



Reg. n° 1643/2018

/// nos Aires, 18 de diciembre de 2018.

VISTOS:

Para resolver el recurso de casación interpuesto en la causa CCC 38644/2015/CNC1, caratulada "F, N s/ violación de menor de 12 años".

RESULTA:

I. La Sala VII de la Cámara de Apelaciones del fuero confirmó la decisión del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 30 que declaró extinguida por prescripción la acción penal en la causa y sobreseyó a N Daniel F (v. fs. 103/108 y 126/130).

II. Contra esa decisión interpusieron recurso de casación la querellante V. A. y el fiscal general (fs. 135/140 y 142/170, respectivamente), que fueron concedidos (fs. 172) y mantenidos (fs. 176 y 177).

III. La Sala de Turno de esta Cámara otorgó a los recursos el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 179).

IV. En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, las partes recurrentes no efectuaron presentaciones.

V. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que comparecieron los recurrentes y la defensa técnica del imputado (fs. 228).

VI. Tras la deliberación del tribunal, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

I. Para resolver en el sentido indicado el Tribunal consideró que los hechos imputados a N Daniel F habrían ocurrido entre 1991 y 1992,



durante un año y medio, y que fueron calificados como constitutivos del delito de abuso sexual agravado por haber mediado acceso carnal, por revestir el autor el carácter de encargado de la guarda de la víctima y por tratarse de hechos cometidos contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119 párrafos 2 y 3 incisos *b* y *f* CP).

Luego, tomó como plazo de prescripción el máximo de doce años establecido en el art. 62 inciso 2 CP y lo contó entre la fecha en que cesaron los sucesos y, ante la ausencia de comisión de otros delitos, el llamado al imputado a prestar declaración indagatoria, que data del 27 de enero de 2016 –que se reconoció como primer acto con entidad para interrumpirlo, como indica el art. 67 CP según la reforma introducida por Ley n° 25.990–.

Señaló, además, que la Ley n° 26.705 –que incorporó el segundo párrafo del artículo 63 CP y establecía que en los delitos como el aquí tratado: “cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad”– fue sancionada y promulgada en 2011; mientras que la Ley n° 27.206 –que derogó esa reforma, modificó el artículo 67 CP, y determina que en este tipo de delitos “se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad”– lo fue en 2015.

En consecuencia, sostuvo que tales normas no deben ser aplicadas pues los hechos denunciados son anteriores, y fundó la conclusión en la garantía de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del imputado –que integra el principio fundamental de legalidad (art. 18 CN)–, afirmó que alcanza a todos los





presupuestos de punibilidad del derecho material, estableció su reconocimiento en instrumentos internacionales de similar jerarquía (arts. 9 y 27 párrafo 2 de la CADH, art. 15 párrafo 1 del PIDCyP y art. 11 párrafo 2 de la DUDH), y la relacionó con el derecho a la *tutela judicial efectiva*, descartando que este deba prevalecer.

Por último, refirió que no resulta de aplicación al caso la doctrina de los casos “Priebke” (CSJN, *fallos* 318:2148), “Barrios Alto vs. Perú” (CIDH, sentencia del 14/3/2001) y “Bueno Alves vs. Argentina” (CIDH, sentencia del 11/5/2007), en la medida en que los hechos denunciados aquí no pueden ser considerados de *lesa humanidad* ni importan *grave violación a los derechos humanos*, pues ocurrieron en un ámbito intrafamiliar y sin intervención de las autoridades estatales.

II. La querella criticó el alcance que acordó el Tribunal al principio de aplicación de *ley penal más benigna* y consideró que no abarca al régimen del que se trata. Argumentó además que la decisión impugnada cercenó su derecho al *acceso a la jurisdicción* reconocido en los arts. 79 y 80 CPPN y en diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional: arts. 7 y 8 DUDH, art. 17 PIDCyP y art. 25 CADH, así como también aquellos que reconocen la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16) y la Ley n° 27.206.

III. El Ministerio Público Fiscal se agravió por la interpretación que efectuó la Cámara de las normas mencionadas precedentemente pues, según alegó, omitió considerar que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño –en las que esa parte fundó el derecho a la *tutela judicial efectiva* que invocó para mantener vivo el ejercicio de la acción penal (arts. 8 párrafo 1 y 25 de la primera y arts. 3 párrafo 1 y 19 de la segunda)– se encontraban vigentes cuando ocurrieron los hechos; y



afirmó que dicha garantía debe regir aun cuando según las reglas del régimen local pueda considerarse que se extinguió por el paso del tiempo –*derecho a la verdad o a conocer completamente lo sucedido*–, con cita del dictamen del Procurador General de la Nación en los casos “Funes” (CSJN, F. 294. XLVII. REX, rto. 14/10/2014) e “Ilarraz” (CSJN 4284/2015/CS001, rto. 7/6/2018).

Observó que en el primero de esos dos precedentes –en el que la Corte falló con remisión a su dictamen– el representante de dicho Ministerio dictaminó que más allá de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contempla la aplicación excepcional de la regla de imprescriptibilidad para cualquier delito –aun cuando se ha reconocido que en sí todo delito supone una violación de cierta gravedad de los derechos humanos–, y que la prescripción en materia penal es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado (cf. caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” de la CIDH, serie C, n° 171, sentencia del 22/11/2007), “la jurisprudencia del Tribunal ha admitido de modo constante el derecho de los familiares de las víctimas a conocer completamente lo sucedido, como así también ha declarado la obligación de los Estados de investigar los hechos y sancionar a los responsables. Ante la omisión de ello, en numerosos casos consideró que se había incumplido con el mandato contenido en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana y responsabilizó al Estado; incluso ordenó que se investigue o se informe si es posible hacerlo, aun cuando por haber prescripto la acción no puedan aplicarse sanciones penales” (cf. casos “Vera Vera y otra vs. Ecuador”, Serie C n° 226, sentencia del 19 de mayo de 2011, y “Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”, Serie C, n° 248, sentencia del 3 de septiembre de 2012, del mismo Tribunal regional).





Concretamente, señaló el Procurador General que “la extinción de la pretensión penal no implica desentenderse de la obligación del Estado de asegurar el derecho de los padres de la víctima –más aún cuando en su calidad de damnificados intervienen en la causa como acusadores particulares– 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 protección judiciales que les aseguran los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y también al amparo de los «derechos del niño» y las medidas de protección que a su respecto impone ese instrumento en su artículo 19”.

Refirió, además, que “las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin” (cf. caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, Serie C n° 246, sentencia del 31 de agosto de 2012, CIDH).”

Y, por último, afirmó dicho representante del Ministerio Público que “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». La obligación se mantiene «cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun a los particulares, pues, si sus



hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado» (dictamen del caso “Ilarraz”, se citó el caso CIDH “Castillo González y otros vs. Venezuela”, Serie C n° 256, sentencia del 27 de noviembre de 2012).

Luego, en la audiencia ante esta Cámara, la fiscalía sostuvo que en este tipo de problemática y caso en particular corresponde considerar la aplicación retroactiva del régimen actual (art. 67 CP) y, en subsidio, otorgar a las reglas que regían la cuestión cuando ocurrieron los hechos el alcance mencionado anteriormente, para garantizar el derecho de las víctimas a la *tutela judicial efectiva* –que fue el espíritu, señaló, que guió las sucesivas reformas enunciadas precedentemente– y acordar al régimen un significado y alcance compatible con los tratados de derechos humanos que reconocen la protección y autonomía de aquella.

Opinó que ante la privación que deriva del incumplimiento de los deberes de los padres de los niños víctimas no puede aplicarse de forma automática un sistema general y abstracto, sino otro prolongado y flexible, ajustado a la vocación de denunciar de la víctima.

Citó casos de las restantes Salas de esta Cámara, y de la Federal, y sostuvo que de algunos de ellos podría derivarse la declaración de inconstitucionalidad del régimen general ante la acreditación concreta de tal situación. También aludió a casos del Máximo Tribunal de cuya doctrina se deriva que bajo ciertas circunstancias pueden ponderarse situaciones o casos específicos en los que las reglas generales de prescripción sean conjugadas con los deberes internacionales del Estado, y que no puede afirmarse que la jurisprudencia de la Corte avale inexorablemente una interpretación rígida, unívoca, universal y abstracta.





Por último, observó que la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal no abarca de modo absoluto las reglas de prescripción: afirmó que se circunscribe a la prohibición material –conducta- pero no a la totalidad de las reglas para su persecución. Aludió, en ese sentido, al voto de la doctora Argibay en el precedente “Simón” (CSJN, *Fallos*: 328:2056).

En el mismo acto la defensa citó casos de la Sala I de esta Cámara contrarios a la postura de la acusación –“M., P. S.” (Reg. n° 1128/17); “Balsa” (Reg. n° 1129/17) y “Rodríguez Massuh” (Reg. n° 343/18)– y afirmó, por un lado, que reconocerla importaría vulnerar el principio fundamental de legalidad, pues a su modo de ver no se circunscribe sólo a los supuestos de criminalización y agravamiento de la pena. En ese sentido, citó el caso “Mirás” (CSJN, *fallos* 287:76) en el que el Máximo Tribunal estableció que si una ley que defina a la acción penal como sujeta a prescripción es modificada por otras ulteriores, las modificaciones se encuentran alcanzadas por la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa; y que la aplicación de una disposición legal posterior al hecho más grave que suspende el curso de la prescripción es contraria al art. 18 CN. En suma, afirmó que el principio de legalidad se aplica a los casos de prescripción cuando la interpretación de la ley es más gravosas para los intereses del imputado –como la que aquí se pretende–, y no cuando es a la inversa.

Por otro lado, explicó la defensa que no los sucesos denunciados no resultan caso de *grave violación de los derechos humanos*, pues más allá de su gravedad, no involucran a un funcionario público ni pueden ser categorizados como *tortura*; en consecuencia, como sucedieron en un ámbito doméstico, no se encuentra justificada la imprescriptibilidad de la acción en los términos del precedente “Bueno Alves” referido. En



la misma dirección, observó que los dictámenes del Procurador General de la Nación citados por la fiscalía no avalan su postura; por el contrario, allí se señaló expresamente que la interpretación debe ser acotada y restringida y que correspondía rechazar el recurso de la querrela y confirmar la decisión, pese a que la situación era claramente diferente: involucraba a un funcionario público, y a raíz de esa circunstancia se había impedido la investigación. Todo ello sin perjuicio de continuar la pesquisa para determinar la verdad de lo ocurrido. Finalmente, puso de relieve que el otro caso –“Ilarraz”– fue desestimado.

En conclusión, afirmó que la postura de los recurrentes importa violar la garantía fundamental de legalidad y que no se encuentra avalada por la doctrina del Máximo Tribunal.

IV. Considero conveniente, en este apartado y antes de examinar el caso sometido a estudio, transcribir un excelente voto –cuyo contenido comparto plenamente– emitido por el doctor Carlos Mahiques como juez de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal; con el distinguido colega hemos conversado extensamente sobre esta problemática y en la exposición que sigue ha analizado exhaustivamente la cuestión desde la perspectiva que coincidimos. Señaló el mencionado magistrado en la causa «Tocci, César Jesús» del 4 de diciembre de 2017 (CCC 14888/2007/2/CFC1, Reg. nº 1620/17) que:

“Los agravios de la parte querellante denuncian una errónea aplicación en el caso de los arts. 62, 63 y 67 del Código Penal. En la cuestión planteada, va entrañada, sin embargo, no sólo el alcance de la prescripción de la acción como mecanismo limitador del poder punitivo del Estado (que determina hasta cuándo se extiende la punibilidad de un ilícito y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable), sino también los límites que, para su aplicación, suponen las disposiciones contenidas





en el denominado bloque de derechos humanos, que integran las Convenciones internacionales y las Cartas Constitucionales en relación al creciente reconocimiento de los derechos de las víctimas de delitos y abusos de poder”.

“Es en este campo donde suelen presentarse situaciones que evidencian las contradicciones entre los principios y garantías esenciales establecidas a favor de los imputados y los derechos fundamentales reconocidos a las víctimas, planteándose para el juez de la causa la difícil tarea de discernir el estándar prevalente en un esfuerzo armonizador de normas del derecho nacional y del derecho internacional humanitario (cfr. Tarditti, Aida, *Delitos sexuales -Tensiones entre las Garantías del imputado y derechos fundamentales de las Víctimas-*, artículo publicado en

http://ministeriopublico.jus.mendoza.gov.ar/capacitacion/material/3_Ai da_TardittiDelitos_sexuales.pdf”).

