

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa n 07-03-000011-15/00 del registro de este Juzgado de Garantías n° 8 de Lomas de Zamora, a cargo del Sr. Juez Gabriel M. A. Vitale, seguida a D. de demás condiciones personales obrantes en autos;

Y CONSIDERANDO:

Que se inician las presentes actuaciones el día 22 de diciembre de 2014, a raíz de la presentación de la denuncia formulada a fs. 1/3 por la víctima de autos X en conjunto con su letrado patrocinante, el Dr. Pedro José Papaleo, ante la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio N° 1 de Esteban Echeverría, en donde relata que entre los años 1994 a 2000, fue abusada sexualmente con acceso por la pareja de su prima.

Asimismo, se constituyó en calidad de particular damnificada, con su patrocinio letrado a fs. 15.

Que notificado que fuera el imputado de autos, el Dr. Edgardo Gustavo Santillán, **en ejercicio de la defensa, interpuso excepción de prescripción de la acción penal**, interpretando que el plazo previsto por el art. 62 inc. 2° del C.P. (en relación con el art. 63 segundo párrafo, según ley 26.705) se encontraba cumplido a la fecha de la presentación de la denuncia, conforme se desprende de fs. 24/vta.

En virtud de ello, se otorgó traslado al representante del Ministerio Público Fiscal, quien adhirió al planteo formulado.

Por su parte, el particular damnificado, expresó que lo argumentado por la defensa oficial y el Sr. Agente Fiscal no debía tener favorable acogida, por considerar que la denuncia que diera origen a la presente

se había formulado con anterioridad a que operara la prescripción de la acción penal.

Ante ello, se resolvió no hacer lugar a la extinción de la acción penal por prescripción, de conformidad con la modificación introducida por la Ley 26.705, en relación al art. 63 del Código de fondo, que en su párrafo segundo reza “...*En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 -in fine-, y 130 -párrafos segundo y tercero- del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad...*”. (27 julio de 2015- fs.50/52).

Ello así, conforme se desprende de la copia del Documento Nacional de Identidad de X la nombrada nació el día 30 de diciembre del año 1984, alcanzando la mayoría de edad el día 30 de diciembre del año 2002, fecha en la cual comenzaría a correr la prescripción de la acción. (fs. 4)

Corresponde recordar que en la presente causa, se ventila la posible comisión del delito de **abuso sexual con acceso carnal agravado** según lo establecido por los artículos 45 y 119 tercer y cuarto párrafo del Código Penal.

De acuerdo a lo establecido en el art. 62 inc. 2° del Código Penal y conforme la calificación legal atribuida al evento, el plazo legal establecido para el cómputo de la prescripción habría operado el día 30 de diciembre del año 2014.

Entonces, y según fuera valorado en el auto de mención, se desprende del cargo judicial rubricado a fs. 3, que la Sra. X formuló la denuncia penal en fecha 22 de diciembre del año 2014, es decir, dentro del plazo establecido en el art. 62 inc 2° del Código Penal según Ley 26.705; gozando por ello de plena vitalidad la acción penal.

Ante el rechazo de la prescripción, la defensa particular interpuso recurso de apelación, el que fue analizado por el Dr. Tomás A. Bravo, Juez integrante de la Sala III de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, quien entendió que “ *...he de discrepar con dicho resolutorio, entendiendo que deberá hacerse lugar al planteo defensivo, aunque por motivos diferentes a los expuesto(...)tanto la Defensa, como el A Quo se remiten a la Ley 26.705, normativa que no se encontraba vigente a la fecha de los hechos denunciados, siendo claramente más gravosa la aplicación de la misma en forma retroactiva.*”

Asimismo, interpretó que “*... ponderando que el último hecho denunciado habría acontecido en el año 2000, a la fecha de radicar la correspondiente denuncia habría excedido el plazo previsto para la prescripción de la acción penal, en concordancia con lo previsto en el art. 62 inc. 2° del C.P.*”

Luego de ello el Sr. Fiscal General interpuso recurso de casación contra la resolución de la Sala III de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, expresando como motivos de agravio que “*...el Tribunal de Alzada ha aplicado en forma errónea la ley sustantiva (arts.2, 62 y 63 del C.P.) y Constitución Nacional (art.18 de la C.N.) al ordenar la prescripción de la acción penal en un hecho de abuso sexual (...) el temperamento adoptado se encuentra claramente en contraposición con los principales tratados de derechos humanos que el Estado Argentino ha ratificado y por lo cual ha comprometido su voluntad de investigar y sancionar a los responsables de hechos de violencia sexual cometido hacia una mujer...*”.

