

PROYECTO DE LEY (S-4290/04)

Artículo 1º.- Introdúcese en el Libro Primero, Título X. Extinción de Acciones y de Penas del Código Penal el artículo 67 bis, el cual quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 67 bis. No prescriben los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título III, Capítulo 2º y Capítulo 3º cometidos en perjuicio de menores de edad en forma generalizada o sistemática por representantes de la autoridad del Estado o por particulares a instancias de éstos o por una organización de conformidad con la política del Estado o de la organización o por iniciativa individual de sus integrantes, o por quienes actúen como representantes de la autoridad del Estado en carácter de guardadores de menores de edad.

La prescripción se suspende en los casos de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título III, Capítulo 2º y Capítulo 3º cuando la víctima fuere menor de edad, hasta que ésta haya superado en 10 años la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla hasta su fallecimiento.

Art. 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Marcela F. Lescano.-

FUNDAMENTOS

Señor Presidente

El Abuso Sexual Infantil es el compromiso de un niño inmaduro y dependiente, en actividades sexuales que no comprende, las que pueden ser llevadas a cabo contra su voluntad o bajo un consentimiento viciado por su corta edad. *

En nuestra legislación no existe definición del mismo. El Código penal sanciona con penas más severas cuando la afectación a la integridad sexual, tiene como víctima a niños y jóvenes.

La mayoría de las formas que adopten estas actividades están contempladas en nuestro Código Penal en el Capítulo "Delitos contra la integridad sexual"; donde se tutela la integridad, privacidad, desarrollo e identidad sexual de la víctima. Los tipos penales previstos son: el abuso sexual -simple, gravemente ultrajante y con acceso carnal- (art. 119), el abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima */* (art. 120), la promoción y facilitación de corrupción de menores (art. 125), la promoción o facilitación de prostitución de menores (art. 125 bis), el tráfico de menores para el ejercicio de la prostitución (art. 127 bis), la producción y publicación de pornografía donde se exhiben a menores (art. 128, primero y segundo párrafos), la facilitación del acceso a espectáculo pornográficos y el suministro de material pornográfico a

menores (art. 128, tercer párrafo) y las exhibiciones obscenas a menores (art. 129, segundo párrafo), el rapto de menores (art. 130, segundo y tercer párrafos).-

La ley penal considera menores de edad a quienes no hayan cumplido dieciocho años, y en algunos casos en particular, la sanción se agrava cuando la víctima no ha alcanzado los trece, catorce o dieciséis años.

Características del bien jurídico: Integridad sexual

Desde el 22 de mayo de 1999 rige la ley 25.087 cuyo contenido concuerda con las profundas modificaciones de orden social, económico y político ocurridas a lo largo del tiempo, que transformaron en obsoleto el texto del Código de 1921 en relación al tema a tratar.

El Derecho Penal de una sociedad pluralista sólo debe perseguir los comportamientos sexuales que atenten contra la libertad sexual de las personas, entendiendo por éstos, tanto los dirigidos a que la víctima realice o reciba contra su voluntad un acto de carácter sexual, como aquéllos que impidan una actividad sexual que no agrede a la libertad de otros y que es deseada o pretendida por la víctima. No puede ponerse al servicio de la protección de contenidos morales; debe proteger la libertad sexual, respetando una concepción positiva de la sexualidad; y la prohibición de determinados contactos sexuales entre adultos y menores no debe basarse en la negación de la sexualidad infantil, sino que debe impedir la intromisión de los adultos en el mundo de los menores en condiciones que quepa reputar lesivas para el desarrollo de la personalidad del niño.

En la década del 90 se ha producido un cambio significativo en lo relativo a la percepción social de la gravedad y trascendencia de los delitos sexuales que afectan a menores de edad. Esta evolución se plasmó en distintos instrumentos internacionales: Convención sobre los Derechos del Niño del 1989, de rango constitucional en nuestro país; el Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial de los niños, celebrado en Estocolmo en 1996; entre otros.

Por ello varios países en estos últimos años han reformado sus legislaciones, a fin de que éstas respondan adecuadamente con la tipificación de las conductas, con la conminación de las penas y con las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego.

El bien jurídico tutelado no se reduce a la libertad sexual; también han de tenerse en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carece de la necesaria formación para ser considerada verdaderamente como libre.

La libertad sexual es una parcela de la libertad, identificada con el derecho a decidir en que condiciones o circunstancias y con qué personas se realizan o se reciben actos de naturaleza sexual.