“En efecto, se afirma que el conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico (Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89)”.

“En el *sub examen* aparecen virtualmente en pugna, por un lado, la garantía de todo encausado a que se le aplique un instituto histórico del derecho penal liberal, como es la prescripción de la acción penal y, como consecuencia, el juzgamiento en un plazo razonable. Por el otro, el reclamo de la víctima –menor de edad al momento de los hechos– de que no se aplique dicho instituto porque ello vulneraría su derecho a una tutela judicial efectiva y a la protección prevalente de los niños, reconocidos por el Estado Argentino a través de la Convención sobre



los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

“Expresó en ese sentido la querellante, que siendo menor, no contó con la posibilidad de recurrir por sí misma ante las autoridades y luego, cuando pudo realizar la denuncia por sus propios medios, a los 20 años (para lo cual inclusive necesitó autorización de sus padres, cfr. fs. 15, 40 y 48), el plazo de 12 años establecido en el art. 62 inc. 2 del CP ya había transcurrido”.

“En primer lugar, cabe señalar que la tradición jurídica liberal ha considerado a la prescripción como una autolimitación que se impone el mismo Estado a su facultad de persecución o represión del delito, basada en diferentes razones de política criminal: a) el «acallamiento de la alarma social producida por el hecho antijurídico» (CSJN, Fallos: 322:360; Dictamen del Procurador General de la Nación en causa «Egea, Miguel A.», 9/11/2004; voto del juez Zaffaroni, considerando 20, en el fallo «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita -causa n° 259, sentencia del 8 de marzo de 2005»); b) la enmienda o corrección de la conducta por el propio individuo demostrada mediante la omisión de comisión de nuevos hechos (CSJN, Fallos: 292:103; CNCC, fallo plenario “White Pueyrredon, Marcelo sobre prescripción de la acción”, del 04/08/1998) y c) la falta de voluntad de persecución o de actividad de los órganos encargados de impulsar el procedimiento (Soler, S., *Derecho Penal Argentino*, T. II, TEA, Buenos Aires, 1987, p. 541; D’ Alessio, A., *Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 652/653; Zaffaroni, E. Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho penal parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 898; Maier, J., *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2004, p. 119; Fiandaca G., Musco, E., *Diritto Penale parte generale*, Zanichelli Editore,





Nápoles, 2004, p. 764/66; Calvete, A., *Prescripción de la Acción Penal*, Tomo 1, DIN Editora, Bs.As., 1989, p. 4 y ss.)”.

“La prescripción de la acción penal es, por antonomasia, la causa extintiva del delito que «filtra» aquellos hechos que el sistema jurídico debe conservar en su «memoria» como baliza de orientación del olvido (no del perdón), de la Justicia penal. Como es notorio, en un contexto epocal como el actual, caracterizado por una creciente demanda de justicia, aquel olvido normativamente impuesto, aparece muchas veces como una abdicación al sentido de justicia, y la prescripción como un instituto que ha entrado en una suerte de degeneración operativa. Particularmente, cuando se enfatizan los componentes retributivos de la pena, todavía muy presentes en la percepción profana y emocional de los fines del derecho punitivo”.

“En el contexto social en el cual es llamado a actuar el derecho penal, la memoria del delito y de su disvalor, como presupuesto de su punición, es esencial a la cohesión y a la estabilidad de la sociedad. La consolidación, a su través, de los valores fundamentales de un conjunto social es el núcleo de la función de la respuesta sancionatoria, que en definitiva, se sustenta en la convalidación del significado preceptivo ínsito en la norma violada”.

“En la dimensión antes aludida, el olvido por vía de la prescripción, se justifica en nombre del derecho del imputado a que no transcurra una parte excesivamente larga de su vida bajo la amenaza de una justicia tardía o lenta. En esta perspectiva, la prescripción opera como sanción que el ordenamiento se autoinflige. Se trata de un olvido deóntico, donde la prescripción expresa la subordinación de la persecución penal al principio personalístico, del cual la duración razonable del proceso puede considerarse una especificación”.



“Como todo lo relativo a la humana existencia, la dimensión punitiva también está inmersa en el tiempo, y adquiere valores existenciales diversos en razón de la diversidad de actores y circunstancias. Se podría decir incluso, que en el campo de la Justicia Penal, el factor tiempo y su polivalencia siempre serán factores que el ordenamiento penal debe tener en cuenta, porque nunca operan en un plano inmutable o metafísico”.

“Se afirma que la prescripción permite «liberar al imputado del estado de sospecha que importa un proceso penal, para que cese así la situación de incertidumbre que supone la acusación formal de un delito sin respuesta del órgano jurisdiccional que debe decidir el caso» (D’ Alessio, A., *Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 652; en el mismo sentido, Zaffaroni, E. Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho penal parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 898). En este orden, se ha expresado que ese instituto «funciona como un instrumento para concretar el derecho fundamental a que el proceso penal termine en un plazo razonable...pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho en cuestión, el cual, de reiterarse, seguirá siendo considerado delito y pasible de la misma sanción. Es que más allá de su carácter material, lo cierto es que, en definitiva, las reglas de la prescripción sólo regulan la actividad de los órganos de persecución penal, es decir, sólo establecen el modo (los plazos, el tiempo) como se debe proceder en el ejercicio de esa actividad” (Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa «Torea, Héctor s/recurso de casación», S.C.T. 404; L.XLII, noviembre de 2006; CSJN, “Egea, Miguel A.”, 09/11/2004, Fallos: 272:188)”.





“Ahora bien, la garantía del plazo razonable se encuentra prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 7.5 y 8.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9.3 y 14.3.c). Implica el derecho que asiste a todo imputado de un delito a obtener un pronunciamiento que ponga término a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal del modo más breve. Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Mattei» (Fallos: 272:188), luego reafirmado al resolver en los casos «Amadeo de Roth» (Fallos: 323:982), «Firmenich» (Fallos: 310:1476), «Bramajo» (Fallos: 319:1840), y «Kipperband» (Fallos: 322:360), esta garantía tiene base constitucional en la garantía de defensa en juicio que incluye el derecho a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.

“El plazo razonable nace para el Estado desde el momento en que un órgano del Estado enuncia la imputación formal contra el imputado, notificándolo de los hechos de la imputación y en consecuencia, es ese acto el que fija el comienzo del plazo de duración del proceso, a los fines de controlar el respeto de la garantía”.

“En la misma línea argumental, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido diversos criterios para juzgar sobre el agotamiento del plazo razonable y ha establecido un modelo de análisis de la razonabilidad vinculado tanto con la duración del proceso como de la prisión preventiva. La Corte Europea ha establecido en esa línea, que el plazo de duración del proceso se debe computar desde que a la persona involucrada le fueron dirigidos cargos oficialmente («time in



wich a person is charged»), momento en el cual esta es puesta en conocimiento de que contra ella, por la sospecha de que ha cometido un hecho punible, se desarrolla una investigación penal (cfr. sentencias de los casos «Deewer c/ Bélgica» y «Eckle c/Alemania», del 27/2/1980,, serie A nº 35, § 42 y del 15/7/1982, serie A nº 51, p. 33, § 73, respectivamente, publ. en Tribunal Europeo de Derechos Humanos –25 años de jurisprudencia 1959-1983, BJC, Madrid, pp. 450 ss., 824 ss.)”.

“Este mismo criterio fue seguido por los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión IDH, Informe del caso nº 10.037 «Firmenich», Informe N° 12/96 caso “Giménez”; Corte IDH, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, «Suárez Rosero»; Sentencia del 29 de enero de 1997, «Genie Lacayo»; Sentencia del 30 de octubre de 2008, y «Bayarri vs. Argentina»)”.

“En el presente caso, la acción penal para impulsar la investigación del delito denunciado habría prescrito, en principio, antes de que Tocci se encontrase sujeto a proceso. En efecto, la denuncia fue presentada el 15 de marzo del 2007 y pocos meses después (el 10 de mayo del mismo año) al ser citado a prestar declaración indagatoria, el imputado solicitó que se declare la prescripción de la acción penal. Frente a ello, la juez de instrucción interviniente declaró extinguida la acción penal y dictó su sobreseimiento, luego confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 10 de diciembre de 2007”.

“De acuerdo al significado otorgado por la doctrina judicial de los diferentes tribunales mencionados a la garantía de plazo razonable, difícilmente podría afirmarse que ésta se haya visto vulnerada por la denuncia penal o la investigación llevada a cabo en este proceso. Al menos, el imputado no se vio afectado en ninguno de sus derechos por





persecución penal alguna previo a que prescribiera la acción penal por los delitos que se le atribuyeron en perjuicio de la menor denunciante”.

“Esta circunstancia resulta relevante y corresponde que sea tenida en cuenta a la hora de balancear los derechos esenciales en juego. No puede ser ajeno al análisis de esta causa que mientras la víctima, desde muy corta edad, dijo haber sido gravemente afectada en sus derechos humanos fundamentales (tales como la integridad física, psíquica y moral; a la salud; a la dignidad; y a la autodeterminación) por los abusos sexuales que habría sufrido, el imputado nunca se vio privado de ninguno de los derechos que una persecución penal podría haberle acarreado”.

“En este punto, cabe tener en cuenta que los hechos de abuso sexual constituyen una experiencia significativamente traumática para los niños que frecuentemente incluyen mecanismos psicológicos defensivos que se desarrollan en diferentes etapas: secreto, indefensión, acomodación y trampa, revelación diferida, contradictoria y poco convincente, retractación. Siempre será una forma más de victimización de la infancia, con secuelas similares a las generadas en casos de maltrato físico o abandono (Summit, R. C., *Child sexual abuse accomodation syndrome*, en *Child Abuse & Neglect Vol 7*, Pergamon Press Ltd, usa, 1983, p. 177 a 193), pues generan una importante confusión en la víctima, quien experimenta sentimientos de culpa, de auto recriminación, violencia física, psíquica o psicológica”.

“Pero hay otra cuestión que va entrañada en el análisis que se haga de la existencia o no de la afectación de la garantía sobre la cual se apoya la prescripción. Y es cuando el juicio prudencial del juez debe determinar si, en un caso concreto, corresponde priorizar aquel instituto a fin de garantizar los motivos de política criminal que lo



inspiran en favor del imputado, o el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima y a la protección del interés superior de los niños”.

“En la especie, a la fecha de la posible consumación de los hechos denunciados (13 de septiembre de 1993), nuestro país ya había suscripto la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la ley nº 23.849 (sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de 1990), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la ley nº 23.054 (sancionada el 1 de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo del mismo año). En la primera Convención se encontraba «positivizado» el deber del Estado de priorizar el interés superior del niño y en ambas Convenciones se reconoce expresamente el derecho reclamado por la víctima a contar con una tutela judicial efectiva”.

“Es decir, que al momento de los sucesos denunciados estas normas ya contaban con jerarquía normativa superior a los artículos del Código Penal (conforme el art. 27 de la Convención de Viena y lo sostenido por la Corte en Fallos: 315:1492 y 316:1669). Luego, con la reforma constitucional de 1994, adquirieron inclusive jerarquía constitucional mediante la expresa disposición del art. 75 inc. 22 de la CN, lo que pone de manifiesto la relevancia que adquieren los derechos allí contemplados, y la preeminencia que han tenido desde su mismo reconocimiento”.

“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)».

“La Corte Interamericana, intérprete último de las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha expresado que «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el art. 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio más favorable al ser humano» (CIDH, caso «Masacre de Mapiripán vs. Colombia», sentencia del 15 de septiembre de 2005)».

“En esta línea, cabe señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de que todas las decisiones que se adopten en el ámbito nacional de los países firmantes, deberán guardar correspondencia con la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés preeminente. En efecto, el artículo 3 de la Convención establece que a la hora de resolver sobre medidas concernientes a menores, el juez debe atender de modo primordial al interés superior del niño y el artículo 19 de la



Convención especifica 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”.

“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, sentencia del 8 de setiembre de 2005, serie C. nº 130, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana)”.

“Por su parte, en el artículo 12 de la mencionada Convención se establece expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores, afirmándose que los niños tienen el derecho expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y se les dará la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte. Este artículo ha sido señalado como uno de los cuatro principios rectores de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. Ello pone de relieve que no sólo es un derecho en sí mismo, sino que también es una guía de interpretación en la tarea de hacer respetar todos los demás derechos establecidos en la Convención (cfr. Comité sobre los derechos del Niño, Observación General nº 12, del 18 de abril del 2011)”.