Cabe consignar que ante esta instancia Casatoria, otorgada la vista a la Fiscalía de Casación, el Dr. Fernando Luis Galán, Fiscal Adjunto, al momento de sostener el recurso impetrado por su colega, concentró la

motivación del mismo en que “... los magistrados de la alzada omitieron considerar los compromisos internacionales asumidos por el Estado respecto de la protección y prevención de la violencia contra la mujer y el impacto que ello tiene respecto de los límites del derecho interno para alcanzar tales objetivos”.

Luego de ello, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires resolvieron rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la prescripción de la acción (10 de julio de 2017)

Entendió el Sr. Juez Dr. Jorge Hugo Celesia, al fundar el pronunciamiento, que “...la vigencia del principio de irretroactividad en materia penal debe imponerse a efectos de no alterar la operatividad del instituto de la prescripción de la acción en perjuicio de D, no pudiendo aplicarse lo normado por el actual art. 63, segundo párrafo del C.P., en tanto la reforma allí introducida por la ley 26.705 -que no hace referencia alguna a su aplicación retroactiva- se produjo más de una década después del último hecho denunciado...”.

Por lo referido precedentemente, la Cámara Penal de Lomas de Zamora y el Tribunal de Casación Provincial establecieron la posibilidad cierta de decretar el archivo de las actuaciones. Es decir que el Estado debería renunciar a la penalidad del presunto delito que le fuera enrostrado al imputado, al resolver que la acción penal correspondiente se ha extinguido por prescripción.

Ante el escenario planteado, donde el derecho interno prevaleció por sobre los principales compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos, es imperioso analizar la singularidad de los abusos sexuales infantiles, de los derechos expresamente atribuidos a sus víctimas, y aquilatar la procedencia del test de convencionalidad.

Sobre la especial condición de los niños, niñas y adolescentes, es necesario resaltar los estudios de la psicología, disciplina de inexorable entrecruzamiento con la práctica del Derecho, al momento de merituar la situación de la víctima del abuso sexual infantil (ASI).

Conocer la verdad histórica de los hechos de abusos sexuales ha de tener un efecto reparador para el adulto víctima y denunciante, ya que la condición de niño/a abusado/a -que es parte inescindible de su personalidad- necesita el reconocimiento proveniente de la sociedad adulta de los hechos que pronunció, para recuperar la confianza en sí mismo y en las demás personas.

En sustento de ello entienden que "*...es central el lugar que ocupará el acto jurídico y simbólico de una sentencia, esto debe entender la justicia, más allá de su discurso científico de leyes y códigos...Es posible entonces hablar de una herida que si bien no se puede borrar, como si no hubiera existido, sí se puede reparar simbólicamente, propiciando un reordenamiento de la vida psíquica y social de cada una de las personas que sufrieron este tipo de violencias...En un establecimiento simultáneo de la verdad y la justicia, se dictamina que el adulto y su discurso cometieron un delito, que el uso de su cuerpo por otro que detenta poder es un delito, que hay un tercero posible de apelación legal en que se puede confiar (confianza que le fue robada por un referente adulto) y que en este punto ha sido una víctima, abriéndose un camino posible para el trabajo elaborativo, que tendrá que ver con otros espacios...las sentencias de reparación dictadas por los jueces y juezas del Sistema Judicial puedan acercarse más a la subjetividad de las víctimas que necesita "reparaciones simbólicas de lo padecido".* ("Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos contra la integridad sexual de menores de edad", Carolina Fule y Silvana Pérez en Doctrina de Revista Pensamiento Penal; 16 de septiembre de 2015). (El resaltado me pertenece).

Las víctimas en estos delitos crecen con los tormentos padecidos, los que fueron ocultados o silenciados. El realizar la denuncia tiene un efecto reparador y a su vez, le otorga al Estado, la posibilidad de investigar el hecho y ser parte de la recuperación de la persona.

Por ello considero que la extinción de la acción penal para los delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes, conforme lo resuelto por la Cámara de Apelaciones y Garantías de Lomas de Zamora y por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, cancela (por el momento) el derecho de la víctima a que “*su verdad*” sea discutida públicamente. De alguna manera, transforma esa violencia particular denunciada en violencia institucional pública.