Lesionan la libertad sexual tanto, los comportamientos dirigidos a que la víctima realice o reciba contra su voluntad un acto de carácter sexual, como aquellos que impiden una relación sexual que no agrede a la libertad y que es deseada o pretendida por la víctima.*

Particularidades de la afectación cuando la víctima es menor de edad

La afectación al bien jurídicamente protegido cuando la víctima es un menor, no se limita a la libertad sexual, se expande a la indemnidad sexual. Se sanciona la actividad sexual y se protege, así, el crecimiento psicológico y físico de la víctima, que carece del desarrollo emocional, cognoscitivo y físico.*

Éstas conductas afectan o lesionan el normal desarrollo sexual del sujeto, lo que conlleva a que la situación se agrave por el transcurso del tiempo

El abuso sexual infantil constituye uno de los traumas psíquicos más intensos y sus consecuencias son sumamente destructivas para la estructuración de la personalidad, produce lesiones de tal magnitud en el tejido emocional que hacen muy difícil predecir cómo reaccionará el psiquismo y cual será la dimensión de las secuelas nocivas.*

Elas pueden ser diversas, dependiendo de las características personales del sujeto pasivo y el lugar que ocupa en su vida el sujeto activo.

En líneas generales estas producen un trastorno en la personalidad del sujeto, a través de distintas patologías; aislamiento, padecimiento de temores o fobias, ideas de suicidio, depresiones profundas y crónicas, fuga de hogar, bipolaridad en la personalidad, desvalorización personal generalizada, conductas agresivas, trastornos del sueño y la alimentación, etc.

Todas estas secuelas, pasado el tiempo no desaparecen sino que repercuten en la vida adulta de la víctima; ésta conserva en su memoria las humillaciones sufridas, soportando las consecuencias que pueden materializarse en diversas dificultades para desarrollar su vida normal.

El daño instalado es irreparable.

Hay que destacar su gravedad teniendo en cuenta que este tipo de conductas se cometen con niños, sujetos inmaduros generalmente, quienes por miedo o culpa o por falta de comprensión de la situación, se acomodan a ella y guardan el secreto, algunos para siempre, otros lo develan en forma tardía, cuando la acción penal está prescripta. Un niño necesariamente tendrá dificultades o confusiones respecto de sus vivencias en el orden sexual. Este punto siempre

ha sido, y sigue siendo, un tema "tabú" que requiere de una inminente inclusión en todos los planes educativos desde la más temprana edad.

En los niños los referentes que hasta el momento del abuso funcionaban como tales se derrumban, no hay ley que ordene el caos que los arrasa. Se produce un efecto de cataclismo en la vida psíquica, percibida como una sensación de vacío, que provoca la denominada interrupción de la historia.

El concepto interrupción de la historia abre una perspectiva diferente para el abordaje de estos traumatismos históricos que impide que tamañas aberraciones se naturalicen, se expliquen, se perdonen, se olviden. No se pueden reprimir hechos de tal envergadura. No asumir la confrontación consciente con el pasado es algo peligroso psicológica y políticamente.

En el abuso en el cuerpo del niño, que no tiene la misma capacidad de decisión, de pensamiento, de defensa ni de evacuación de las excitaciones sexuales, es utilizado por el adulto para su propio goce. El gran descubrimiento del psicoanálisis nos remite a aquello que el complejo de Edipo plantea: la interdicción del intercambio sexual intergeneracional. Esta prohibición muestra el carácter universal de la asimetría niño / adulto y la prohibición que rige sobre el adulto de utilizar al niño como objeto para obtener placer sexual. Por lo tanto, el abuso sexual infantil involucra la categoría de perversión -en un sentido general del concepto-, es decir, la apropiación del cuerpo del otro para la obtención de placer. Si el abuso sexual infantil además es incestuoso la transgresión es doble: a la antes mencionada se le suma la transgresión a la prohibición de intercambios sexuales intergeneracionales.

En un comienzo, los actos que ejercen los abusadores son sentidos como estímulos internos intrusivos, sin embargo, en un segundo momento se produce una respuesta en forma de reacción pulsional de manera que la misma no logra discriminarse de ellos. Se trata de un sometimiento corporal sumado a la exigencia de silencio, que implica complicidad y contradice los mandatos de la cultura.

Sólo la confesión de los delitos cometidos, el juicio y el castigo permiten que la memoria se recupere y las redes simbólicas de la historia vuelvan a entramarse, alojando la subjetividad.

