

# Delitos contra la integridad sexual y la prescripción de la acción penal

Mariana Sanchis<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción al problema; II.- Postura en contra de la aplicación retroactiva de las leyes legislativas; III.- Postura de la imprescriptibilidad de la acción penal; IV.- Conclusión.

**RESUMEN:** El artículo consiste en un análisis sobre aquellos casos penales en donde menores de edad han sido víctimas de delitos contra la integridad sexual previo a las sanciones de las leyes 26.705 y 27.206, las cuales modificaron los artículos del Código Penal Argentino referidos a la prescriptibilidad de la acción penal. En este sentido, se realiza una investigación sobre las posturas existentes al momento, con relación a cómo deben proceder los actores del proceso penal de manera tal que no se vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes - contemplados en la normativa internacional -, ni los derechos del presunto imputado, regulados por la normativa interna.

**PALABRAS CLAVE:** prescripción – acción – penal – menores – integridad - sexual.

## I.- Introducción al problema

Para introducirnos en el tema, recuperando antecedentes, con anterioridad al 2011 las víctimas de abusos sexuales, tenían un plazo de doce años para denunciar desde la ocurrencia del hecho, lo cual presentaba un inconveniente debido a que era frecuente que tales hechos sean denunciados mucho tiempo después de que

---

<sup>1</sup> Abogada (UNL). Especialista en Derecho Procesal Penal (UNL). E-mail: maruusanichis@gmail.com

sucediera, aun superando ese plazo de prescripción. Dicho retardo responde – en mayor medida – a que muchas de las víctimas se encuentran inmersas en una situación de vulnerabilidad, en algunas ocasiones, por encontrarse silenciadas por su agresor y/o familiares; así como también, es real, que el proceso que deben recorrer no se condice con los tiempos de la justicia.

Advirtiendo esta problemática, el legislador sanciona la Ley N° 26.705, conocida como “Ley Piazza”, que suspendía el plazo de prescripción hasta que las víctimas fueran mayores de edad (18 años).

Dos años después, se sancionó la Ley N° 27.206 “Ley de respeto del tiempo de la víctima”, la cual suspendía el plazo de la prescripción no sólo hasta que la víctima adquiriera la mayoría de edad, sino también hasta que la misma radicara la denuncia. Estableciendo un claro reconocimiento de las implicancias del hecho producido para la salud mental y los derechos de las personas vulneradas.

Es verdad que las reformas a los arts. 63 y 67 del CP son sólo aplicables a hechos ocurridos después del 2011, en niños y niñas que fueran menores de edad al momento del mismo. Por lo que, todo lo que ocurrió con anterioridad a estas modificaciones, deja afuera a quienes atraviesan su adultez y tal vez si han requerido un proceso de terapia, personal, pueden ahora denunciar los hechos acaecidos y padecidos en sus infancias, como una forma dar cuenta de ese trauma, pero se encuentran con obstáculos tales como que la justicia no puede dar respuesta a los mismos dado que ha prescripto la acción penal.

Por otro lado, en el campo de lo jurídico, las posturas doctrinales y jurisprudenciales varían en cuanto a qué hacer frente a estos casos.

La posición dominante ha postulado que frente a tales hechos debe primar la vigencia de la ley penal más benigna y que la noción de tutela judicial efectiva no puede neutralizar la aplicación de iguales normas convencionales que deben observarse, así como tampoco consideran que las agresiones sexuales cometidas por particulares puedan ser consideradas como delitos de lesa humanidad ni de grave violación de derechos humanos<sup>2</sup>, ya que no cumplen con requisitos específicos regulados en los tratados internacionales. Por lo que, la aplicación retroactiva de las leyes mencionadas viola el principio de legalidad amparado por

---

<sup>2</sup> CNCCC, Balsa, CCC 12490/2015/2/CNC1, reg. n.º 1129/2017, del 8/11/2017 y CNCCC, Mila, CCC 37295/2014/CNC1, reg. n.º 1128/2017, del 8/11/2017 jueces Bruzzone, García y Garrigós de Rébori. DNCCC, Rodríguez Massuh, CCC 18765/2017/CNC1, reg. n.º 343/2018, del 6/4/2018, jueces Bruzzone, Niño y Días.

nuestra constitución, el que a su vez se encuentra plasmado en los arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Civiles y Políticos, a los que remite la norma del art. 75 inc. 22 de la CN, que expresan con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad y ultractividad de la ley penal más benigna, fundándose en la seguridad jurídica y en la protección de los ciudadanos frente al posible abuso por parte del Estado.

