 y 22, y en la sentencia del caso “Velásquez Rodríguez v. Honduras”, sent. de 29/07/1988, párrafos 162 y 166).

Sin embargo, la responsabilidad internacional del Estado por violación a un deber de respeto o por defecto de garantía, de los derechos reconocidos en el tratado o convención aplicable, no puede ser confundida con la responsabilidad individual de las personas a quienes se imputa la comisión de un delito definido sólo en la ley doméstica, o de un delito internacional, pues la responsabilidad individual se rige por principios reguladores distintos.

Ahora bien, es inherente a las conductas de los individuos definidas como delito por la ley doméstica, que éstas afecten derechos, y en general derechos humanos comprendidos en tratados de esa naturaleza. Sin embargo, ello en sí mismo no cambia la naturaleza y categoría del delito, que será un delito común, o un delito internacional, un crimen de guerra, o un delito de lesa humanidad, sólo si revistiese las características y hubiese sido ejecutado en las condiciones y modalidades definidas por el derecho internacional general, por el derecho internacional humanitario o por el derecho internacional de los derechos humanos, respectivamente.

De suerte que los delitos de abuso sexual cometidos por individuos que no obran en ocasión de su función como agentes del Estado, ni a instancias, ni con la aquiescencia de agentes de esa clase, no pueden desatar –al menos en general- responsabilidad estatal por infracción de un deber de respeto establecido en un tratado o convención de derechos humanos.

En cambio, puesto que los delitos de abuso sexual afectan derechos humanos específicos -en principio la libertad e integridad personal, la dignidad de la persona, y su esfera de autodeterminación comprendida en el concepto de vida privada-, incumbe en general a los Estados un deber de garantía, que comprende, la organización de sus estructuras, y la emisión de disposiciones legislativas o de otro carácter, para asegurar a las personas bajo su jurisdicción el libre goce de aquellos derechos y el respeto a su dignidad. Así, un Estado podría ser responsable por incumplimiento de los deberes de garantía que se definen en los tratados generales de derechos humanos, p. ej. arts. 1 y 2 CADH y art. 2.1 y 2.2 PIDCP.

Adicionalmente, si la persona objeto de abuso sexual fuese un niño, los Estados tienen el deber de proveer de medidas de protección especial (art. 19 CADH y arts. 2.2 y 4 CDN), entre las que se incluyen las medidas de protección contra toda forma de abuso físico o mental, incluido el abuso sexual (art. 19 CDN).”

Bajo esta perspectiva, la cuestión se reduce a determinar si una ley doméstica que regula la persecución de los delitos de abuso sexual cometidos en perjuicio de niños, infringe algún deber de garantía de los asumidos por el Estado de que se trate en la convención o tratado de que se trate.

6º) En lo que respecta al deber de investigar, perseguir y castigar delitos que constituyen abuso sexual de niños, que la ley que regulaba la prescripción al momento de los hechos frustra, la primera observación que debo hacer a este respecto es que se alude de modo no diferenciado a la frustración de la persecución y a la frustración del acceso a los tribunales de justicia.

Sobre el particular solo agregaré, en coincidencia con lo señalado ut supra que nuevamente se desatiende las diferenciaciones efectuadas no solo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana sino también por nuestro Alto Tribunal. La sola invocación de las disposiciones de las convenciones en torno a la noción de tutela judicial efectiva, a la que se aludió anteriormente, no puede neutralizar o debilitar la vigencia de iguales normas convencionales que es deber observar.

Las condiciones vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos no contemplan la aplicación de la excepcional regla de imprescriptibilidad para cualquier tipo de delito, pues si bien en sí todo delito supone una violación de cierta gravedad de los derechos humanos, lo cierto es que la Corte Interamericana ha determinado que debe tratarse de graves o muy graves violaciones que, bajo ciertas circunstancias y en un determinado contexto, determinen la necesidad de no limitar el poder punitivo del Estado. Como dijera la regla de imprescriptibilidad ha sido aplicada a casos de desaparición forzada de personas, de ejecuciones extrajudiciales, de tortura, de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

En este aspecto, la prescripción en materia penal es una garantía que debe ser observada debidamente por los juzgadores. Es que aun cuando el Estado debe garantizar la tutela judicial efectiva (cfr. arts. 8.1 y 25 del CADH), ésta encuentra su límite en las garantías judiciales, y en las mismas convenciones de derechos humanos, que limitan el poder estatal garantizando la defensa de los individuos ante el Estado (cfr. Sala V, voto del juez Pinto en causa n° 12490/2015 “B., J. M.” rta. el 12/08/2016 y sus citas, en particular Norberto Bobbio, “Liberalismo y democracia”, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1989, pág. 19 y 21).