“El derecho a la tutela judicial efectiva, también reconocido en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (arts. 8.1 y 25), es definido allí como el derecho a concurrir ante un órgano judicial en procura de la tutela de las garantías que se consideran vulneradas. La Convención exige 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”.

“La CIDH, en el caso «Bulacio», se ha expedido por el rechazo del instituto de la prescripción en aras de asegurar el resguardo de los derechos humanos del menor puestos en juego. En tal sentido ha expresado: «115. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos. 116. En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de Derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana. 117. De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en



cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva (...) este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.¹³⁴ Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (CIDH, sentencia del 18 de setiembre de 2003, caso «Bulacio vs. Argentina»).

“En consonancia con lo expresado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al rechazar la prescripción declarada en la instancia anterior en el mismo caso, a fin de cumplir con lo dispuesto por la sentencia de la CIDH expresó: «Que la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al “sub lite” las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de





derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad (“Convención sobre desaparición forzada de personas” –ley 24.556, art. VII– y “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” –ley 24.584–)…, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable –íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho (cfr. citas de Fallos: 322-360, voto de los jueces Petracchi y Boggiano, consid. 9º)–, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (CSJN, E. 224. XXXIX. “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, 23 de diciembre de 2004, Fallos: 327:5668)”.

“Este mismo criterio fue seguido también en el caso «Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal», donde la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia dictada por el tribunal que declaraba la extinción de la acción por prescripción, en conformidad con lo resuelto por la CIDH en su sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”. En este caso se había considerado que los hechos denunciados por Bueno Alves –víctima del delito reprochado a Derecho–, constituían un caso de torturas y, por ende, una vulneración a derechos humanos. La Corte Interamericana entendió que el Estado argentino debía realizar las investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades que surgieran de ellas y aplicar las consecuencias que



la ley prevea (CSJN, «Derecho Rene Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal», causa n° 24079, 29/11/2011; Fallos: 334:1504)”.

“Esa es, por lo demás, la tendencia seguida en la interpretación del derecho internacional europeo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de la Unión Europea (TUE). En el año 1985, el TEDH se pronunció en un caso donde condenó a Holanda a pagar una indemnización a la víctima por considerar que sus normas penales nacionales no habían asegurado la tutela judicial efectiva de la menor –en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)–, víctima de un delito contra su integridad sexual. En el caso, no se había permitido a la menor, incapaz mentalmente, de recurrir ante las autoridades judiciales mediante su representante legal (case of «X and Y v. the Netherlands», Application n°. 8978/80, Judgment Strasbourg, 26 March 1985). La misma Corte condenó en dos oportunidades a Italia, conminando al gobierno de ese país a dotarse de instrumentos jurídicos adecuados, ya que en el caso tratado se estimó vulnerada, mediante la aplicación del instituto de la prescripción, la obligación de sancionar de manera efectiva delitos ofensivos de derechos humanos protegidos en la Convención (en ese concreto caso, la prohibición de tortura, tratos inhumanos y degradantes contemplada en el art. 3 del Convenio Europeo (TEDH, Sección IV, sent. 7 de abril de 2015, Case of Cestaro V. Italy , Application n° 6884/11; y TEDH, Sección I, sent. 22 de junio de 2017, Affaire Bartesaghi Gallo et Autres C. Italie, Requêtes n° 12131/13 et 43390/13)”).

“En 2015, el Tribunal de la Unión Europea estableció que los tribunales italianos no debían aplicar normas vinculadas con la prescripción de la acción penal relativas a determinados delitos de fraude que lesionan los intereses financieros de la Unión, porque se las





evaluó contrarias a los compromisos asumidos por Italia por los Tratados de Lisboa. El tribunal reafirmó, en esa línea, que las normas nacionales en materia de prescripción del delito, como las establecidas en el art. 160 y 161 del CP italiano, son idóneas para perjudicar las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el art. 325 del TFUE en las hipótesis en las que dicha normativa impide aplicar sanciones efectivas y disuasivas en un número considerable de casos (cfr. TUE, sentencia de la Grande Section, «Taricco», del 8 de septiembre de 2015)”.

“En el ámbito nacional diferentes normas y reformas legislativas han reconocido el valor preeminente de los derechos establecidos en las Convenciones mencionadas. Recientes reformas relativas al instituto de la prescripción han venido a poner de manifiesto el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores que han sido víctimas de delitos sexuales, a fin de armonizar de una manera más acabada los artículos del código penal con el orden publico convencional, que exige resguardar el interés superior de los menores”.

“Cumple mencionar, en ese aspecto, la ley 26.061 donde expresamente se establece –art. 3–, que «a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta... Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros»”.



“Específicamente, en materia de prescripción se reformó en el año 2011 (por ley 26.705, del 7 de septiembre de 2011) el artículo 63 del CP, estableciéndose que «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». Luego, en el año 2015 (ley 27.206, sancionada el 28 de octubre de 2015 y promulgada el 9 de noviembre de ese mismo año), se derogó aquella modificación del artículo 63 del CP y se incorporó al art. 67 del CP el siguiente párrafo: «En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 –in fine–, 130 –párrafos segundo y tercero–, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad»”.

“En las exposiciones de motivos que acompañaron a ambos proyectos de leyes se remarcó que éstas tenían por objeto dar cumplimiento a las obligaciones a las que el Estado argentino se comprometió al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño – incorporada a nuestra Constitución Nacional–, especialmente en cuanto impone la adopción de medidas tendientes a asegurar al menor la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Se afirma en ese contexto que «el interés superior del niño requiere la adecuación del Código Penal para quienes hayan sido víctimas de abuso sexual infantil a efectos de que cuenten con normas que les permitan llevar a juicio a sus agresores, en el momento en que tengan el poder propio de hacerlo, así la víctima que no haya podido defenderse durante su niñez, en la que dependía de una representación legal





forzosa, podrá hacerlo luego de alcanzada la mayoría de edad» (fundamentos del proyecto de ley S-2288, de Sigrid Kunath, Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria)”.

“Análogo énfasis se advierte en otras legislaciones de estados europeos y americanos. En el derecho comparado, en efecto, se han venido ampliando desde hace tiempo los plazos de prescripción para los delitos cometidos contra menores; en algunos países sólo con respecto a delitos contra la integridad sexual del menor, y en otros, el catálogo de delitos comprendidos por la norma especial se amplía desde el homicidio hasta el aborto no consentido”.

“En Francia, por caso, en materia de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, la ley nº 2004-204, de 9 de marzo de 2004, amplió el término de prescripción (según su división tripartita) a 20 años para el caso de los crímenes y ciertos delitos agravados y hasta 10 años para el resto de los delitos. Asimismo, se estableció que el término de prescripción comenzará a correr a partir de que la víctima cumpla 18 años (arts. 7 y 8 del CPP)”.

“En Alemania, por el §78b del StGB, originariamente, también se suspendía hasta dicha edad el comienzo del cómputo de la prescripción, con relación a los delitos contra la integridad sexual y de lesiones graves cometidas contra menores. Luego de la última reforma se ha ampliado dicho término de suspensión hasta que la víctima haya cumplido 30 años de edad”.

“El art. 132.1 del Código Penal español de 1995, fue varias veces modificado, y en el año 1999, a fin de «congelar» hasta la mayoría de edad el inicio de los plazos de prescripción de varios delitos («tentativa de homicidio, delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad



sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio»), cuando la víctima fuera menor de edad”.

“La legislación italiana, en junio de 2017, reformó también su legislación y suspendió el comienzo del cómputo del plazo de la prescripción hasta después de cumplidos los 18 años, con relación a diferentes delitos que afectan a bienes jurídicos fundamentales (como la libertad, integridad sexual y personalidad) cometidos contra menores de edad. Se afirma, entre sus motivos, que el legislador ha querido cumplir con el mandato que surge del art. 58 de la Convención del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia de las mujeres y la violencia doméstica, reservando para la víctima menor de esos delitos un tiempo apto para denunciar el hecho, una vez que ha superado la propia situación de dependencia moral y material en relación al autor de los abusos (cfr. Relazione della Commissione «Fiorella» per lo studio di possibile riforma della prescrizione, 23 aprile 2013; Micheletti, D., Il progetto di riforma della prescrizione, http://www.parolaalladifesa.it/wp-content/uploads/2017/06/6_Micheletti.pdf”).

“En el ámbito regional, el artículo 369 *quater* del Código Penal chileno, introducido por la ley 20.207 de 2007, determina que: «En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años». Asimismo, el artículo 83 del Código Penal colombiano establece que: «Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad»”.





“Desde la apuntada perspectiva, entiendo que asegurar el derecho a una tutela judicial efectiva a quien era menor al momento de los hechos –como ocurrió en este caso–, para que pueda impulsar la acción penal una vez que alcanzó la madurez necesaria para poder llevarla a cabo, equilibra una situación de evidente desventaja en la que la niña se habría encontrado frente a su agresor. Gran parte de los delitos contra la integridad sexual de menores quedan, con frecuencia, impunes en función de que el niño depende de la representación de algún adulto integrante del grupo familiar que, en muchos casos, puede identificarse como el propio agresor o alguien ligado a él. Entonces la víctima, al alcanzar la mayoría de edad –o la madurez personal necesaria para accionar–, se enfrenta, muchas veces, a una acción penal prescripta (cfr. el análisis de Tarditti, Aida, *Delitos sexuales -Tensiones entre las Garantías del imputado y derechos fundamentales de las Víctimas-*, artículo publicado en http://ministeriopublico.jus.mendo/material/3_Aida_TardittiDelitos_sexuales.pdf”).

“El mismo criterio han seguido algunos integrantes de esta Cámara en el precedente “A., J. s/ recurso de casación”, causa nº CCC 191/2012/CFC1 del registro de la Sala IV, reg. nº 310/16.4, rta. el 22 de marzo de 2016, en el que se sostuvo que «[A] la luz de las consideraciones efectuadas corresponde concluir que en casos como el estudiado, resulta claro que una niña, de seis años, abusada por su propio cuidador (...) bajo cuyos cuidados y convivencia la dejaba su madre, no tuvo en su oportunidad acceso efectivo a la justicia, al menos hasta que alcanzó la mayoría de edad y pudo ejercer las acciones legales por sí misma; por lo que resolver la prescripción de la acción penal con motivo de que la concreta reforma legislativa operada al respecto, en



cumplimiento del compromiso asumido por la República Argentina varias décadas atrás, fue dispuesta con posterioridad al agotamiento del plazo de extinción contenido en el artículo 62, inciso 2, del C.P. implicaría desconocer el Superior Interés del Niño que se vería, en definitiva, también desconocido en el caso presente, de considerarse que la acción penal incoada respecto de la grave conducta de abuso sexual a la que fue sometida la niña, y que ella denunció habiendo alcanzado ya su mayoría de edad, se extinguió» (cfr. voto del doctor Gustavo M. Hornos)”.

“No resulta, entonces, razonable la solución que brinda el tribunal de la instancia anterior en punto a que la tutela judicial efectiva se encontraba asegurada con la posibilidad de que la madre de la víctima o cualquiera de las otras personas enumeradas en el art. 72 del CP, hiciera la denuncia o que ella misma podría haberla concretado a partir de los 18 años, cuando aún era considerada menor de edad según la legislación vigente”.

“Es que, conforme surge de las normas citadas y las pautas hermenéuticas brindadas por el Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General nº 12, del 18 de abril del 2011, «la realización del derecho a la tutela judicial efectiva exige a los Estados Partes la obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar que el niño sea efectivamente escuchado y sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta en los procesos judiciales o administrativos (...) [otorgándosele] en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que [lo] afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional»”.





“Con respecto al derecho a «ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño», el Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos. Si bien el menor, según el art. 12 de la Convención podrá ser escuchado «ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado», el Comité expresa que una vez aquel vaya a ser escuchado, deberá decidirse cómo se lo escuchará, y recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser oído de manera directa, puesto que siempre hay riesgo de conflicto de intereses entre él y su representante más próximo (los progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. Finalmente, el Comité aclara que si bien este derecho se hará respetar, según el art. 12, «en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional», no debe interpretarse que estos términos permiten utilizar la legislación de un procedimiento que restrinja o impida el ejercicio de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados Partes al cumplimiento de las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el de acceder al expediente propio”.