Sin embargo, otra tesitura entiende que la acción penal – en tales delitos y frente a la particularidad que presenta la víctima- debe considerarse vigente en función de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en materia de derechos humanos. En efecto, el trámite de una investigación penal no puede clausurarse por obstáculos procedimentales, puesto que convergen una multiplicidad de elementos que reclaman, de parte del Estado, su trámite bajo los estándares de debida diligencia reforzada que rigen la materia. Las características de los hechos investigados y la condición de niña, niño y adolescente que la víctima reviste, generalmente al momento de su comisión, exigen -en función de los deberes internacionales asumidos- un plus por parte del sistema de administración de justicia<sup>3</sup>.

En definitiva, en estos casos, se presenta la disyuntiva de definir la subsistencia o no de la acción penal, analizando y confrontando interpretativamente los tratados internacionales de derechos humanos que establecen deberes calificados de persecución respecto de delitos que afectan a un grupos objeto de especial tutela (niños, niñas y adolescentes), con la normativa - nacional e internacional - que contemplan los principios penales, tales como el de legalidad, irretroactividad de la ley penal, plazo razonable, etc.

En este sentido, el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849 en el año 1990 y jerarquizada en la CN en 1994) obliga a los estados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño o niña contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras los mismos se encuentren bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

---

<sup>3</sup> Postura adoptada por el Ministerio Público Fiscal de la Nación, plasmada en el Boletín de jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC) “La prescripción de la acción penal en casos de abuso sexual infantil”. Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación ante la CNCCC.

Por su parte, el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) con jerarquía constitucional, obliga a los Estados parte a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inc. b), a incluir en su legislación interna normas (penales, civiles y administrativas) para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (inc. c) y 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 (inc.f).

Siguiendo tal trazado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (con jerarquía constitucional en 1994), establece en su art. 8 inc. 1 que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con posterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. A su vez, en su art. 25, proclama que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. En tal sentido, se establece la obligación del Estado de asegurar el derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos, con prescindencia de que las conductas del caso puedan ser calificadas como un delito de lesa humanidad<sup>4</sup>.

Por otro lado, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia de víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución Asamblea General NU 40/34 1985)<sup>5</sup> establece no sólo el concepto de *víctima*, sino también reconoce *el derecho que le asiste a la misma, como ser el acceso a la justicia y trato justo*. A su vez, en su artículo 5 expresa que se establecerán mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos y accesibles. Por otro lado, contempla el derecho a percibir un resarcimiento por parte de los delincuentes o de los terceros responsables, así como también prevé indemnización por parte del estado cuando se den determinados supuestos (art. 12) y asistencia médica, psicológica y social, entre

---

<sup>4</sup> Estatuto de Roma (art. 7).

<sup>5</sup> Contemplada por la ley 27372, 08/05/2018.

otras (art. 14 y ss.). Por último, regula los supuestos de *víctimas del abuso del poder*, situación que se da cuando hay un menoscabo a sus derechos como consecuencias de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del Derecho Penal Nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a derechos humanos (Art. 18 y ss.).

En lo que respecta a las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en su art. 7, define que se consideran *personas en situación de vulnerabilidad* aquellas que por razón a su edad (niño, niña y/o adolescente) o género (entre otras) no pueden ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento. Es por ello que interponen una serie de pautas a los intervinientes en el sistema de justicia a los fines de adoptar medidas de organización e investigación que tiendan a respetar la dignidad de la persona en situación de vulnerabilidad.