Afirma el Dr. García, en los precedentes ya mencionados, que el concepto de “violaciones graves” a los derechos humanos había sido considerado dirimente para desautorizar la aplicación de leyes domésticas de prescripción a los hechos que mereciesen esa calificación en el caso “Barrios Altos” (Corte IDH, caso “Barrios Altos v. Perú”, sentencia de fondo, 14/03/2001). Allí la Corte IDH había declarado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (párrafo 41). Esta enunciación, aunque no cerrada ni taxativa, ofrece un indicio de cuáles son los delitos calificables como “violaciones graves” de los derechos humanos, no sujetas a la regla de prescripción. De modo análogo, la Corte IDH reiteró esa doctrina, con idéntico enunciado en el caso “Gomes Lund” (Corte IDH, “Gomes Lund y

otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil”, sent. de fondo, 24/11/2010, párr. 171) y también en el caso “Gelman” (Corte IDH, “Gelman v. Uruguay”, sent. de fondo, 24/02/2011, párr. 225).

En cambio, ha declarado que tal doctrina no era aplicable a delitos comunes de muerte atribuida a negligencia médica en el caso “Albán Cornejo”, pues “no opera[ba] la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales” (cit, párr. 111 y voto razonado del juez García Ramírez, párr. 29 y ss.); y en el caso “Suárez Peralta” (Corte IDH, “Suárez Peralta v. Ecuador”, sent. de 21/05/2013, párr. 176).

La sentencia de la Corte IDH en el caso “Vera Vera”, ratifica la doctrina expuesta en el sentido de que ninguna ley doméstica que regule la prescripción de la acción penal puede obstar a la persecución de todo hecho que lesione un derecho humano. Los hechos de ese caso concernían un disparo sufrido por la víctima y su fallecimiento, once días después, mientras se encontraba bajo custodia del Estado. La Corte IDH evocó que, según su jurisprudencia, “la improcedencia de la prescripción usualmente ha sido declarada por las peculiaridades en casos que involucran graves violaciones a derechos humanos, tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y tortura. En algunos de esos casos, las violaciones de derechos humanos ocurrieron en contextos de violaciones masivas y sistemáticas” (Corte IDH, caso “Vera Vera y otra v. Ecuador”, sent. de fondo, 19/05/2011, párr. 117).

A continuación, declaró que “toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, porque implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas. Sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como “violaciones graves a los derechos humanos”, las cuales, como se desprende de lo establecido precedentemente (supra párr. 117), tienen una connotación y consecuencias propias”. Sobre esa base rechazó la tesis sostenida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que por sus características el presente caso reviste una gravedad por la cual no sería procedente la prescripción, porque esa tesis “implicaría que en todo caso sometido a la Corte, por tratarse de violaciones de derechos humanos que, en sí mismas, implican gravedad, no procedería dicho instituto

procesal”, tesis que entendió no se ajustaba a los criterios sentados en su jurisprudencia sobre la “improcedencia de la prescripción” respecto de “violaciones graves” a los derechos humanos (ibídem).

En definitiva, si bien la tutela de los derechos humanos frente a violaciones especialmente graves e insoportables, que pudieran quedar a salvo de sanción -diluyendo el deber de justicia penal derivado de la obligación de garantía que incumbe al Estado-, ha llevado a excluir ciertos hechos del régimen ordinario de prescripción, e incluso de un trato prescriptivo más riguroso instalado sobre determinadas condiciones y plazos más prolongados, que tienden a mantener viva la potestad persecutoria del Estado, no es menos cierto que esa imprescriptibilidad de la pretensión no debe extenderse a cualquier hipótesis delictuosa. En este sentido, la reducción o exclusión de derechos y garantías tiene carácter extremo en el examen sobre la pertinencia de mantener ciertos derechos tradicionales, cuando se quiere proveer, por aquel medio riguroso, a la mejor protección de otros derechos y libertades (cfr. Corte IDH sentencia en el caso “Albán Cornejo” voto razonado del juez García Ramírez, párr. 29 y ss.).

Tal es la situación que se presenta en la especie. La conducta aquí tratada involucra las presuntas agresiones sexuales que el imputado habría cometido en perjuicio de su sobrina, más allá de la gravedad de los extremos denunciados, remiten a episodios acaecidos en un ámbito intrafamiliar sin intervención alguna de representantes de la autoridad pública. Y no se aprecia ninguna actividad por parte del Estado que pudiera interpretarse como obstructora de la posibilidad del ejercicio de la acción penal.

7º) Llegado este punto, resta por examinar si, más allá de la cuestión relativa a la insubsistencia de la acción, en el caso se debe asegurar la tutela judicial efectiva a través de la realización de un “juicio a la verdad”, otorgando a quien resultaría víctima del hecho denunciado, la posibilidad de acceder a la determinación de la verdad. Ello en virtud de los argumentos expuestos por la Fiscalía y la concreta remisión a dictamen del Procurador en los autos “Funes”.

Tal como dejara asentado, aquello referido al aseguramiento de la tutela judicial efectiva, transita por un andarivel distinto al de la extinción de la pretensión penal y se vincula con la necesidad de continuar la investigación pese a la prescripción con independencia de que por el tiempo transcurrido sea posible, o no, aplicar sanciones penales al autor.