“En el caso en estudio, no puede consentirse que la menor tuvo pleno y libre acceso a la administración de justicia, toda vez que se encontró en un concreto estado de indefensión hasta que alcanzó la edad suficiente para ejercer las acciones legales por sí misma. Desde su



primera infancia hasta que fue mayor –tiempo en que presentó la denuncia– no contó con el adecuado resguardo por parte de quien era por entonces la persona encargada de su custodia, que le negó toda información acerca de los posibles cursos de acción frente a los hechos denunciados, y se desentendió de su especial situación de vulnerabilidad como menor de edad”.

“Recuérdese que la sedicente víctima habría hecho saber a su madre de lo acontecido cuando tenía seis años de edad y que ésta, sin siquiera consultarlo con el padre de la menor, habría decidido no denunciar al agresor. Esta circunstancia agudizó el sufrimiento de D.N.G., según su propio relato y el de sus familiares, hasta que finalmente pudo realizar la denuncia penal por sus propios medios”.

“Es lógico inferir de lo expuesto, que los intereses de la menor no fueron mínimamente salvaguardados por su representante legal, lo cual, obviamente, no puede ser interpretado en contra de aquella para considerar que tuvo la posibilidad de hacer efectivo su derecho a una tutela judicial efectiva”.

“Por lo demás, y desde otra perspectiva, como excepción al principio de publicidad de la acción penal, el art. 72 del CP establece, para este tipo de delitos, la obligación de que medie instancia privada. Es decir, que lo que hace posible la investigación de los delitos contemplados en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal –según lo establecido en el inc. 1 de la norma citada–, es la denuncia o acusación del agraviado o su representante. En el supuesto de que la víctima sea menor o incapaz, el citado artículo 72 dispone que la instancia corresponde a su tutor, guardador o representante legal”.

“Tradicionalmente, sólo eran los delitos vinculados con la integridad sexual los contemplados por la norma atendiendo al *strepitus fori* que podía causar el proceso, susceptible de agravar el





daño ya efectivamente sufrido por el damnificado. En este sentido, se afirmaba que «a veces el delito cometido afecta tan hondamente la esfera íntima y secreta de un sujeto, que la ley ha considerado conveniente, no obstante la gravedad de aquél, respetar la voluntad de la víctima o de quienes legalmente la representan, a objeto de que la intimidad herida por el delito no lo sea nuevamente por el *strepitus fori*. Se advertía (Frank) en estos casos, un conflicto de intereses entre la necesidad de represión y el respeto a la intimidad personal; de ahí que el Estado requiera, para que la acción se ejercite, una manifestación de voluntad del damnificado o de sus legítimos representantes» (Soler, S., *Derecho Penal Argentino*, T. II, TEA, Buenos Aires, 1987, p. 527. En este mismo sentido, Zaffaroni, E. Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho penal parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 124; Nuñez, R., *Manual de derecho penal, parte general*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 203; D' Alessio, A., *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 722).

“Con la incorporación de otras hipótesis delictivas, se dieron nuevos fundamentos a la previsión legal, afirmándose que en estos supuestos el hecho se hallaba tan estrechamente vinculado con un interés privado y limitado por éste, que el Estado consideraba indispensable la manifestación de voluntad del agraviado para que la acción sea válidamente promovida (Soler, S., ob. cit., T. II, p. 527, y Núñez, R. ob. cit., p. 203). En este orden, otros sostienen que, dadas las nuevas hipótesis incluidas en la norma –y la excepción que se consagra con relación al delito de lesiones leves–, el fundamento se halla en la necesidad de moderar la arbitrariedad confiscatoria de conflictos por parte del Estado, procurando así que la acción procesal dependa de la instancia de la afectada, como único juez de los perjuicios que ésta



pueda acarrearle (cfr. Zaffaroni, E. Alagia, A. y Slokar, A, ob. cit., p. 895)”.

“Todas las opiniones citadas encuentran como lugar común la finalidad de protección de la víctima, por lo que si ésta ha demostrado razonablemente un interés en que se investiguen los hechos que la afectaron, no es adecuado interpretar el art. 72 CP en contra de sus propios intereses, y así afirmar que, a pesar de que su madre no promovió oportunamente la acción penal, ella contó a la posibilidad real de hacer valer su derecho a una tutela judicial efectiva”.

“A la hora de equilibrar y armonizar los derechos de las víctimas y las garantías de los imputados, los Estados deben evitar que se produzca lo que se denomina «victimización secundaria», que se daría como resultado de la tendencia existente en la justicia penal de llevar adelante el proceso sin tener en consideración la perspectiva de la víctima (cfr. Manual De Justicia para las Víctimas, ONU, 1996; Declaración de Principios de Justicia Básicos para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder, ONU, 1985). Hasta cabría considerar –a partir de la doctrina de la CIDH antes citada– 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, y la vulneración del acceso a la justicia y de una tutela judicial efectiva”.

“En tal sentido, en la búsqueda de una armonización entre los principios antes indicados que convergen en este caso, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973); que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167) y así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino





que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos: 300:700); y que las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos: 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:311, considerando 8º), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo la unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876; entre otros). La exégesis de la ley requiere de la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no conduzca a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos: 303:578)”.

“En ese mismo orden de ideas, la doctrina judicial de nuestro más Alto Tribunal ha decidido que las leyes deben interpretarse y aplicarse procurando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, de manera tal que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí, por lo que debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (Fallos: 307:519, entre muchos otros). Precisamente, como consecuencia de aquel juego armónico entre las normas citadas, y atendiendo al interés superior del menor en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, cabe concluir en este caso, que quien denunció ser víctima de delitos contra la integridad sexual cuando era menor de edad, fue privada ilegítimamente del derecho a que aquellos



sucesos se investiguen judicialmente, sin que le sean oponibles las normas de la prescripción”.

Cabe añadir, al extenso desarrollo del doctor Mahiques, que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en la caso “V.R.P., y otros vs. Nicaragua”, del 8 de marzo de 2018, ha señalado que: “La Corte ha considerado que la violación sexual es una forma de violencia sexual¹. Tanto 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 discriminación². 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 (supra párr. 156). 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

¹ Cfr. *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 359, y *Caso Espinoza González Vs. Perú*, supra, párr. 192.

² Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, supra, párrs. 394 y 395, citando la Convención de Belém do Pará, preámbulo y artículo 6; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, artículo 1, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N° 19: La Violencia contra la Mujer*, UN Doc. A/47/38, 29 de enero de 1992, párrs. 1 y 6.





desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia³. 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 nota que el Estado se encontraba ante un hecho de violación sexual, el cual es una manifestación de la discriminación contra la mujer, por lo que debía adoptar medidas positivas para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia, en los términos de lo establecido por esta Corte en el capítulo sobre los componentes esenciales del deber de debida diligencia y protección reforzada (supra párrs. 158 a 170). Así, la Corte se refirió a la información sobre el proceso y los servicios de atención integral disponibles; el derecho a la participación y que las opiniones sean tenidas en cuenta; el derecho a la asistencia jurídica gratuita; la especialización de todos los funcionarios intervinientes; y el derecho a contar con servicios de asistencia médica, psicológica y psiquiátrica que permitan su

³ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, supra, párrs. 388 y 400, y *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala*, supra, párr. 176.



recuperación, rehabilitación y reintegración. En el presente caso, quedó demostrado que dichas medidas no fueron adoptadas, por lo que existió una discriminación en el acceso a la justicia, por motivos de sexo y género, así como por la condición de persona en desarrollo de la víctima”.

“298. En conclusión, la Corte considera que la niña sufrió una doble violencia: por un lado, la violencia sexual por parte de un agente no estatal; y, por el otro, la violencia institucional durante el procedimiento judicial, en particular, a raíz del examen médico forense y la reconstrucción de los hechos. La niña y su familia acudieron al sistema judicial en busca de protección y para obtener la restitución de sus derechos vulnerados. Sin embargo, el Estado no solo no cumplió con la debida diligencia reforzada y protección especial requerida en el proceso judicial donde se investigaba una situación de violencia sexual, sino que respondió con una nueva forma de violencia. En este sentido, además de la vulneración del derecho de acceso a la justicia sin discriminación, la Corte considera que el Estado ejerció violencia institucional, causándole una mayor afectación y multiplicando la vivencia traumática sufrida por V.R.P.”.

V. De lo expuesto precedentemente puede apreciarse que en la resolución cuestionada se omitió una consideración de todo el cuadro normativo que regía al momento de la supuesta comisión de los hechos, y de los sucesivos documentos que aclararon la dimensión que cabe dar a los derechos de los niños víctimas de abuso sexual –por caso, en la Observación General n° 13 del Comité, luego de definir en el párrafo 25 qué se consideran supuestos de abuso sexual contra niños y niñas, en el apartado 55 se recomienda, entre las medidas judiciales el aseguramiento de “c) Procedimientos penales, que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan,





de jure o de facto, los autores de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales”.

No es discutible que al momento de ocurrencia de los hechos denunciados –hasta 1994– regía la vieja versión del art. 67 CP, según la cual la acción penal estaría prescripta. También que por Ley n° 23.849, del 20 de noviembre de 1990, se había incorporado al ordenamiento interno la Convención sobre los Derechos del Niño –que a partir del año 1994 tuvo jerarquía constitucional–. Desde la primera fecha, el estado argentino tiene la obligación internacional de cumplir con el deber de protección de la niñez proclamada en la Convención; en nuestro caso, las derivadas del art. 19 que –posteriormente– fueron remarcadas en la citada observación general 13.

También es cierto que el legislador se tomó su tiempo para reglamentar el derecho de protección contra el abuso, en la medida en que recién en 2011, mediante la sanción de la Ley n° 26.705, modificó los tiempos de prescripción suspendiendo el plazo hasta que los y las menores víctimas cumplieran los 18 años; como es sabido, poco tiempo después volvió a modificar el criterio mediante la Ley n° 27.206, actualmente vigente, que optó por un criterio subjetivo, es decir, el plazo empieza a correr a partir de la denuncia. En el caso de autos, la acción penal no estaría prescripta si se sostuviera que algunas de estas dos leyes tienen incidencia en la resolución del caso.

Sentado ello, es menester recordar que en la Observación General n° 14, relativa a la interpretación del concepto del interés superior del niño prescripto en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, además de señalar, en su apartado sexto, que el concepto aludido constituye a la vez un principio jurídico interpretativo, un derecho sustantivo que merece por parte de los operadores del



sistema, una “consideración primordial”, y una norma de procedimiento, el Comité puso de resalto, con relación a todas las decisiones que se tomen con relación a los sujetos alcanzados por la Convención, que:

“97. A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial (véase más arriba el párrafo 38).”

En el caso de autos, para mí, la solución es muy clara: las niñas – ahora adultas– denunciadas habrían sido víctimas de violencia sexual





por parte de un adulto de su confianza; denunciaron los hechos cuando fueron mayores de edad (antes habrían dado cuenta a su madre, quien no lo hizo) y el derecho de protección estatal lo tenían al momento de comisión de los hechos. No se trata solamente del deber del Estado argentino de cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, mencionada más arriba; como bien señaló la corte en “Ilarraz” citado por la fiscalía (cabe señalar que la decisión del Alto Tribunal implicó que continuara el trámite de la causa, ya que se trataba de un rechazo de prescripción y, según noticias que pueden recabarse en internet, la causa terminó con una condena por hechos que habrían sido cometidos también hace muchos años), sino de una cuestión de estricta justicia: estaba tan vigente el viejo art. 67 como el derecho de las niñas a una tutela judicial efectiva. Negarles el derecho a que se investiguen esos sucesos y, en su caso, a que sean juzgados y eventualmente sancionados su presunto autor –para salvaguardar el principio de legalidad– implica desconocer nuevamente el principio del interés superior del niño y, merced a la demora del estado en reglamentar la garantía de tutela efectiva que tenían las menores, consagrar la impunidad por el hecho, si se ha cometido.

VI. Por las razones expuestas, considero que de acuerdo al completo cuadro normativo que se debe aplicar al caso, y teniendo en cuenta que el legislador reglamentó la garantía contra el abuso sexual prevista en el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que según esa norma la acción penal no ha prescrito, corresponde en el caso hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusadores y, en consecuencia, revocar la decisión impugnada y ordenar que continúe el trámite de la investigación.



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), así como también a la aplicación de la excepción contenida en el art. 531 CPPN para la distribución de las costas procesales, por los fundamentos que expone el colega.

El juez Mario Magariños dijo:

-I-

La sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional resolvió confirmar la decisión que declaró la prescripción de la acción penal en este proceso y sobreseyó al señor F.