Por último, en el ámbito local, el Congreso Nacional sancionó las leyes ya mencionadas, las cuales buscaron introducir causales de suspensión del inicio del curso de la prescripción de la sanción penal, cuando se trate de delitos contra la integridad sexual cometidos en perjuicio de víctimas menores de edad a fin de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino.

## **II.- Postura en contra de la aplicación retroactiva de las leyes legislativas**

Adentrándonos en la postura dominante, la cual entiende que las leyes no pueden aplicarse retroactivamente ya que así se violentaría el principio de legalidad (art. 18), siendo de aplicación retroactiva excepcional para aquellos supuestos en que la ley penal es más favorable para el imputado.

En tal sentido, se transcriben los siguientes fragmentos jurisprudenciales y doctrinales:

“[E]l legislador fue consciente de la problemática involucrada y modificó, en consecuencia, el régimen legal de suspensión de la prescripción de la acción penal para una serie de delitos en razón de la edad de las víctimas. En ese sentido se consideró, por razones político criminal, que debía ampliarse el plazo para la persecución de esta clase de delitos, pero no modificó el art. 18 de la CN, que da sostén constitucional al principio mencionado” (voto juez Garrigós de Rébora en causa CNCC, Balsa CCC 12490/2015//2CNC1, reg. N° 1129/2017).

“El abuso u otra formas de abuso infantil no están comprendidos en ninguna disposición de un tratado que establezca su imprescriptibilidad” (Juez García en causa CNCC, Balsa CCC 12490/2015//2CNC1, reg. N° 1129/2017).

“[T]ales delitos podrían estar comprendidos en una regla de imprescriptibilidad si constituyesen un crimen de guerra, un delito de calificables como tortura, en los términos de la Convención contra la Tortura, o según otras disposiciones específicas de otros tratados. ... En vistas... del alcance dado a la inoponibilidad de reglas de prescripción a hechos calificables sea como delitos de lesa humanidad, sea como constitutivos de “violaciones graves“ a los derechos humanos, concluyo que los casos de abuso sexual cometidos sobre adultos o niños, atribuibles a personas que no obran en funciones estatales, ni bajo la dirección o aquiescencia de aquéllas, no caen en esa regla de inoponibilidad. La clausura de la posibilidad de persecución y castigo penal por aplicación de una regla de prescripción, no extingue el deber del Estado de proveer vías no penales para establecer lo sucedido” (Juez García en causa CNCC, Balsa CCC 12490/2015//2CNC1, reg. N° 1129/2017).

“[T]ampoco se ha planteado ante los jueces de la causa una impugnación de inconstitucionalidad de los arts. 62 y 67 CP – versión vigente al momento del hecho por alegada colisión con alguna disposición de la CN o de alguno de los instrumentos internacionales que complementan su primera parte enunciados en el art. 75 inc. 22, segundo párrafo, CN. La concurrencia de leyes sucesivas ha de resolverse conforme a normas de conflicto. En el caso, al aplicar la vigente al momento de los hechos, que además es la más favorable al imputado, el a quo se ha ajustado al art. 18 CN; y también al art. 2 CP cuya constitucionalidad el recurrente no impugna” (Juez Bruzzone en causa CNCC, Moreyra, CCC 6194/2016/1/1CNC1, reg. N° 64/2018).

“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 del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva. Que la jurisprudencia de esta corte establece 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; 117:48 y 222; 133:216; 140:34; 156:48; 160:140; 169:309; 84:531; 197:569; 254:116, consid. 19°)“ (CSJN, “Miras”, 287:76).

“La garantía de legalidad (art. 18 CN) tiene el claro sentido (a) de impedir que alguien sea penado por un hecho que, al tiempo de su comisión, no era delito o no era punible o perseguible, y (b) de prohibir que a quien cometa un delito se le aplique una pena más gravosa que la legalmente prevista al tiempo de la comisión. Puesto que éste -y no otro- es el objeto de la proscripción de la ley ex post facto, el principio de irretroactividad de la ley penal reconoce una importante excepción, que es el efecto retroactivo de la ley penal más benigna. El art. 9 de la CADH expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone Provincia de Corrientes Poder Judicial la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello. La vigencia de esta norma cancela todas las discusiones que ponían en duda o limitaban la retroactividad de la ley más benigna”*<sup>6</sup>.