Ningún duelo puede efectuarse en relación a una historia familiar que fue transmitida bajo la forma del silencio o de la mentira y es probable que a partir de ella se genere un "enduelamiento sin fin de una profunda melancolía".

Se incluye el abuso sexual infantil entre estos traumatismos, porque para el niño todas las garantías constitucionales han sido abolidas y la clandestinidad a la que el adulto, con sus actos perversos lo somete, marcan la caída de toda legalidad que sitúe al adulto como alguien que debe proteger y cuidar al niño, y a éste como un sujeto de derechos que hay que respetar. Por lo tanto,

podríamos pensar que los efectos psíquicos del abuso, en el psiquismo infantil, podrían equipararse a la caída del estado de derecho en una sociedad.

Por otra parte, vemos que los hijos de las víctimas son víctimas del secreto de un origen perturbado, de una interrupción en la trama de una historia familiar sacudida por los acontecimientos históricos. Sufren en su propio cuerpo un duelo imposible de efectivizar y una dificultad de amar una novela familiar que les permita construir un futuro.*

Cada ser humano tiene su propio mapa. Es el camino que marca las propias experiencias de vida y cada una de esas experiencias tiene el correlato afectivo sea de amor o de odio. Esa marca es indeleble, por más que se participe en una misma experiencia cada uno la inscribe a su manera, como puede porque el trazado de cada mapa es único e intransferible.*

Prescripción de la acción penal

La acción penal es una atribución cuyo ejercicio le corresponde al Estado a través de sus funcionarios a cargo del Ministerio Público de solicitar al juez competente que aplique la ley en el caso concreto. La prescripción es una de las causales de extinción de la acción, que impide ejercerla como consecuencia del tiempo transcurrido desde el momento de la comisión del delito.*

Ella está prevista en la parte general de nuestro Código Penal, en el Título X, Extinción de acciones y penas, art. 59, inc 3°.

El art. 62 del Código Penal establece los términos para su operatividad, y el art. 63 del mismo, prevé la iniciación de su cómputo desde la medianoche del día en que se cometió el delito, o si fuese continuo, en que cesó de cometerse.*

Su existencia se justifica en principios de razonabilidad, conforme a las teorías que se enumeran más adelante, y hasta comprende cuestiones de economía procesal.

La doctrina es conteste en afirmar que esta institución se origina en el deseo de los Estados modernos de limitar temporalmente el ejercicio de su poder represivo.*

Por ello lo que extingue la prescripción no es el delito, sino la facultad estatal para perseguirlo o investigarlo. Transcurrido el plazo previsto en la ley el Estado está vedado de llevar a cabo la persecución penal pública.

Es válido el argumento de que la imposición de una pena luego de transcurrido cierto lapso deviene ineficaz y que la obtención de las pruebas que sustentan el proceso penal resultan generalmente insuficientes o de difícil recolección.*

Desde las teorías sobre los fines de la pena, predominaba la llamada "teoría del recuerdo borrado del hecho" defendida por los partidarios de la retribución y la prevención general. Para los adeptos de la prevención especial el fundamento de la prescripción se encuentra en la falta de objeto.

Combinando distintos fundamentos se ha afirmado que con el transcurso del tiempo desaparece la impresión del hecho.*

Hippel también entendía que el tiempo disminuiría paulatinamente el requerimiento natural de retribución y que desvanecería el sentimiento producido por la agresión antijurídica. *

Zaffaroni sostiene que el fundamento de la prescripción es la irracionalidad de una respuesta punitiva a un conflicto que ha perdido su carácter de tal como vivencia y sólo conserva carácter histórico.*

Algunos delitos no obstante ello, escapan a la regla general por revestir determinadas características; constituir extrema gravedad, ser aberrantes, atentar contra la dignidad humana, dejar subsistente eternamente el conflicto creado, o por producir gravámenes irreparables en la víctima.

El Tribunal de Nuremberg ha señalado la existencia de delitos que afectan al orden internacional, caracterizándolos como "crímenes de guerra, crímenes contra la paz, o crímenes contra la humanidad".

Delitos de lesa humanidad

Los delitos de lesa humanidad son los más graves que puedan existir, por ello se justifica la respuesta de la comunidad internacional en diversos instrumentos sancionados para lograr su juzgamiento.