En el *sub-lite* fueron ponderadas garantías especiales, por la naturaleza del delito investigado y la calidad del sujeto pasivo, que se encuentran consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Convención de los Derechos del Niño (CDN), entre otras.

Estas garantías tienen distinta morfología e intensidad, las que son acordes con la materia y la finalidad que los Estados Partes tuvieron en miras cuando suscribieron los tratados internacionales de Derechos Humanos, y cuentan con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como principal herramienta hermenéutica.

En este sentido, la **Convención sobre los Derechos del Niño** establece la obligación de resolver atendiendo al **interés superior del niño** y el **deber de proteger a los niños víctimas de abuso sexual**, aun cuando se encuentren bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (arts. 3 y 19 CDN).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido “... *que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de*

violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”. (CIDH, sentencia 8/sept/2005, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana).

A su vez, la **Convención Americana sobre los Derechos Humanos** ha reconocido a la **tutela judicial efectiva** como la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo y la obligación del Estado de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción el acceso sencillo, rápido y efectivo a la administración de justicia contra actos que violen sus derechos fundamentales. (arts. 8.1 y 25)

Por este andarivel, no podemos soslayar que la CADH goza de jerarquía superior a las leyes desde su incorporación al derecho argentino por la ley 23.054 (B.O. 27/03/1984) y la CDN ostenta la misma jerarquía desde la puesta en vigor de la ley 23.849 (B.O. 22/10/1990).

Y, asimismo, debemos recordar que ambas Convenciones adquirieron jerarquía constitucional al momento de la publicación del texto oficial de la CN por la ley 24.430 (B.O. 10/01/1995).

En el texto de la Carta Magna luce, desde la fecha consignada precedentemente, el art. 75, inc. 22, que reza que las Convenciones de mención, más los otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos incorporados *“en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.*

Por su parte las leyes 26.705, 27.206 y 27.455 promovieron la adecuación de la normativa de los delitos contra la integridad sexual de niños,

niñas y adolescentes -en cuanto a la naturaleza y la prescripción de la acción penal correspondiente- a los estándares jurídicos provistos por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Este nuevo marco legal ha de permitir que los procesos judiciales surgidos por hechos perpetrados con posterioridad a su puesta en vigor, se desarrollen de una manera más compatible con las garantías especiales previstas por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño.

Asimismo, nos encontramos con el dato objetivo que indica que al momento del dictado de la presente resolución existen personas adultas que durante su minoría de edad pudieron ser víctimas de actos de abuso sexual, cuando la CADH y la CDN ya gozaban de jerarquía constitucional, es decir, de preeminencia jurídica respecto de todo el derecho interno argentino -Código Penal incluido-.

“La incorporación de dichas Convenciones a nuestro ordenamiento legal ha implicado, desde un principio, un sometimiento de todos los órganos del Estado a sus normas, obligándolos a velar por que los efectos de las disposiciones de las Convenciones no se vean mermados por la aplicación de normas nacionales contrarias a su objeto. Así, es que los jueces se encuentran en el deber de ejercer ex officio el control de convencionalidad entre las normas internas, la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sobre la obligatoriedad de la aplicación de las disposiciones convencionales, cfr. CIDH, sentencia del 26 de septiembre de 2006, el caso «Almonacid Arellano vs. Chile»; sentencia del 24 de febrero de 2011, caso «Gelman vs. Uruguay»; CSJN, caso «Mazzeo», sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos: 330:3248 y caso «Rodríguez Pereyra», sentencia del 27 de noviembre de 2012, Fallos: 335:2333”).(Voto del Dr. Carlos

Mahiques como Juez de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “T., C. J.” del 4 de diciembre de 2017). (El resaltado me corresponde).

En el mismo sentido, “...*los jueces debemos tomar partido por la interpretación de la norma más favorable y efectiva para la protección de los derechos humanos -en la línea de sentido que está establecida en el art. 29 de la CADH-...la modalidad de interpretación de la que parte, sobre la normativa interna, acorde al Derecho Internacional de los Derechos humanos, es, como ella señala, una obligación ineludible y no significa en modo alguno un ensanchamiento de límites punitivos,...*”(“Ilarraz”, Cámara Primera en lo Criminal de Paraná, Sala I, Davite/Badano, 11/6/2014)

Pues bien, a esta altura de las consideraciones, he de sostener que se impone en el *sub-lite* una ponderación -como ha sido enfatizado en los precedentes jurisprudenciales citados- comprensiva de todos los principios y las normas jurídicas involucradas en el caso, desde una perspectiva anclada en un *neo-constitucionalismo*, que atienda esencialmente a la vigencia material de las cláusulas magnas. Este criterio ha de ser superador de la clásica vertiente de interpretación de las leyes, conforme la cual “*la exégesis de la ley requiere de la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no conduzca la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción*” (Fallos:303:578).