“La contención temporal debe expresarse respetando el mandato de legalidad en general y sus derivados: previa, ‘certa’ y ‘estricta’, a los fines de dar precisión, certidumbre y previsibilidad a los ciudadanos sobre el plazo por el cual se extiende la pretensión estatal de castigar delitos. Con estas premisas, entiendo que ni la Convención de los Derechos del Niño, ni la Convención de Belém do Pará, ni tampoco la CEDAW establecen normas específicas para el tratamiento del instituto de la prescripción en la constelación de conflictos que tratan. En este punto, cabe recordar que el principio de legalidad, afincado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en el art. 9 de la CADH y 15 PIDCyP, es una pieza fundamental del sistema penal en un estado de derecho constitucional, tributario de la incuestionable lógica de que los ciudadanos sólo pueden ser sancionados en las condiciones dispuestas en las leyes previas y escritas que así lo dispongan. En un sistema democrático de división de poderes, la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973), y que, a su vez, la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167) puesto que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos: 300:700)”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Zaffaroni, Eugenio y otros, Derecho Penal, Parte General, p.114.

<sup>7</sup> Fallo N.º 553, Tº XXXVII, Fº 216/223, en causa 21-08040833-9. Juzg. 1ra. Inst. 2da. Circunscripción – Rosario - 28/05/2020.

Por su parte, el mencionado Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece un listado de conductas que, cuando se cometen en determinados contextos, constituyen crímenes de lesa humanidad y, por lo tanto, son imprescriptibles. Así se distingue, porque tales delitos se dan en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra una población civil (art. 7). Más allá que podría encuadrarse a los niñas, niños y adolescentes como un grupo social civil a proteger, no se estarían dando los demás elementos necesarios para que se consideren delitos de lesa humanidad, como ser: el comportamiento **sistemático**, el cual implica una serie global de acontecimientos que permiten evidenciar *patrones de conducta en el ataque*, en lugar de actos aleatorios o desconectados entre sí; **la política**, la cual consiste en la planeación, dirección u organización por parte de una organización, Estado o ambas. El cual puede darse por omisión u acción deliberada de actuar.

Lo mencionado fue receptado por la CSJN en causa “Videla, Jorge Rafael y otros” (fallo 375/2013):

“[L]a prescripción de la acción penal puede entenderse como una herramienta para evitar la indefinición sine die en el juzgamiento de un hecho y liberar a su autor de una eventual condena, o bien puede concebirse como un recurso ligado al interés de la sociedad por conocer la verdad de los hechos delictivos y castigar a sus responsables. Ahora bien, cuando delitos tales como el asesinato, la privación ilegal de la libertad, la tortura y la desaparición forzada de personas, entre otros, son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil en el marco de una política de Estado, configuran crímenes de lesa humanidad (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7; Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, art. 6.c.); y entonces, ante este tipo de crímenes, resulta inexorable que predomine el interés social por conocer la verdad y sancionar a sus responsables, por sobre cualquier interés individual por liberarse de la persecución penal”.

También se refirió en la causa Funes (287:76), luego de hacer un análisis de diferentes fallos internacionales:

“[L]a Convención Americana sobre Derechos Humanos no contempla la aplicación de la excepcional regla de la imprescriptibilidad para cualquier delito, aun cuando se ha reconocido que en sí todo delito supone una violación de cierta gravedad de los derechos humanos. Más aún, con independencia de que en el ámbito interno una consulta pueda ser considerada como un crimen de lesa humanidad o no, o pueda imputarse a agentes estatales o a particulares, la Corte