La génesis del derecho a la verdad, es un derecho de las víctimas, sus familiares y de la sociedad a conocer los hechos constitutivos del delito y de las violaciones a derechos humanos de que fueron objeto, en cuyo contexto se tiende a la identidad de los responsables, las circunstancias que hayan propiciado su comisión, así como tener acceso a la justicia en condiciones de igualdad. En una dimensión individual, la verdad supone que tanto víctimas como familiares conozcan sobre los hechos que dieron lugar a las violaciones y los actores involucrados.

Ello se vincula con la necesidad de que un órgano expida una declaración expresa en tal sentido, lo cual no existe en sede penal, pues en el procedimiento ritual no está prevista una acción declarativa con tales características, por lo que la petición resulta inviable procesalmente.

En todo caso, la vía adecuada sería la del amparo (art. 43 Constitución Nacional), en cuyo contexto se podría eventualmente, propender la materialización del derecho a la verdad.

Las circunstancias aquí instaladas no son en absoluto análogas a aquellas que determinaron la solución adoptada en el precedente “Funes” de la CSJN (causa F. 294. XLVII, resulta el 14 de octubre de 2014) y en “Funicelli” de la CNCCC (Sala 3, c. 38644/2015, reg. n° 1643/2018 del 18 de diciembre de 2018) y en esa medida no se advierte, ni la recurrente tampoco ha señalado, los fundamentos concretos en base a los cuales la investigación debe continuar pese a la extinción de la acción penal.

En dicho fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el pleito mediante la remisión al dictamen del Procurador General en el que se afirmó que, pese a que hubiese operado la prescripción de la acción penal, ello no implicaba desatender la obligación del Estado de “asegurar el derecho de los padres de la víctima a conocer la verdad de los hechos”. El Procurador solicitó la confirmación de la resolución que había declarado prescripta la acción penal y que se dispusiera proseguir la investigación en los términos postulados, ello en base a que “pesa sobre las autoridades judiciales de la provincia de Córdoba (...) el deber de profundizar la investigación que, iniciada en 1995, tomó mayor impulso luego del hallazgo de los restos del menor (...), con el objeto de lograr el pleno esclarecimiento de lo ocurrido a partir del accidente del 16 de marzo de 1991 como así también de lo acontecido durante el desarrollo del proceso, que dilató durante años la

pesquisa y condujo a la prescripción que aquí se cuestiona” (cfr, apartado IX del dictamen del Procurador General).

Es evidente que la pretensión presentada en este proceso no guarda identidad con el caso citado pues las circunstancias de éste difieren sustancialmente, lo que determina la inviabilidad de la aplicación de aquella solución al sub examine. Aquí no se presenta una investigación judicial deficiente, ni la intervención de agentes estatales, como tampoco se advierte que pudieran existir otras imputaciones pendientes como sucedió en “Funes”.

Llegado este punto, se presenta otra circunstancia que no puede ser soslayada, la esencia de los denominados “juicios por la verdad” tiene el objetivo de conocer el qué, cómo, cuándo, dónde, y por quién se ha producido esa grave violación a los derechos humanos.

Como dijera, y sin desmerecer la entidad de los sucesos denunciados ni la huella que pudieron haber dejado en psiquis de la por entonces menor, en el caso no se da ninguna de las condiciones que permita encapsular al suceso en una grave violación de los derechos humanos. Ninguno de los extremos que nutren la posible realización de un “juicio por la verdad”, son desconocidos por la víctima.

Es ella misma quien identifica a su agresor, describe qué acciones habría concretado, cuándo y dónde y todo ello configura la base de la denuncia que concreta (cfr. fs. 2 y fs. 5/6, fs. 9).

De modo que ella lo sabe lo que aconteció y lo manifiesta. No hay ninguna incógnita por develar.

La Fiscalía no ha presentado una argumentación que permita recoger siquiera mínimamente la tesis enunciada y en los términos del Dictamen del caso “Funes”, que amerite la habilitación de una instancia jurisdiccional -con el alcance que sea- para que, quien se presenta como víctima pueda acceder a la determinación de la verdad de los hechos que denuncia, aún frente al obstáculo para la persecución penal y castigo del presunto autor derivado de la prescripción operada y correctamente declarada. Esta carencia conlleva el rechazo del agravio planteado.

8º) Por todo lo expuesto, en el mismo sentido que el propuesto por el Dr. Mariano González Palazzo, voto por confirmar la resolución puesta en crisis.

Tal es mi voto.

V. En consecuencia, el Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de fs. 48/54 en cuanto fuera materia de recurso.

Regístrese, notifíquese y devuélvase las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

JULIO MARCELO LUCINI
-en disidencia-

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

MAGDALENA LAÍÑO

Ante mí:

RAMIRO ARIEL MARIÑO
SECRETARIO DE CÁMARA