Para decidir de ese modo, en el caso se tuvo en consideración que los hechos denunciados, calificados jurídicamente como abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el imputado encargado de la guarda, reiterado en distintas oportunidades, habrían tenido lugar durante 1991 y 1992 –cuando las presuntas damnificadas tenían 4 y 6 años–, mientras que la denuncia que originó este proceso fue realizada el 2 de julio de 2015 –oportunidad en la que contaban con 27 y 30 años–, y que, sobre esa base, transcurrió el plazo máximo de prescripción previsto en el artículo 62, inciso 2º, del Código Penal –doce años– sin que se haya verificado ninguna causal de interrupción o suspensión durante ese lapso. Por ello, se concluyó que, en definitiva, la prescripción de la acción penal habría operado en el año 2004.

Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal y la querrela interpusieron recursos de casación, y se agraviaron





por las razones sintetizadas en los puntos II y III del voto del juez Jantus, a los que cabe remitirse en honor a la brevedad.

-II-

En primer lugar, corresponde analizar el agravio vinculado con el alcance que la cámara de apelaciones otorgó al principio de legalidad y la prohibición de aplicar retroactivamente, en perjuicio del imputado, leyes penales más gravosas (cfr. artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2 del Código Penal).

Según los recurrentes, las leyes penales vinculadas al régimen de prescripción de la acción penal no se encuentran alcanzadas por la prohibición derivada de ese principio, y ello permitiría concluir que es posible aplicar al caso las modificaciones introducidas al artículo 67 del Código Penal, primero por la ley 26.705 (publicada el 5 de octubre de 2011) y, luego, por la ley 27.206 (publicada el 10 de noviembre de 2015, derogatoria de la disposición introducida por la ley 26.705). En consecuencia, en la medida en que aquella norma, tanto en la versión introducida por la primera modificación, como en su actual redacción, establece un régimen de prescripción diferente para los delitos como el aquí denunciado, la acción penal no se encontraría prescripta.

Al exponer este argumento, el representante del Ministerio Público Fiscal durante la audiencia en esta cámara comenzó su razonamiento reconociendo que el alcance que le asigna al principio referido no se corresponde con aquel que, en forma más amplia, y de manera invariable, le ha asignado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus decisiones.

Efectivamente, lo afirmado por el recurrente no constituye objeto de controversia y es lo que ha llevado a algunos autores a afirmar



que, al analizar el derecho argentino en este punto, la conclusión que se desprende es que “si bien los tribunales argentinos han negado que este [el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa] se aplique al derecho meramente procesal, el régimen de prescripción ha sido clasificado como parte del derecho penal no procesal, de modo que el requisito de *lex praevia* le es de hecho aplicable. Así, en contraste con las jurisprudencias norteamericana y europea mayoritarias, los antecedentes judiciales de la Argentina muestran que el requisito de *lex praevia* impide la extensión retroactiva de los plazos de prescripción” (FERRANTE, Marcelo, *Introducción al derecho penal argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, p. 23).

Ello encuentra sustento en lo señalado por la Corte Suprema a partir del precedente “Mirás” (Fallos 287:76), en el cual, luego de recordar que “es jurisprudencia de esta Corte que esa garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor –leyes ‘ex post facto’– que impliquen empeorar las condiciones de los encausados”, se afirmó que “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (considerandos 6° y 7°).

Del mismo modo, en casos posteriores, la Corte resaltó el carácter inalterado de este criterio. Así, por ejemplo, en “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312) se expresó que “el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las





llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte” (considerando 19° del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, y 20° del juez Petracchi), y se agregó, precisamente, que “la doctrina de la Corte señalada en el precedente ‘Mirás’ (Fallos 287:76), se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y continúa vigente para la interpretación del instituto de la prescripción de la acción penal para el derecho interno” (considerando 25° del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, y 21° del juez Petracchi).

Sin embargo, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que, aun frente a esa línea jurisprudencial estable, existe la posibilidad de que la cuestión sea resuelta en forma favorable a su pretensión. Concretamente, basó su argumento en la necesidad de analizar el caso a la luz de aquello que, a su ver, constituye el fundamento de la prohibición de aplicar retroactivamente leyes penales en perjuicio del imputado: el cual reside, conforme opinó, exclusivamente en la necesidad de que las personas conozcan, en forma previa, qué conductas se encuentran prohibidas y, en esa medida, puedan orientar sus comportamientos de conformidad con las normas penales. Por esa razón, sostuvo que todo lo relativo a la prescripción de la acción penal escapa a esa idea, pues no constituye una expectativa con la que el autor de un delito pueda contar al momento del hecho, y lo relevante, a fin de cuentas, sería considerar si las conductas que se le atribuyen al imputado constituían un delito al momento de su presunta comisión y si éste conocía su prohibición.

Frente a ese marco, la pretensión de los recurrentes puede ser entendida como orientada a sostener que, con independencia de si las



decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación poseen carácter vinculante por fuera de los procesos en los que fueron dictadas, éstas pueden ser dejadas de lado en un caso concreto si se aportan nuevos argumentos o si se ofrecen razones no consideradas en esa jurisprudencia.

En este sentido, sabido es que, si bien las decisiones de la Corte Suprema se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para la resolución de casos análogos por parte de los tribunales inferiores, los jueces tienen, sin embargo, el deber de conformar sus decisiones a las de aquel tribunal, en la medida en que carecerán de fundamento las sentencias que se aparten de sus precedentes sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en esos fallos, toda vez que reviste el carácter de “intérprete final” de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (cfr. Fallos 303:1769, 311:1644, 325:2005, en especial considerando 5° del voto del juez Fayt, entre otros).

Por tal razón, es necesario determinar si es deber de esta cámara conformar la decisión sobre la cuestión planteada en el caso a la doctrina establecida a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación más arriba reseñada, o bien, si en razón de argumentos presentados como novedosos, es correcto sostener, con fundamentos razonables y suficientes, una conclusión diferente.

Al realizar esa tarea, no cabe sino concluir que la carga argumentativa exigible a los recurrentes no ha sido cumplida en forma satisfactoria y que, en definitiva, no corresponde otorgar al principio en juego un alcance más restringido que aquel asignado por la Corte Suprema en sus decisiones. Ello es así en la medida en que el argumento de los impugnantes consiste en una presentación parcializada de las





razones que fundamentan al principio de legalidad y a la prohibición de aplicar retroactivamente, en perjuicio del imputado, leyes penales más gravosas.

En este sentido, es oportuno recordar que, en el ámbito de la doctrina penal, Günther JAKOBS, al definir la sujeción a la ley como *garantía de objetividad*, explica que “el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho”, razón por la cual “el principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable [...] especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de la prórroga ha expirado el plazo como si no” (*Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 4/9).

Es por esa razón que, como enfáticamente ha resaltado el autor citado al destacar el carácter problemático de argumentos como el aquí planteado por los recurrentes, “el aspecto de confianza, de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la suposición de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que en el cálculo del autor no desempeña papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo determinante es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (o al establecer un cálculo de que la prescripción que suponga prolongarla, o al facilitar la interrupción de la prescripción, etc.) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada, también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero



aún por enjuiciar (¿para qué si no la retroactividad?)” (JAKOBS, *op. cit.*, 4/9).

Del mismo modo, con referencia concreta a la particular forma en que los recurrentes conciben el fundamento del principio de legalidad penal, se ha explicado que ese razonamiento constituye “una interpretación del principio *de legalidad* ceñido a la misma función del principio *de culpabilidad*, a saber: que la previsión de los plazos de prescripción no estaba dirigida a *motivar* al autor, de manera que él no tendría por qué tener un derecho a confiar en un plazo no modificable” y, a su vez, se ha advertido que presenta un defecto fundamental, pues “si bien el principio de culpabilidad es deducible del principio de legalidad –entendiendo que el requisito de la *lex praevia* tiene sentido por la necesidad de que el autor pueda motivarse en la norma, acatarla–, lo cierto es que esa función no agota el sentido del principio de legalidad. Más allá de eso, se trata de poner un límite a la arbitrariedad estatal, a que las sociedades no dicten normas motivadas en el deseo de reaccionar contra cierto hecho que la conmueve coyunturalmente, es decir, según motivos determinados por el ánimo vindicativo originado por un caso concreto, y no según un criterio racional pensado en general para todos los casos futuros” (SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho penal*, 3° ed., Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 146-148).

En esa dirección, luego de destacar que “el principio de legalidad solo parcialmente se puede justificar con la idea de la protección de la confianza individual”, también se ha recordado que “una fundamentación completa del principio de legalidad, empero, se deriva a partir de la aspiración de configurar el poder punitivo en decisiones abstractas sobre el merecimiento de pena, tomadas independientemente del caso a resolver. El requisito de una





determinación legal de la punibilidad antes de la comisión del hecho resguarda del peligro de que las leyes penales sean creadas o agravadas sólo para poder castigar ‘adecuadamente’ determinados hechos ya cometidos que hayan escandalizado de modo particular el sentimiento jurídico” (FRISTER, Helmut, *Derecho penal Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 4/5).

En función de lo expuesto, es evidente que los recurrentes no han fundamentado adecuadamente las razones por las cuales cabría otorgar al principio de legalidad, y a su derivado, aquí en juego, un alcance más restringido que el analizado, algo que se ve reforzado pues, en su argumentación, omitieron por completo la consideración de una de las razones que, como se expuso, justifican que las leyes vinculadas a la prescripción de la acción penal queden incluidas dentro de su campo de aplicación.

Por ello, en definitiva, el agravio relativo a la aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas al artículo 67 del Código Penal por las leyes 26.705 y 27.206 debe ser rechazado.

-III-

Descartada la posibilidad de aplicar un régimen de prescripción diferente al vigente al momento de la presunta comisión de los hechos, y al no existir normas de jerarquía superior al Código Penal que expresamente asignen a este tipo de delitos el carácter de imprescriptibles –pues no se trata de crímenes de guerra, torturas ni delitos de lesa humanidad–, corresponde analizar el segundo argumento introducido por los recurrentes, esto es, la posibilidad de entender que, pese a ello, en función de la interpretación de algunas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos humanos – la cual, de conformidad con el artículo 75, inciso 22° de la Constitución



Nacional, posee su misma jerarquía— realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el instituto de la prescripción es inaplicable al caso. A ello parece haberse referido la parte querellante al solicitar que se aplique al caso el criterio establecido por ese tribunal en el precedente “Bueno Alves vs. Argentina” (sentencia de 11 de mayo de 2007).

Sobre esa cuestión, es necesario recordar que, según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Girolodi” (Fallos: 318:514), la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “ha sido establecida, por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, 2do. párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. De allí la Corte concluyó que “la aludida jurisprudencia deba servir de *guía para la interpretación* de los preceptos convencionales” (el destacado se agrega), y es por ello que corresponde, entonces, tomar en consideración para resolver el punto la jurisprudencia del tribunal con competencia para conocer de todo caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones contempladas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, lo decisivo para el caso consiste en determinar si los episodios denunciados en este proceso pueden ser subsumidos en la categoría que, a partir de la interpretación de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha denominado “graves violaciones de derechos humanos”, pues, de acuerdo con esa jurisprudencia, el Estado argentino no puede dejar de





perseguir penalmente ese tipo de ilícitos con base en la aplicación de un instituto de derecho interno como la prescripción de la acción penal. Así lo ha establecido, entre muchos otros, en el caso “Bulacio”, en el que se recuerda que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos” (“Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 116).

Sobre el punto, como sostuve en el precedente “Paternoster” – proceso n° 3418 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, resuelto el 5 de noviembre 2012– (ver el apartado 5° del voto del juez Magariños, a cuyo desarrollo cabe remitirse en honor a la brevedad), corresponde reparar en que la característica fundamental que distingue a la categoría de “graves violaciones de derechos humanos” es que “todos los casos invocados, en los cuales, efectivamente, se sostuvo que la inacción estatal ante el reclamo de justicia de la víctima implicaba una violación a las reglas contenidas en los artículos 8 inc. 1° y 25 de la Convención (derecho a tutela judicial efectiva), son casos en los que se trataba de reclamos de víctimas de delitos de lesa humanidad o, cuanto menos, de graves violaciones a los derechos humanos fundamentales, cometidos desde el poder del estado o al amparo de éste” (el destacado se agrega).

Ello es así, pues en ninguno de esos casos nos enfrentamos a víctimas de delitos comunes, sino a personas que fueron afectadas por graves violaciones de derechos humanos fundamentales, imputables al estado, que habían sido privadas de la protección efectiva para evitar o prevenir aquellas violaciones, al momento de los hechos, o de la



posibilidad de que, una vez consumados, una investigación estatal sería los esclareciera, identificara a sus responsables y los sancionara.