Interamericana ha juzgado relevante que se trate de violaciones “graves” o “muy graves” que, en cierto contexto, determinen la necesidad de no limitar el poder punitivo del Estado a fin de evitar que aquéllas vuelvan a ser cometidas. Este concepto ha sido alcanzado con relación a delitos tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial, la tortura o el asesinato en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, e incluso a la privación del derecho a la vida “dadas las particularidades del caso” (conf. “Familia Barrios vs. Venezuela”). La prescripción en materia penal es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, que éste no es responsable por la celeridad del proceso ni se le puede atribuir que soporte la falta de diligencia de las autoridades estatales, pues ello iría en menoscabo de los derechos que le confiere la ley (conf. Caso “Albán Cornejo”). En tales condiciones, estimo que descartada la calidad de lesa humanidad de los hechos que constituyen objeto procesal en la presente causa, aún cuando sean aberrantes las conductas que los imputados – eventualmente – hayan llevado a cabo, no es posible afirmar que se trate de un excepcional supuesto de imprescriptibilidad según los criterios vigentes del derecho internacional de los derechos humanos. ... La prescripción es un instituto de orden público que opera de pleno derecho y debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión de fondo, aspectos que respetan tanto la garantía del debido proceso y el principio de legalidad que asegura el art. 18 CN”.

Por último, Alberto Binder afirma que:

“En el caso específico del límite temporal al ejercicio del poder penal del Estado, su función consiste en garantizar que ese poder no sea utilizado más allá de los límites de la necesidad social, porque ese poder sólo existe para garantizar el orden social y es políticamente preferible *resumir* que el tiempo ha restaurado ese orden social, que otorgarle al Estado un poder penal temporalmente ilimitado. Debe quedar en claro, pues, que la restauración de ese orden social por el simple trascurso es una simple presunción o ficción, que busca “explicar” el modo como un Estado de Derecho resuelve la colisión entre las necesidades sociales de orden y seguridad y las exigencias del respeto a la persona y la limitación al poder que ello implica, no obstante, de ningún modo le otorga “fundamento al límite temporal”<sup>8</sup>.

En conclusión, la única excepción existente para conceder el efecto retroactivo de la ley penal es, como mencionaron la doctrina y jurisprudencia, una

---

<sup>8</sup> Binder, Alberto M. Justicia Penal y Estad de Derecho, edit. Ad-Hoc SRL, Bs. As., 1993, p. 131.

mayor benignidad. Por eso, la ampliación de los plazos prescriptivos de los delitos contra la integridad sexual en casos de víctimas niñas, niños y adolescentes y cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de las leyes referidas otorga efectos retroactivos a una ley que resulta más gravosa para el imputado. En este sentido, entienden que, el derecho penal deambula entre períodos liberales y autoritarios<sup>9</sup>, y en el actual se ha izado la bandera de la tutela judicial efectiva, perdiendo de vista el sentido y el alcance de las garantías, abandonándose la idea de que los derechos fundamentales fueron concebidos para repeler la aplicación abusiva y desmedida del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación (legítima o ilegítima)<sup>10</sup>.

En definitiva, el instituto de la prescripción actúa como un importante límite jurídico – político temporal del *ius puniendi* estatal para sancionar el delito, por lo que su curso, interrupción y suspensión se vincula con la seguridad jurídica, interés general y la economía procesal.

### III.- Postura de la imprescriptibilidad de la acción penal

Esta postura parte de la premisa que la acción penal -en tales delitos- debe considerarse vigente en función de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de derechos humanos. En efecto, el trámite de una investigación penal no puede clausurarse por obstáculos procedimentales, puesto que convergen una multiplicidad de elementos que reclaman, de parte del Estado, su trámite bajo los estándares de debida diligencia reforzada que rigen la materia. El deber de investigar los hechos denunciados, la protección de los niños, niñas y adolescentes, los derechos que los mismos tienen, existen al momento de su denuncia, en función de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

Así, la cuestión del acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual, ha sido tratada en extenso por los tribunales internacionales. En particular, la CIDH expresó:

“[A]nte un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio R., “El derecho penal liberal y sus enemigos, manuscrito de su intervención con motivo de recibir el título de doctor honoris causae de la Universidad de Castilla – La Mancha”, Toledo, 2004.