Como consecuencia del juego armónico entre las normas citadas, y atendiendo al interés superior del niño en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, entiendo que la víctima de autos -ahora adulta- gozaba al momento del hecho que dio origen a la presente pesquisa de la protección que las garantías enunciadas le otorgan a toda persona que se halle en especial situación de vulnerabilidad, siendo la minoridad una especie de dicho género.

A la sazón: “... *la Convención de Belém do Pará, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su órgano de supervisión, han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación. La Corte ya resaltó la especial vulnerabilidad de las niñas a la violencia sexual, especialmente en la esfera familiar, así como los obstáculos y factores que pueden afrontar en su búsqueda de justicia (...)* **En este caso, dicha violencia fue ejercida por un particular. No obstante, ello no exime al Estado de responsabilidad ya que se encontraba llamado a adoptar políticas integrales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tomando particularmente en cuenta los casos en que la mujer sea menor de 18 años de edad...**

...*La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra la mujer propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra la mujer puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia...*

...*En este sentido, como se mencionó anteriormente, el Estado debe reforzar las garantías de protección durante la investigación y proceso penal, cuando el caso se refiere a la violación sexual de una niña, máxime si esta violencia sexual fue ejercida en la esfera familiar, es decir en el ambiente en el cual debió haberla protegido. En estos supuestos, las obligaciones de debida diligencia y de adopción de medidas de protección deben extremarse. Además, las investigaciones y proceso penal deben ser dirigidos por el Estado*

con una perspectiva de género y niñez, con base en la condición de niña de la víctima y tomando en cuenta la naturaleza agravada de la violación sexual, así como los efectos que podrían causar en la niña...” (la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en el caso “V.R.P., y otros vs. Nicaragua”, del 8 de marzo de 2018). (El resaltado es de mi autoría).

Entonces, el blindaje jurídico vigente por imperio constitucional caería por omisión legislativa, si los jueces argentinos resolviéramos los casos que llegan a nuestra competencia negando los derechos que aquél provee a sus destinatarios, sólo por ejercer una práctica jurisdiccional miope y reduccionista.

Es una cuestión de estricta justicia, ya que negarle a la víctima el derecho a que se investiguen los sucesos denunciados en miras de salvaguardar el principio de legalidad, podría resultar en desconocer los principios de interés superior del niño y de su derecho al acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva.

Hasta se podría afirmar –a partir de la CIDH– que una interpretación contraria, podría generar la responsabilidad internacional de nuestro país, por las consecuencias de verse así dificultada o entorpecida la investigación de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, y por la resultante vulneración de los derechos de las víctimas.

*“...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 arts. 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).” (Voto Juez Luis M. García en “M., P.S. s/Abuso sexual-Art. 119 3º Párrafo-“, CNCCyC, Sala I, 8/11/2017). (La negrita me corresponde).

En consecuencia es nuestro deber ejercer la jurisdicción resolviendo las tensiones de las disposiciones internacionales sobre aquellas otras que puedan existir en el derecho interno, lo cual obliga a realizar, al momento de aplicar la normativa local, un **test o “control de convencionalidad”** para ponderar su adecuación con la norma internacional emanada de la Convención Americana de Derechos Humanos u otra convención sobre la materia, ratificadas por el país.

El control efectivo de constitucionalidad y su operatividad han sido expuestos y desarrollados por este Juzgado en diferentes causas, entre ellas, nro.42215-8, donde se planteaba la relación de la prescripción y la responsabilidad del Estado a través de sus agentes conocida como “Masacre de Wilde”; nro.07-00-016113-11 sobre el derecho a sufragar de las personas privadas de libertad y/o condenadas "E.E.M. S/ tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil"; nro. 2347/2011 sobre Acción de Hábeas Corpus, entre varias.

El deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas.

En este sentido "*...en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido...*". (Caso de Penal Miguel Castro Castro vs. Perú - citado en el precedente Bueno Alves, C.I.D.H., 11 de mayo de 2007).