A su vez, también resulta aplicable aquí lo desarrollado posteriormente en el precedente “Naredo” –proceso n° 4193 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, resuelto el 11 de septiembre 2014– (ver el apartado 6° del voto del juez Magariños).

En esa ocasión, luego de analizar los alcances otorgados a esta categoría por la Corte Interamericana en los precedentes “Blake vs. Guatemala” (sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 15), “Barrios Altos vs. Perú” (sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41), “Bulacio vs. Argentina” (sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 137), “Vargas Areco vs. Paraguay” (sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 81), “Bueno Alves vs. Argentina” (sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 87), “Vera Vera y otra vs. Ecuador” (sentencia de 19 de mayo de 2011), “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana” (sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 249), destacué que un hecho delictivo ejecutado en un contexto en el cual “la actuación delictiva excede el significado de una actividad individual y aislada, para presentarse ejecutada en el marco del desempeño de funciones estatales, a su vez desarrolladas por agentes de una institución que, además, emplean el poder y los recursos derivados del cargo para obstaculizar el descubrimiento de la verdad sobre aquellos hechos delictivos que importan vulnerar la libertad ambulatoria, la integridad corporal y la vida de ciudadanos indefensos, que nada habían hecho para dar lugar o, al menos, explicar de algún modo semejante accionar por parte de quienes detentan el monopolio de la fuerza pública”, por esas razones presenta, sin duda, signos de intensidad tal que determinan su configuración como “grave violación de derechos humanos fundamentales”.





Como se advierte, es la particular característica de los crímenes cometidos desde el poder del estado, o al amparo de regímenes estatales, la que fundamenta que, ante la esperable complicidad de los mecanismos públicos de persecución de delitos con el encubrimiento y la impunidad de estos hechos, se reconozca, en lo que aquí interesa, la regla según la cual esa particular clase de delitos no está sujeta a prescripción, y que, consecuentemente, deben ser inexorablemente juzgados y castigados, sin que ninguna limitación derivada del derecho interno pueda oponerse a ello.

Ante este panorama, también advertí que no parece acertado, como aquí pretenden los recurrentes, trasladar esas reglas, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado sobre la base de aquella particular categoría de crímenes, a los delitos comunes, pues nadie pensaría que los estándares relativos a la imprescriptibilidad de las graves violaciones de derechos humanos fundamentales puedan ser aplicados como regla al juzgamiento de delitos comunes.

En este sentido, la propia Corte Interamericana ha establecido que aquellos estándares no resultan, siquiera, aplicables a cualquier supuesto en el que se verifique la afectación de un derecho humano reconocido por la Convención. Así, ese tribunal ha dejado claro el parámetro que estableciera en sus precedentes, relativo a la inexorable persecución y juzgamiento de crímenes que, a su vez, involucran una *grave violación* a derechos humanos fundamentales, y determinó que no es posible su traslado a toda violación de un derecho humano fundamental. En palabras de la Corte, si bien "...toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, porque implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a



favor de las personas [...], ello no debe confundirse con lo que el tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como ‘violaciones graves a los derechos humanos’, las cuales, tienen una connotación y consecuencias propias. Asimismo, este tribunal ha indicado que resulta incorrecto pretender que en todo caso sometido a la Corte, por tratarse de violaciones de derechos humanos, no procedería aplicar la prescripción” (“Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”, sentencia del 3 de septiembre de 2012, considerando 282, reiterado en “Suárez Peralta vs. Ecuador”, sentencia de 21 de mayo de 2013, considerando 174).

En la misma dirección, corresponde también resaltar que esta línea jurisprudencial, relativa a los alcances de esa doctrina, no ha sido modificada por la Corte Interamericana en los casos resueltos con posterioridad a las sentencias que analicé en los ya citados precedentes “Paternoster” y “Naredo”.

Así, por ejemplo, el tribunal reiteró este criterio en un caso que involucraba la desaparición forzada de una persona, y destacó que “por tratarse de una violación grave de derechos humanos, y en consideración del carácter permanente de la desaparición forzada cuyos efectos no cesan mientras no se establezca el paradero de la víctima o se identifiquen sus restos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación” (“Tenorio Roca y otros vs. Perú”, sentencia de 22 de junio de 2016, párr. 268; reiterado en términos similares en “Vásques Durand y otros vs. Ecuador”, sentencia de 15 de febrero de 2017, párr. 203).





Por otro lado, en un caso que involucraba crímenes como esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos, la Corte señaló que “la prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles cuando así lo dispone el derecho internacional. En este caso la esclavitud es considerada un delito de derecho internacional cuya prohibición tiene estatus de *jus cogens*. Asimismo, la Corte ha indicado que no es admisible la invocación de figuras procesales como la prescripción, para evadir la obligación de investigar y sancionar estos delitos” (“Trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 412).

A su vez, en un proceso que se vinculaba con ejecuciones extrajudiciales realizadas por agentes policiales, el tribunal dispuso que “por tratarse de probables ejecuciones extrajudiciales y actos de tortura, el Estado debe abstenerse de recurrir a cualquier obstáculo procesal para excusarse de esta obligación” (“Favela Nova Brasil vs. Brasil”, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 292).

Lo mismo reiteró en un caso donde se calificó a los hechos como constitutivos de crímenes de lesa humanidad, remarcando que “la Corte constata que para el caso en concreto la aplicación de la figura de la prescripción como obstáculo para la persecución penal sería contraria al derecho internacional y en particular, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para esta Corte, es claro que existe suficiente evidencia para afirmar que la imprescriptibilidad de



crímenes de lesa humanidad era una norma consuetudinaria dentro del derecho internacional plenamente cristalizada para el momento de los hechos, así como en la actualidad” (“Herzog y otros vs. Brasil”, sentencia de 15 de marzo de 2018, párr. 269).

Por último, de modo reciente, en un caso que, por involucrar un delito común –la muerte de una persona por defectuosa atención médica en un hospital público–, resulta de especial interés para este punto, la Corte, con remisión a lo dicho con anterioridad en el citado precedente “Suárez Peralta vs. Ecuador”, ratificó su criterio acerca del carácter limitado de la categoría de delitos en los cuales no es aplicable el instituto de la prescripción. Así, recordó que “la prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo y que, generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. En vista de lo anterior, y siendo que los hechos del caso están prescritos de conformidad con la legislación chilena, la Corte estima que, tomando en cuenta el tipo de violación acreditada, no resulta procedente en el presente caso ordenar al Estado una reapertura de las investigaciones penales sobre hechos relacionados con el fallecimiento del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches” (“Poblete Vilches y otros vs. Chile”, sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 219).

En definitiva, las consideraciones expuestas permiten advertir que resulta correcto el razonamiento de la cámara de apelaciones al destacar que los sucesos denunciados en este proceso, con independencia de su gravedad, no reúnen aquellas características que, de acuerdo a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permitirían incluirlos en la categoría de “graves violaciones de derechos humanos”, frente a las cuales el instituto de la prescripción de la acción penal no es aplicable.





Por esa razón, el agravio introducido con relación a este punto también debe ser rechazado.

-IV-

En tercer lugar, resta analizar otro de los argumentos planteados por los recurrentes, referido a la necesidad de analizar el caso desde una perspectiva que, también con base en la interpretación de algunas normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – artículos 25, inciso 1° y 8, inciso 1°–, pretende inferir de ellas la existencia de determinados derechos que permitirían extender, más allá de los límites fijados por la Corte Interamericana en los precedentes reseñados en el apartado anterior, el campo de aplicación del criterio según el cual la prescripción no puede constituir un obstáculo para la persecución penal de hechos como los denunciados en este proceso.

Con relación a ello, corresponde advertir que, a diferencia de lo afirmado por la cámara de apelaciones al analizar el punto, no se trata de la imposibilidad de aplicar esas normas porque poseen la misma jerarquía que aquellas que prohíben la aplicación retroactiva de las leyes penales en perjuicio del imputado, ni tampoco, como sostuvieron los recurrentes, de insistir en que las disposiciones de los tratados internacionales mencionados eran derecho vigente al momento de la presunta comisión de los hechos denunciados en este proceso. De lo que se trata, en cambio, en forma previa a ello, es de determinar si dichas normas efectivamente poseen el alcance que los impugnantes pretenden asignarles.

Sobre ese marco, se advierte que mediante la argumentación que otorga fundamento al agravio se intenta introducir el planteo de una cuestión federal, en tanto se alega que el modo en que se interpretaron las normas antes mencionadas implicó el desconocimiento de ciertos



derechos fundamentales que, según los recurrentes, estas normas garantizan, y que imponen al estado la obligación de proceder del modo en que lo proponen.

Ahora bien, más allá de que lo articulado se orienta a cuestionar la interpretación y el alcance asignado por el *a quo* a las disposiciones de tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional, lo cierto es que para la procedencia del examen de una cuestión constitucional de esta índole se exige, entre otros requisitos, la demostración de una relación directa e inmediata con la materia del juicio, pues así lo requiere el artículo 15 de la ley 48.

Ello es así pues, como desde antiguo se ha enseñado, “para la admisibilidad del remedio federal legislado por el art. 14 de la ley 48 [...] es indispensable [...] como lo presupone el carácter excepcional de aquel remedio, lo requiere el art. 15 de la ley 48 y lo confirma la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que la cuestión materia del pleito tenga una relación directa e inmediata con las disposiciones de la Constitución o de la ley invocadas dentro de él” (YMAZ, Esteban y REY, Ricardo, *El Recurso Extraordinario*, editorial de la Revista de Jurisprudencia Argentina S.A, Buenos Aires, 1943).

Dicho en otros términos y con finalidad explicativa más detallada, el planteo de cuestiones federales demanda, por un lado, determinar cuál es el principio fundamental que conculca una ley, decreto, reglamento o resolución. Luego, corresponde exponer el motivo por el que ello es así, lo que conlleva, de modo ineludible, la realización de un análisis en torno al significado y alcance del precepto constitucional de que se trate y, asimismo, de la ley, decreto, reglamento o resolución cuya inconstitucionalidad se pretende, y esto supone un examen en punto al significado y alcance del acto en cuestión.





Cumplidos tales extremos, es además ineludible llevar a cabo un análisis de la falta de coherencia normativa que se alegue entre el precepto constitucional del cual se trate y la norma o acto que, según el recurrente, aplicado al caso, ocasione agravio federal. Se trata, en definitiva, de establecer una vinculación directa y concreta entre el caso objeto de juicio y la cuestión federal alegada.

En síntesis: es evidente que el planteo adecuado de una cuestión federal no se satisface con la mera alusión, mención o invocación de principios o artículos de la Constitución Nacional o de tratados internacionales que posean su misma jerarquía, pues ello, por sí, no explica en absoluto la relevancia de ellas para resolver el pleito.

Lejos de ello, los recurrentes sólo se han limitado a afirmar que la aplicación al caso del régimen de prescripción vigente al momento de los hechos denunciados lesiona una serie de principios fundamentales, sin cumplir adecuadamente con la demostración de la existencia de una cuestión de carácter federal, ni con las exigencias propias de la articulación de un planteo de tales características.

Esto es, los impugnantes no han logrado demostrar adecuadamente que, por fuera de la constelación de supuestos que pueden ser considerados “graves violaciones de derechos humanos” en los términos analizados en el apartado anterior, las normas invocadas como determinantes para la resolución del caso contengan la obligación de perseguir penalmente este tipo de delitos comunes con una intensidad tal que implique que el instituto de la prescripción de la acción penal no sea aplicable. Dicho en otros términos, los recurrentes han presentado como evidente algo que no se desprende de la letra de esas normas, sin realizar ningún esfuerzo argumentativo que apoye la solución que ellos proponen.



Por otra parte, la falta de fundamentación de este aspecto de los recursos de casación se ve reforzada por la circunstancia de que, para cumplir con las exigencias de un planteo de estas características, el único argumento concreto que se presentó fue la invocación de dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, como advirtió la defensa durante su alegato en la audiencia, no guardan relación con la pretensión de los recurrentes.