En 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.*

Cuarenta y tres años después se confecciona el Estatuto de Roma, que establece la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.* El estatuto ha previsto once conductas denominadas de "lesa humanidad" (art. 7.1 del Estatuto de Roma): a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier

acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Este instrumento contempla en su artículo 29 la imprescriptibilidad de los mismos.

El concepto de delito de lesa humanidad se asocia a que las conductas se practiquen con las siguientes características: 1) ataque a una población civil; 2) en forma generalizada o sistemática; 3) con conocimiento de dicho ataque por parte de los órganos gubernamentales; 4) que las víctimas estén imposibilitadas de poder ejercer sus derechos en el momento del ataque.

Deben ser actos sistemáticos o generalidades, dirigidos contra una colectividad y no contra individuos considerados en forma aislada. De allí que se trate de una conducta de naturaleza colectiva y no de naturaleza individual.*

Por ello los delitos de lesa humanidad, o contra el derecho de gentes son imprescriptibles, lo que implica que los Estados que forman parte de la comunidad internacional no tengan obstáculos para penalizar sine die, este tipo de crímenes.*

La prescripción de la acción penal en los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de menores de edad

La Constitución Nacional y los instrumentos internacionales vigentes* disponen que el Estado reconocerá y garantizará la inviolabilidad de la vida y el derecho a la integridad personal, física y moral de todos los individuos.

Estos principios y los contenidos en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los delitos de lesa de humanidad y el Estatuto de Roma de 1998, determinan que todos los ataques contra la libertad e indemnidad sexual de menores de edad, serán considerados delitos de lesa humanidad, cuando sean cometidos por miembros del Estado o de una organización, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, de conformidad con la política del Estado o de la organización.

En el resto de los casos, y de acuerdo a las características especiales de estas conductas sexuales ilícitas se concluye que el cómputo de los plazos para que opere la prescripción de la acción penal no pueden ser los generales.

Se trata de una situación con semejanzas a las que motivaron la suspensión de los plazos de la prescripción de la acción penal en delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio *, rebelión y concesión de poderes tiránicos.*

Esta afirmación es coincidente con las previsiones en legislación comparada.

En España el artículo 132 del Código Penal establece: "en la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir del fallecimiento...". *

En Alemania el parágrafo 78 b. I del Código Penal dispone: "la prescripción se suspenderá: 1- hasta el cumplimiento del decimotercero año de vida de la víctima en el caso de los delitos previstos en los párrafos 176 a 179.." y el parágrafo 176 delitos de abuso sexual de niños y parágrafo 179 abuso sexual de los incapacitados para resistirse. *

De todo lo expuesto se infiere claramente que las marcas, los daños y las secuelas sufridas por una persona que es violentada sexualmente de una u otra manera durante su infancia son de tal gravedad que amerita una decisión diferente desde el estado en cuanto a la prescripción prevista para tales acciones de carácter penal. Cuando un menor de edad, ya sea por razones de violencia institucional o de cualquiera de los miembros pertenecientes a un área del estado que en carácter representante de la ley o de guardador del menor de edad o por razones de poder de estado, incumple con su función de velar por los/as habitantes de una comunidad y comete agresión en grado de abuso sexual en cualquiera de sus manifestaciones en menores de edad debe comparársele con delitos de estado considerados imprescriptibles. En caso de adultos en calidad de particulares debe el Estado prever que asuma la responsabilidad que le compete más allá de la mayoría de edad de la víctima, permitiéndole a esta componer en tiempo y forma necesarios la voluntad de salir del muro de silencio, que fuera hábilmente construido a su alrededor durante la infancia y en tiempo de la comisión del delito consumado por el victimario. Cuando un adulto mayor de edad violenta a un niño debe saber que ese delito irá más allá de la mayoría de edad de ese niño rompiendo así el círculo de impunidad que rodea siempre a estos delitos. Impunidad que termina conspirando doblemente contra la víctima y que es siempre el reaseguro del victimario a través del tiempo.

Durante el desarrollo del 1º Congreso Internacional "Abuso Infantil y Paidofilia" del 8 al 11 de setiembre de 2004 realizado en dependencias del Senado de la Nación, organizado por la Comisión de Derechos y Garantías del Senado de la Nación y la Asociación pro Naciones Unidas de Argentina (ANUA), surgieron varias propuestas, muchas de ellas de carácter legislativo.

Una de esas iniciativas quedará plasmada en el presente Proyecto de Ley referido a la no prescripción de los delitos de Abuso infantil.

Marcela F. Lescano.-