En un mismo orden de ideas expuso que: "*...no se refiere sólo al poder legislativo, sino también a los jueces que, a través de la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deben acompañar el modelo interno con el trasnacional,...*" (conf. Corte I.D.H., Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, N° 127, párr. 120).

Ahora bien, por todo ello ratifico que uno de los fines primordiales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es procurar que las víctimas de atentados a sus derechos fundamentales tengan la posibilidad concreta de conocer los hechos y, con ello, acceder a un proceso que les asegure investigar la verdad.

En el camino de la búsqueda judicial de la verdad existieron varios jueces que abrazaron la lucha contra la impunidad. Entre ellos, me gustaría resaltar a uno de los pensadores más brillantes que ha tenido la justicia argentina. El Dr. Leopoldo Schiffrin manifestó coherentemente que: "*...El derecho a la verdad corresponde a las víctimas y sus familiares surgiendo de pronunciamiento de la comisión de derechos humanos de la OEA y de la Corte*

Interamericana de Derechos Humanos que han obligado a los jueces argentinos adoptar las medidas que satisfagan esas legítimas pretensiones” (cf. Res. 18/98 Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, 21/4/1998; Archivos.Jurídicas.Unam.Mex.)

Asimismo, cabe destacar la tenacidad de **Carmen Aguiar de Lapacó** patrocinada por Abuelas de Plaza de Mayo, la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos (APDH), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Familiares de Detenidos Desaparecidos por Razones Políticas, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Madres de la Plaza de Mayo --Línea Fundadora--, Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos (MEDH), y el Servicio de Paz y Justicia (Serpaj), quien no abdicó su lucha ante un fallo adverso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Máximo Tribunal no tuvo en cuenta el dictamen del Procurador General quien postuló la importancia de proteger el **Derecho a la Verdad**, resolviendo en aquel precedente -conforme al voto mayoritario- que agotado el objeto procesal, resulta inadmisibles llevar adelante diligencias de investigación tendientes a comprobar la existencia del hecho punible y a descubrir a sus autores.

En ese contexto, Carmen Aguiar de Lapacó presentó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH), la que arribó a una solución amistosa con el Estado Argentino. El acuerdo celebrado el 30 de septiembre de 1999 e instado por la ComIDH estatuyó que el Gobierno Argentino acepta y garantiza el **derecho a la verdad**, consistente en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido, **como una obligación de medios de carácter imprescriptible**.

(...)“Ese concepto fue reiterado por el juez Fayt al votar en disidencia in re "Mazzeo" (Fallos: 330:3248). (...) es pertinente señalar que entonces expresó que " ... **el derecho de las víctimas a la verdad -previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos- puede asegurarse sin necesidad de violentar las garantías del imputado sometido a proceso"** (considerando 49, pág. 3354). En ese mismo precedente, la doctora Argibay también votó en disidencia y dejó en claro "que no se cancela la posibilidad de investigación y de llegar a conocer la verdad, sino que se está tratando la situación de una sola persona, en una situación particular. Otros casos pueden ser distintos... " (considerando 7º, en pág. 3378). Si bien fueron votos en disidencia, en cuanto a la continuidad de la investigación hubo unanimidad...” (“Funes”,CSJN, causa F.294. XLVII, rta. 14-10-2014).

“...Para concluir, ya por fuera de los límites del recurso, he de señalar que no se me escapan las características y ribetes que rodearon los hechos denunciados, así como las consecuencias personales y limitaciones que pudo haber enfrentado la víctima, es por ello que entiendo que, sin que esto implique emitir opinión, puede resultar necesario que se evalúen si las circunstancias de los sucesos bajo examen son en algún punto asimilables a los antecedentes donde nuestra Corte Federal, siguiendo en esto el dictamen de la Procuración General, **sostuvo la prescripción de la acción penal pero al mismo tiempo señaló que no se podía desatender la obligación del Estado de “asegurar el derecho a conocer la verdad de los hechos”.** (CSJN, “Funes”, causa F.294. XLVII, rta. 14-10-2014), cauce que en su caso debería tramitar **por acción independiente.**” (causa n°97344 Ruvituso, Omar Luis s/ Recurso de Casación, voto del Dr. Carral TCPBA 26 de diciembre de 2019)