En este sentido, con relación a la solicitud de aplicar lo resuelto en el caso “Funes” (causa F. 294. XLVII, resuelta el 14 de octubre de 2014), su falta de vinculación al caso se observa por el hecho de que, en esa ocasión, la Corte resolvió el pleito mediante una remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación, en el cual, luego de descartar que tuvieran incidencia en el caso los criterios vinculados a la imposibilidad de aplicar el instituto de la prescripción, se afirmó que, pese a que hubiese operado la prescripción de la acción penal, ello no implicaba desatender la obligación del estado de “asegurar el derecho de los padres de la víctima a conocer la verdad de los hechos”. Por esa razón, se solicitó a la Corte que confirmase la resolución que había declarado prescripta la acción penal y que “se disponga proseguir la investigación en los términos postulados”.

Sobre esa base, es evidente que lo resuelto no guarda ninguna vinculación con la pretensión presentada por los recurrentes en el marco de este proceso, pues, como se advierte a partir de la simple lectura de la decisión de la Corte Suprema, en el caso citado se descartó expresamente la posibilidad de dejar sin efecto la prescripción oportunamente dictada.

Por lo demás, las circunstancias del presente difieren sustancialmente de aquellas que fueron consideradas por el Procurador General de la Nación al dictaminar en el ya citado precedente “Funes”,





en cuanto postuló la continuación de la investigación pese a que la acción penal se encontrase prescripta. Precisamente, esa diametral diferencia que media entre las condiciones de cada uno de los casos determina la inviabilidad de la aplicación de aquella solución al *sub judice*.

En tal sentido, corresponde señalar que en el caso “Funes” se precisó que lo postulado en el dictamen del Procurador General de la Nación se basaba en que “pesa sobre las autoridades judiciales de la provincia de Córdoba [...] el deber de profundizar la investigación que, iniciada en 1995, tomó mayor impulso luego del hallazgo de los restos del menor Alejandro Víctor Flores, con el objeto de lograr el pleno esclarecimiento de lo ocurrido a partir del accidente del 16 de marzo de 1991 como así también de lo acontecido durante el desarrollo del proceso, que dilató durante años la pesquisa y condujo a la prescripción que aquí se cuestiona. Por lo demás, *no cabe descartar que de ese avance de la investigación puedan surgir nuevas imputaciones aún relevantes penalmente* –sea respecto de los hasta ahora imputados o hacia terceros– tal como prima facie surge de la lectura del dictamen fiscal del 16 de junio de 2009, que da cuenta de diversas circunstancias que afectaron el progreso de la investigación” (el destacado se agrega).

Asimismo, para sustentar esa solución, en el dictamen se afirmó que resultaban aplicables las consideraciones expresadas por los jueces Petracchi y Bossert en el caso “Suárez Mason” (Fallos 321:2031), en tanto esos magistrados sostuvieron que la circunstancia relativa a que “la persecución 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... Y para descartar esa última alternativa, es imprescindible que la investigación no se interrumpa en forma 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 a quienes la norma pretendió beneficiar” (considerando 12º, el destacado se agrega).

Pues bien, es evidente que las circunstancias del caso en examen no son, en absoluto, análogas a aquellas que determinaron la propuesta de solución en el precedente “Funes”, y en esa medida, no se advierte, ni las partes tampoco lo han señalado, la necesidad de continuar la investigación pese a la prescripción de la acción penal en este proceso.

A su vez, en punto a la referencia al caso “Ilarraz” (causa CSJ 4284/2015/CS1, resuelta el 7 de junio de 2018), se observa que el pronunciamiento de la Corte Suprema estuvo motivado por un recurso extraordinario federal interpuesto contra una decisión de un tribunal superior provincial que, por su parte, resolvió confirmar una resolución mediante la cual no se hizo lugar a un planteo de prescripción de la acción penal presentado por la defensa. En esa oportunidad, la Corte resolvió desestimar el recurso por no tratarse de una impugnación dirigida contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, y es por esa razón que, en efecto, resultaría a todas luces desacertado entender que de alguna forma la Corte convalidó los argumentos brindados en la resolución del tribunal provincial, en la medida en que el recurso extraordinario fue desestimado por carecer de un requisito fundamental de admisibilidad.





Por lo expuesto, los defectos de fundamentación señalados tornan inadmisibles el agravio vinculado a la interpretación del alcance de las disposiciones contenidas en los artículos 8, inciso 1° y 25, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 444, 2° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

-V-

Por último, corresponde analizar si, como lo propone el colega Jantus, es posible arribar a la solución solicitada por los recurrentes a partir de la interpretación del alcance de las obligaciones asumidas por el estado al suscribir un tratado internacional que también se encontraba vigente al momento de la presunta comisión de los episodios denunciados en este proceso, esto es, la Convención sobre los Derechos del Niño (incorporada al derecho argentino mediante ley 23.849, publicada el 22 de octubre de 1990). Así parecen, en cierto modo, haberlo entendido también los recurrentes al solicitar que el régimen de prescripción vigente al momento de la presunta comisión de los hechos sea interpretado “a la luz” de las disposiciones de la citada Convención.

De acuerdo con esta alternativa, lo decisivo para la resolución del caso sería, en primer lugar, entender que el régimen de prescripción de la acción penal introducido por las leyes 26.705 y 27.206 –cuya aplicación retroactiva ya fue descartada–, constituye una reglamentación de lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual establece que “1) *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se*



encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2) Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Además, debería considerarse que esa disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño es aplicable al caso y, por esa razón, a fin de evitar que la demora en la que incurrió el Estado argentino para reglamentarla derive en la negación del derecho a la “tutela judicial efectiva” de las denunciantes, y para salvaguardar el “interés superior del niño”, correspondería entender que la aplicación de la norma de ese tratado internacional, interpretada a la luz de esos principios, impediría afirmar que ha operado en el caso la prescripción de la acción penal.

Sin embargo, por distintas razones, esa solución no puede prosperar.

En primer lugar, ello es así pues, aun si el caso es analizado desde esa perspectiva, la conclusión pretendida no logra superar el *test* que impone el principio de legalidad penal.

En efecto, la solución propuesta por el distinguido colega preopinante, dirigida a afirmar que se encuentra satisfecho el requisito de existencia de una *ley previa y escrita* –pues, según se sostiene, ello sería así toda vez que la Convención sobre los Derechos del Niño ya formaba parte del derecho argentino a la fecha de la presunta comisión de los hechos denunciados– no es correcta. Esa lectura de la norma





infiere de su texto consecuencias que de ningún modo se desprenden de él, y, por consiguiente, no es posible afirmar que esa solución se encuentre en una *ley previa* que satisfaga así el primer requisito fundamental impuesto por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Ello es así, pues, aun cuando pueda asumirse, tal como sostuve en otra oportunidad, que “es un principio entendido en cuanto al mandato de certeza, que en la descripción y regulación de los elementos de la Parte General del Derecho penal es exigida una menor precisión que la del *standard* reclamado como condición de validez para la formulación de las figuras de la parte especial” y que, en punto a las normas vinculadas, por ejemplo, al establecimiento de la imprescriptibilidad de determinados delitos, “su propia formulación excluye toda posibilidad de considerar algún margen de vaguedad o ambigüedad que permita dudar acerca de su significado, en cuanto la regla determina con precisión, que no hay límite temporal para la reafirmación simbólica de la norma mediante la sanción penal a su contradicción, expresada por el comportamiento del autor” (MAGARIÑOS, Mario, “Imprescriptibilidad, legalidad y principio de justicia en el ‘caso argentino’”, en *Dilemas actuales de derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 30-31), el problema que presenta el caso en estudio radica en que no existe ninguna norma previa a los hechos bajo juzgamiento, que además posea carácter escrito, que determine la imposibilidad de aplicar el instituto de la prescripción de la acción penal en casos de abuso sexual infantil.

Al respecto, basta con recordar que los textos normativos que han establecido alguna regulación como aquella que, según se sostiene, es posible inferir de las disposiciones de la citada Convención, lo han realizado en términos que no dejan margen de duda alguno acerca de



su existencia como *ley previa y escrita*. En este sentido, es evidente que el caso bajo análisis difiere por completo de la situación que se presenta, por ejemplo, al examinar el marco jurídico aplicable al juzgamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos en Argentina durante el último gobierno dictatorial, pues, mientras a su respecto la normativa aplicable –el artículo I de la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”– cumple no sólo con el requisito de *ley previa*, sino también con el de una definición *escrita* (al respecto, ver MAGARIÑOS, “Imprescriptibilidad, legalidad y principio de justicia en el ‘caso argentino’”, *op. cit.*), en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño se advierte una ausencia absoluta de algún tipo de referencia al instituto de la prescripción, o bien al carácter imprescriptible de determinados delitos.

Asimismo, cabe destacar que esa ausencia de una *ley previa* tampoco podría ser suplida acudiendo a la interpretación que del artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño ha realizado el órgano encargado de esta tarea en el ámbito internacional, con independencia de los alcances que, en punto a su carácter vinculante, pueda otorgársele a esa hermenéutica. En este sentido, al analizar los alcances de las obligaciones estatales con relación al término “intervención judicial”, contenido en la norma, el Comité de los Derechos del Niño, a diferencia de los términos categóricos utilizados por la Corte Interamericana en los precedentes examinados en el apartado III de este voto, se ha limitado a señalar que “la intervención judicial puede consistir en [...] procedimientos penales, que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, *de jure* o *de facto*, los autores de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales” (Observación General





n° 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 18 de abril de 2011, párr. 55, inciso “c”), sin realizar ningún tipo de consideración acerca de obstáculos normativos de derecho interno que puedan ser considerados inadmisibles al llevar adelante esos procesos penales en general, ni sobre el instituto de la prescripción en particular.

Los problemas señalados permiten advertir que la solución postulada para el *sub lite*, en definitiva, no constituye una “interpretación” de las normas que se pretenden aplicables al caso sino, por el contrario, se trata de una creación judicial configurada con base sólo en apreciaciones valorativas del intérprete, carente, en consecuencia, de cualquier tipo de sustento normativo.

Ese proceder, por loable que tal vez pueda resultar desde alguna perspectiva –en particular, frente al carácter despreciable y vil que poseen los actos criminales atribuidos en el caso–, olvida sin embargo que al desinterés por los valores sociales elementales expresado por el presunto autor, no debe responderse con la arbitrariedad del estado, tal como lo supondría un actuar estatal llevado a cabo en abierta contradicción con la garantía de legalidad y, más específicamente, con el principio de seguridad jurídica que de allí se deriva; sin dejar de advertir, además, la colisión que produciría con el imperativo de orden institucional que determina la restricción del juzgador para operar de ese modo, pues la jurisdicción, en virtud del mandato de sujeción exclusiva y excluyente a la ley, sólo debe decidir los asuntos en función de, y con base en, la letra de la norma, a fin de conjurar cualquier tipo de discrecionalidad o capricho en la resolución de todo caso penal.

En la misma dirección, cabe agregar que también resulta desacertado afirmar que la sanción de las leyes 26.705 y 27.206 constituyó la reglamentación de aquello que exige la letra del artículo



19 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, ello representaría una solución que no sólo no logra explicar cuál es el sentido de sancionar mediante una ley algo que, a su vez, se afirma, se encontraba ya expresamente previsto en un tratado internacional. Además, esa lectura del artículo 19 de la Convención, por carecer en absoluto de sustento en la propia letra de la norma, constituiría, en los hechos, bajo el ropaje de la directa operatividad de una regla contenida en un tratado internacional, la aplicación retroactiva de las disposiciones de las leyes 26.705 y 27.206, y ello, como se concluyó en el apartado II de este voto, se encuentra vedado por el principio de legalidad penal.

Por último, debe destacarse además otro problema generado por esa interpretación de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual persiste incluso si se concediese que se trata de una lectura de las normas que logra definir adecuadamente los alcances de las obligaciones del estado argentino en la materia.

En este sentido, corresponde advertir que ello, por sí solo, no resulta suficiente para hacer lugar a la pretensión de los recurrentes, en la medida en que, aun cuando se afirmare que el estado argentino violó esas obligaciones al declarar prescripta la acción penal en este proceso, ello no alcanza para fundamentar por qué razones, de esa constatación, se derivaría, como única solución posible, la revocación de la resolución dictada por la cámara de apelaciones en el caso bajo análisis.

Dicho en otros términos, ese razonamiento implica un salto lógico entre la premisa y la conclusión a la que se pretende arribar, pues, por fuera de la constelación de casos analizada en el apartado III de este voto, de la posible vulneración del derecho fundamental a la “tutela judicial efectiva” en casos de delitos comunes, no deriva, de modo automático, la obligación de investigar, perseguir y castigar sin





que institutos como el de la prescripción de la acción penal puedan poseer reconocimiento legal en el ordenamiento jurídico interno.