<sup>10</sup> Pastor, Daniel R., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. Ed. NDP, 2005/A, pp 77-79.

determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y la obligación del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección<sup>11</sup>.

Asimismo, en otro fallo, la Corte dijo:

“La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad, así como una persistente desconfianza en la administración de justicia”<sup>12</sup>.

Es por ello que entienden que la receptación positiva de derechos humanos en las leyes que modificaron los arts. 63 y 67 del CP no es más que el reconocimiento de obligaciones y derechos preexistentes, por lo que, como ha dicho la Corte Nacional, “asegurar el cumplimiento de esas obligaciones (internacionales) es una exigencia autónoma y no alternativa”<sup>13</sup>.

En este sentido, el Procurador Fiscal de la CSJN, Dr. Eduardo Ezequiel Casal, dictaminó en el caso “Ilarraz” - en ocasión del recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa ante el rechazo del recurso de casación -, remitiendo al caso “Funes”<sup>14</sup>, que en determinados supuestos – que pueden calificarse como aberrantes, pero que no integran el elenco de graves ni gravísimas violaciones a los Derechos Humanos – es deber del Estado avanzar en un esclarecimiento de la verdad. Incluso citó a la Corte IDH al expresar que “el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultados, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos”<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Rosendo Cantú y otra vs. México - 12/03/2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>12</sup> González y otras vs. México – “Campo Algodonero” – 16/11/2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>13</sup> Fallo Góngora Gabriel Arnaldo s/ causa N.º b 14.092, 23/04/13.

<sup>14</sup> F. 294 XLVII.

<sup>15</sup> “González y otras vs México” – “Campo Algodonero” – 16/11/2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En consonancia con esto, en el caso “Funes”, el procurador menciona que la extinción de la pretensión penal no implica desentenderse de la obligación del estado de asegurar el derecho de las víctimas o sus damnificados a conocer la verdad de los hechos, con prescindencia de que las conductas del caso puedan ser calificadas como un delito de lesa humanidad. Ello, en aplicación de las garantías y protecciones judiciales que asegura la Convención Americana (artículos ya citados precedentemente), y también al amparo de los derechos del niño y las medidas de protección que a su respecto impone el artículo 19. En este sentido, expresó que:

“tal temperamento no resulta desconocido en el ámbito interno, pues coincide con lo considerado por los jueces Petracchi y Bossert al fallar en disidencia in re “Suárez Mason” (Fallo: 321:2031). Si bien el caso se refería a la investigación sobre el destino final sufrido por las personas “detenidas desaparecidas” en un proceso penal alcanzado por las leyes 23.492 y 23.521 y por el decreto 1002/89, por entonces aplicables, en lo que aquí interesa sostuvieron que el hecho que la “persecución penal se encuentre clausurada respecto de algunas personas y respecto de hechos que hayan tenido ciertas características no implica, automáticamente, el cierre de la investigación. Muy por el contrario, sólo en la medida en que ella continúe se podrá determinar si esos hechos fueron cometidos por los autores alcanzados por las exenciones de pena o si, en cambio, ellos fueron cometidos por terceros ... es imprescindible que la investigación no se interrumpa de manera inmediata, sino cuando las circunstancias del hecho estén lo suficientemente esclarecidas como para que la eximición de pena alcance sólo a los hechos o a los autores quienes la norma pretendió beneficiar”<sup>16</sup>.

Asimismo, continúa diciendo que si los hechos no son investigados con seriedad resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado, por lo cual no puede permanecer indiferente.

El Dr. Manuel Robles Ventura, quien fuera juez de la Corte IDH, consideró que:

“[L]os Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados. Consecuentemente, cualquier norma o medida estatal, en el orden interno, que dificulte de cualquier manera el acceso de los individuos a los

---

16 Dictámen del Procurador Fiscal de la Nación de fecha 14/10/2014 en la causa “Funes, Gustavo Javier y otro” S.C. F. 294; L.XLVII CSJN.

tribunales y que no esté justificado por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a lo dispuesto en el art. 8.1 y 25.1 – Garantías Judiciales y Tutela Judicial Efectiva”<sup>17</sup>.