En respaldo de estas apreciaciones “...**entiendo que la consideración primordial del interés superior del niño lleva indefectiblemente,**

en el “sub lite”, a que conforme al criterio jurisprudencial fijado por la Corte Federal en el citado precedente “Funes” (a cuyos fundamentos, que remiten a su vez a los del Sr. Procurador Fiscal –en especial, acápite IX-, cabe remitirse en beneficio a la brevedad), y según también lo propuso el Juez García en el aludido fallo “M., P. S.” (acápite 8), deba habilitarse una instancia jurisdiccional para que, quienes se presentan como víctimas en el “sub lite”, puedan acceder a la determinación de la verdad de los hechos que denuncian, aun frente al obstáculo para la persecución penal y castigo del presunto autor derivado de la prescripción operada y correctamente declarada”. (voto del Dr. Huarte Petite en el fallo “F.N. s/violación de menor de doce años”, C.N.C.Crim.y Corr., Sala III, CCC38644/2015/CNC1, 18 de diciembre de 2018).

En el mismo sentido “...*No obstante la decisión a la que arribo, vencido durante la deliberación en punto a la cuestión de la que se trata, he de adherir en lo pertinente al voto del juez Huarte Petite en punto a otorgar a quienes resultarían víctimas del delito denunciado **la posibilidad de acceder a la determinación de la verdad de los hechos denunciados** (cf. art. 3 CDN y OG 14 del Comité de los Derechos del Niño)*”, -votó su colega el Dr. Jantus-. (Los resaltados me pertenecen).

Por su parte, si bien los hechos denunciados en autos no se ajustan a la tipicidad prevista por el Estatuto de Roma para los delitos de lesa humanidad, más allá de resultar indiscutiblemente gravosos y repudiables, la CIDH al respecto ha sostenido: “Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la

Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”.(CIDH, serie C. n° 130, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de setiembre de 2005).

Siguiendo estos razonamientos, he de postular que el abuso sexual infantil (ASI) configura una grave violación a los derechos humanos de un sector especialmente vulnerable de la sociedad: los niños, niñas y adolescentes; y por ello se encuentra alcanzado por la protección de la CADH, además de la especial salvaguarda de la CDN. Esta cobertura jurídico-convencional obliga al Estado Argentino a darle plena operatividad a las garantías jurídicas que recaen sobre las víctimas de ASI, entre las que se halla la “tutela judicial efectiva”.

La garantía de mención no se agota en la posibilidad o no de perfeccionar la acción penal pertinente al delito investigado. Y, asimismo, es menester informarla con otros derechos consagrados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como aquéllos que tiene como destinatarios a las mujeres, como sujetos de derecho de especial vulnerabilidad y, por ello, beneficiarias de especiales garantías jurídicas.

En base al recorrido procesal de la presente, a la extinción de la acción penal pertinente al delito investigado en autos, decretada por la prescripción de aquélla -resuelta oportunamente por la Cámara Departamental y el Tribunal Provincial de Casación-; en virtud de la circunstancia de especial vulnerabilidad de la víctima de autos, la que exige la realización de un control de convencionalidad respecto a las normas aplicadas al caso; y como resultado de dicho test, atento a la emergente obligación estatal de procurar a las víctimas

de Abuso Sexual Infantil (ASI) la plena operatividad de su derecho a la verdad (cf. “Funes”,CSJN; “F.N. s/violación de menor de doce años”, C.N.C.Crim.y Corr., Sala III, votos del Dr. Huarte Petite y Dr. Jantus; “M.,P.S. s/Abuso sexual- Art. 119 3º Párrafo-“, CNCCyC, Sala I, voto Dr. Luis M. García; “Ruvituso, Omar Luis s/ Recurso de Casación”, TCPBA, voto del Dr. Carral); y por todo lo expuesto en los considerandos;

RESUELVO:

I.- HACER EFECTIVO EL CUMPLIMIENTO del control de convencionalidad entre las normas emanadas del derecho argentino interno y las disposiciones de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, incorporados por la vía del art. 75, inc. 22 a la Constitución Nacional, por los fundamentos vertidos en el considerando.

II.- GARANTIZAR EL DERECHO A LA VERDAD y en consecuencia, HABILITAR LA INSTANCIA JURISDICCIONAL para que la víctima de autos pueda acceder a la determinación de los hechos que denuncia, instando la producción de las medidas de prueba que estimen pertinentes y en caso de corresponder, el juicio oral y público correspondiente.

Firme que sea, vuelva la presente a la Fiscalía de Instrucción para el cumplimiento de lo dispuesto.