Por su parte, en el fallo “Mazzeo” (fallo 330:3248) el juez Fayt al votar -en disidencia- expresó que “el derechos 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 al proceso” (considerando 49).

Por último, en la causa “Mazzucco”<sup>18</sup> el tribunal manifestó lo siguiente:

“Sin perjuicio de que el instituto de la prescripción es de Orden Público, debe destacarse que, a partir de la reforma constitucional de 1994, a través del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna se amplió el “bloque de constitucionalidad“, que no solamente está compuesto ahora por los derechos y garantías reconocidos en el articulado de la Constitución Nacional, sino que se completa con los derechos plasmados en los instrumentos supranacionales suscriptos por el Estado Argentino. La incorporación de estas normas internacionales ha aparejado una flexibilización en la aplicación de los principios liberales del derecho penal (entre los que se encuentra el de “legalidad“) y de los institutos que derivan de ellos tal como la “prescripción de la acción penal“. Estos principios concebidos para limitar racionalmente el poder punitivo del Estado, ceden en la actualidad en pos de garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos positivizados a través de tratados y convenciones internacionales y regionales, que obligan al Estado argentino frente a la Comunidad Internacional. Así lo sostiene CAFFERATA NORES en su obra “Proceso Penal y derechos humanos: “(...) 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 la operatividad, mediante el cual desde el momento en que un Estado asume un compromiso internacional los derechos que 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 sólo cómo deben ser aplicados en el ámbito interno, sí fijan obligaciones que restringen eventuales opciones. El estado parte

---

<sup>17</sup> Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, san José de Costa Rica, Costa Rica, 22/11/1969. Entrada en vigor: 18/07/1978, de conformidad con el art. 74.2.

<sup>18</sup> Auto interlocutorio n.º 2, 20/02/2020, en el expte “M” N.º 046/19,

tiene la posibilidad de reglamentarlo, pero no establecer su existencia. Menos aún ignorarla (...). 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 ‘cosificarlo’ en nombre de un ‘interés estatal”’.

En síntesis, esta tesitura entiende que más allá de que el instituto de la prescripción de la acción penal es de orden público, no se puede olvidar (al momento de investigar y resolver un caso) que – a partir de la reforma constitucional de 1994 - a través del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna se amplió el "bloque de constitucionalidad", el cual no solamente está compuesto por los derechos y garantías reconocidos en el articulado de la Constitución Nacional, sino que se completa también con los derechos plasmados en los instrumentos supranacionales suscriptos por el Estado argentino. Por lo tanto, todo magistrado al momento de fallar y resolver una controversia sometida a su decisión debe realizar el análisis de constitucionalidad y control de convencionalidad, requisito que ha sido exigido a los Estados parte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Almonacid Arellano vs. Chile” y “Gelman vs. Uruguay”. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido como una obligación de los jueces el efectuar una fiscalización convencional de las normas domésticas, teniendo en cuenta no sólo la Convención Americana de Derechos Humanos sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fallos "Mazzeo" y "Rodríguez Pereyra").

#### **IV.- Conclusión**

De lo expuesto se puede concluir que existen una determinada cantidad de hechos que podrían configurar delitos contra la integridad sexual en virtud de la fecha de comisión de éstos y que a la fecha se hallarían prescriptos. Sin embargo, esto no significa que el Estado no deba dar una respuesta a tales casos. Todo lo contrario, el mismo -en su compromiso real de adoptar medidas encaminadas a la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia sexual- debería otorgar una respuesta que aunque no sea una sanción punitiva, permita eventualmente una declaración de culpabilidad, lo que otorgaría satisfacción, en la medida de lo posible, a las víctimas de estos delitos y estaría en consonancia con los compromisos internacionales asumidos, siempre compatibilizándolos con las

garantías de los imputados, esto es, sin menoscabar su derecho de defensa como así también sin limitar su libertad.

Para garantizar lo mencionado, se debería llevar a cabo estos “Juicios por la Verdad”, de manera tal que se pueda dar una respuesta a la víctima que, aunque no sea penal, le posibilite conocer la verdad de lo sucedido, sin desconocer las garantías constitucionales de quien se encuentra sindicado como el autor del hecho.

En este sentido, desde el ámbito procesal penal, la fiscalía provincial podría citar al denunciado, el cual podría comparecer o no, puesto que no existiría coerción penal y, en caso de realizarse la imputación y la respectiva acusación, se podría llevar a cabo medidas tendientes a investigar los hechos que no impliquen un menoscabo a la libertad del denunciado: testimonio de las víctimas, testigos, peritos, lo que podría culminar con una resolución que tenga por verdadero el hecho ocurrido a la víctima cuando era niño y/o niña.

En este caso, se llevaría a cabo un procedimiento similar a un juicio, que aunque no concluya con una sanción penal, de lugar a una resolución judicial reconociendo la verdad de los hechos acaecidos.

Por otro lado, en caso de que no compareciese el denunciado, la Fiscalía podría llevar a cabo la investigación, finalizando la causa con un dictamen que reconozca la existencia de los hechos.

De esta manera, se propone que aunque no haya castigo penal, la denunciante sea escuchada por un tribunal, ya que conocer la verdad histórica de los hechos pueden tener un efecto reparador para el adulto víctima. Muchas veces, la condición de niño/a abusado/a necesita un reconocimiento proveniente de una sociedad adulta, por lo tanto, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa derivada del derecho internacional, la cual no puede rechazarse o condicionarse por disposiciones normativas internas.

Acorde con estas ideas, se entiende que es deber de los jueces resolver las contiendas que se dan entre las diferentes normativas, mediante un testeo o control de convencionalidad para poder ponderar su adecuación con la norma internacional emanada de la CADH u otra convención sobre la materia y que fueron ratificadas por el país.

Llevar a esa persona ante la justicia para saber si la misma es o no responsable, es una salida alternativa en los presentes casos, configurando una solución inserta en las alternativas de Política Criminal de un estado.

En este sentido y como lo ha dicho la CIDH, es importante que frente a estos delitos, prevalezca el interés superior del niño, el cual es entendido como el deber de garantizar el cumplimiento de los derechos de los menores.

En síntesis, la interpretación propuesta en este punto permitiría que los procesos judiciales –en este tipo de casos- se realicen de una manera más compatible con las garantías especiales previstas en las normativas internacionales, entendiéndose que al no investigarse los hechos por estar prescripta la acción penal, genera que el blindaje jurídico vigente -por imperio constitucional- caiga por la simple omisión legislativa al no adecuar el sistema a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, ejerciéndose -en el ámbito jurisdiccional- una práctica reduccionista. Por lo que, negarle a la víctima el derecho a que se investiguen los sucesos denunciados en miras a salvaguardar el principio de legalidad significaría desconocer los principios de interés superior del niño y de su derecho al acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva.

En definitiva las normas se deben realizar en favor de la dignidad del hombre, en este caso, de los niños. Los cuales son personas que no amenazaron ni lesionaron a otros, sino que fueron víctimas del accionar de un adulto en un contexto de sumisión y supresión de libertad. Por lo que la investigación debe iniciarse a fin de buscar la verdad material y como un deber que el Estado Argentino asumió al ratificar las convenciones ya mencionadas.

Es por ello que la exégesis del deber de investigar impuesto por el pronunciamiento internacional debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 CADH que posee jerarquía constitucional y que dicho tribunal le asigna carácter obligatorio. Esto significa que frente a tales hechos se debe permitir la investigación no sólo para no incurrir en un incumplimiento internacional, sino también porque estamos en presencia de delitos que afectan gravemente a los derechos humanos y para operativizar el derecho a la verdad que le asisten a las víctimas de los mismos.