-VI-

Por todo lo expuesto, corresponde: I) declarar parcialmente inadmisibles los recursos de casación interpuestos en punto al agravio vinculado a la interpretación de los artículos 8, inciso 1° y 25, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 444, 2° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación); II) rechazar los restantes agravios introducidos y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada (artículo 470 –*a contrario sensu*– del cuerpo legal citado).

Las costas se resuelven según lo dispuesto en los artículos 530, 531 y 532 del Código Procesal Penal de la Nación.

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. Coincido con la solución propuesta por el colega Magariños, y agregaré al respecto sólo algunas breves consideraciones.

II. No existe en el derecho constitucional argentino ninguna norma que establezca que los delitos siempre deban prescribir. En tal sentido, de la garantía de defensa en juicio no se desprende necesariamente que se asegure a quien la procura ejercer que se lo exima de responsabilidad por el mero transcurso de un determinado lapso de tiempo fijado de antemano (Fallos: 193:326; 211:1684; 307:1466, entre otros).

Es por ello que, al momento de establecer la legislación penal vigente en el orden nacional con arreglo al artículo 75.12 de la Constitución Nacional, el legislador ha contado, y cuenta a la fecha, con un apreciable margen discrecional para introducir en ella, o no, un régimen general de extinción de las acciones penales por prescripción,



hallando sólo un límite en aquellas normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se ha resuelto que formen parte del ordenamiento jurídico vigente, que claramente establecen que determinados delitos no pueden estar amparados por disposiciones relativas a la prescripción (vg., la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, aprobada por la ley 24.584, y a la cual se le asignó jerarquía constitucional por la ley 25.778).

Es claro que el legislador argentino, a partir de la entrada en vigencia del actual Código Penal (sin perjuicio de las sucesivas modificaciones que se efectuaron y de determinados límites que se ha autoimpuesto en la materia), ha optado por establecer un régimen general de extinción de la acción penal por prescripción, el cual se encontraba vigente al momento de comisión de los hechos aquí denunciados, y cuya aplicación al caso llevó a los jueces que intervinieron en autos, a considerar que la acción penal se había extinguido en base al aludido régimen.

La cuestión es, si como lo proponen los recurrentes, puede aplicarse de modo retroactivo en el “*sub lite*” lo establecido en las leyes 26.705 y 27.206 que, con posterioridad a los sucesos imputados, establecieron un nuevo régimen en materia de prescripción respecto de los delitos en los que se subsumirían aquellos, que llevaría a concluir en que tal extinción de la acción penal no se habría verificado.

El tema a decidir se vincula entonces con el alcance que cabe otorgar al denominado principio de legalidad, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional (y en análogas disposiciones contenidas en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en cuanto





dispone que *“ningún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*.

El requisito de *“ley anterior al hecho”* para la imposición de una pena con fundamento en la constatación de la comisión de un hecho que se ajuste a la descripción en abstracto contenida en la ley, que se concreta, entre otros de sus significados, en la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal *“...goza de una permanente actualidad políticojurídica por el hecho de que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho...”* (conf. Roxin, Claus, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, pág. 161, nro. 51, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997).

La Corte ha señalado al respecto que el principio constitucional contenido en la norma antes mencionada comprende *“...la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor –leyes ‘ex post facto’- que impliquen empeorar las condiciones de los encausados...”*, y que *“...el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que éste 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 la pretensión punitiva...”* (Fallos: 287:76, considerandos 5°. 6° y 7°).

Es así que en el mismo sentido que la doctrina citada en su voto por el juez Magariños se ha dicho que *“...la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por*



lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo (así Pawlowski, Die Verlängerung von Verjährungsfristen, NJW 1965, 287 ss. y Der Stand der rechtlichen Discussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung, NJW 1969, 594 ss.; Lorenz, Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot, GA 1968, 300 ss; Arndt, Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung, JZ 1965,148; Grünwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR ZStW 80 (1968), pág. 364; Wilms, Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung, JZ 1969, 61; graves objeciones contra la retroactividad formula por razones generales jurídico-constitucionales, P. Schneider, NS-Verbrechen und Verjährung, Festschrift für O.A. Germann, 1969, pág. 221. Todos citados por H. H. Jescheck en su Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen Segundo, trad. Mir Puig-Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239). En la doctrina española puede encontrarse idéntica postura en Muñoz R., Campo Elías - Guerra de Villalaz, Aura E., Derecho Penal, pág. 152 y Morillas Cueva Lorenzo, Curso de Derecho Penal Español, pág. 116. El profesor Jescheck señala, a su vez, que incluso quienes sostienen la tesis procesalista respecto del instituto de la prescripción, deben tener en cuenta que la prohibición de retroactividad se aplica actualmente cada vez más también a los presupuestos procesales (op. cit., loc. cit). De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia ex post a normas que prolonguen los plazos de prescripción ... afecta indudablemente al requisito de lex praevia exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional..." (Fallos: 327:3312, voto del juez Fayt, considerando 14, "in fine").

Con base en todo lo expuesto, coincido con el Dr. Magariños en que los recurrentes no han fundamentado adecuadamente las razones





por las cuales cabría otorgar al principio de legalidad, en lo que aquí interesa, un alcance diverso al sostenido en el fallo impugnado.

III. En orden a las críticas dirigidas por los recurrentes a lo sostenido en el decisorio recurrido en orden a que los hechos denunciados en autos, más allá de la gravedad que se deriva de su simple descripción, no reúnen las características que con arreglo a los criterios establecidos en diferentes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posibilitarían su inclusión en la categoría de “graves violaciones a los derechos humanos” frente a los cuales no resulta oponible el instituto de la prescripción, cabe remitirse en beneficio a la brevedad a la exhaustiva reseña de precedentes de la citada Corte efectuada por el Dr. Magariños en su voto.

De tal recopilación, al igual que de la efectuada por el Juez García en el acápite 6 de su voto en el precedente “M., P. S.”, registro 1128/2017, y de la que llevó a cabo el Sr. Procurador Fiscal ante la Corte Nacional en el acápite VI de su dictamen del 3 de febrero de 2014 en los autos “Funes, Gustavo Javier y otro”, F.294, L.XLVII, se desprende que en todos los casos en que ello fue así considerado, se trató de supuestos en que los hechos cometidos en perjuicio de las víctimas habían sido cometidos por agentes estatales, y eventualmente por particulares, pero que hubiesen obrado en todos los supuestos con la aquiescencia o bajo la dirección estatal.

No puede predicarse que en el reciente pronunciamiento “V., R. P. y otros vs. Nicaragua”, del 8 de marzo de 2018, la Corte hubiese establecido una doctrina distinta de la hasta aquí sostenida, toda vez que, aun cuando allí se trató de la violación de una niña en un ámbito familiar por un agente no estatal, la responsabilidad del Estado no derivó de la aplicación al caso de normas relativas a la prescripción que



hubiesen llevado a la paralización de la actuación judicial, sino de la inobservancia por parte de aquel de los deberes de debida diligencia durante el procedimiento judicial en sí.

Por otra parte, es claro que la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue concebida, en especial, para proteger a las personas respecto de actos de los Estados partes, llevados a cabo por agentes estatales o que actúen bajo aquiescencia estatal, que impliquen una afectación a los derechos y libertades reconocidos en ella o una restricción a su libre y pleno ejercicio (art. 1, CADH), lo cual generará en su caso la responsabilidad pertinente del Estado parte, a través de una decisión de la Corte (art. 63, *ibídem*).

Por lo tanto, la exclusiva intervención de particulares en tal clase de actos sí podrá generar responsabilidad individual, en su caso, para aquellos, conforme a las reglas de derecho interno de cada país.

Pero la responsabilidad estatal sólo podría derivar en tales supuestos, en lo que ahora interesa y es materia de recurso, de un defecto de persecución de los delitos de abuso sexual, pero bajo la condición de que estos últimos estuviesen sometidos a una regla de imprescriptibilidad reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos.

Ello no se verifica en autos, pues los abusos sexuales habrían sido cometidos en un ambiente familiar y de convivencia, y respecto de estos últimos no se ha dictado ninguna regla de imprescriptibilidad en el ámbito del citado derecho internacional.

Tampoco, en razón de las características fácticas en particular de los hechos aquí denunciados (reitero, más allá de la gravedad que puede apreciarse en ellos), puede concluirse en que se trate de “graves violaciones a los derechos humanos” en los términos de la jurisprudencia de aquel tribunal a la cual ya se hizo mención.





Cabe agregar por último en el mismo orden de ideas, que la constelación de los delitos sexuales en los que las víctimas son menores no encaja correctamente en la definición de delitos de lesa humanidad recogida en el art. 7.1 del Estatuto de Roma (aprobado por nuestro país a través de la ley 25.390, e implementado por la ley 26.200), pues si bien aquel precepto hace alusión a *“violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”*, es preciso recordar que para que tales hechos puedan ser considerados de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptibles según el Estatuto de Roma, es preciso que la infracción se haya cometido como *“parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de este ataque”*, lo cual no sucede, obviamente, en el caso que nos ocupa (conf. Gómez Martín, Víctor, *“La prescripción de los delitos con menores de edad: análisis del problema y propuesta de lege ferenda”*, Generalitat de Catalunya. Centre d’Estudis Jurídics y Formació Especialitzada, año 2017, págs. 39/40).

Por tales razones, el agravio dirigido contra este aspecto del decisorio recurrido también deberá ser rechazado.

IV. En cuanto a la pretensión de los recurrentes de deducir de los arts. 25.1 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la conclusión de que la extinción por prescripción de la acción penal no puede ser un obstáculo para la persecución de delitos como los involucrados en autos, coincido con el Dr. Magariños, por las razones expuestas en el acápite IV de su voto, a los que cabe remitirse en beneficio a la brevedad, en que los defectos de fundamentación allí señalados tornan inadmisibles el citado agravio.



Ello, sin perjuicio de lo que se dirá luego respecto de la aplicación al caso, en lo pertinente, de la doctrina que emana del ya aludido precedente “Funes, Gustavo Javier y otro” de la Corte Federal (causa F.294, XLVII, sentencia del 14 de octubre de 2014).

V. En cuanto a la incidencia que para la suerte del recurso tiene la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al derecho nacional a través de la ley 23.849 (B.O.: 22-10-1990), y por lo tanto, vigente al momento de comisión de los hechos aquí denunciados, también hago propias las consideraciones efectuadas por el Dr. Magariños en el acápite V de su voto, a las que me remito en beneficio a la brevedad, a los fines de sostener la improcedencia de tal cuestión para la revocación del fallo recurrido.

VI. Finalmente, entiendo que, conforme lo señaló el Dr. Jantus en su ilustrado voto, no puede prescindirse de un análisis de las diferentes aristas del caso sometido a examen desde el punto de vista del párrafo 97 de la Observación General nro. 14 (reproducido por dicho Magistrado), del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, órgano que supervisa la aplicación de la citada Convención por los Estados partes.

Vinculándose la cuestión aquí tratada con presuntos delitos cometidos contra niños, y a los fines de procurar demostrar que la solución propuesta para el caso ha considerado de manera primordial, con arreglo a la citada Observación General nro. 14, el interés superior de aquellos, entiendo pertinente reproducir aquí algunos párrafos del voto del juez García Ramírez en el caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C, n° 171, sentencia del 22 de noviembre de 2007).

Dijo allí tal Magistrado: (i) *“el derecho internacional de los derechos humanos ha traído consigo una relectura de ciertos derechos*





... No diré que la garantía de prescripción ... sea necesariamente uno de estos 'nuevos derechos releídos'. La regla de prescripción –en la que juega el dilema entre justicia y seguridad- ... ha constituido y constituye, conforme a la regulación penal más constante, una defensa del inculpado, y figura bajo ese título en el catálogo de los derechos de los que éste puede echar mano para oponerse a la persecución penal del Estado” (párrafo 27); (ii) “la tutela de los derechos humanos frente a violaciones especialmente graves e insoportables, que pudieran quedar a salvo de sanción ... ha llevado a excluir ciertos hechos del régimen ordinario de prescripción...” (párrafo 29); (iii) “ahora bien, esa imprescriptibilidad de la pretensión ... no debiera extenderse a cualquier hipótesis delictuosa. La reducción o exclusión de derechos y garantías tiene carácter extremo en el examen sobre la pertinencia de mantener ciertos derechos tradicionales, cuando se quiere proveer, por aquel medio riguroso, a la mejor protección de otros derechos y libertades. La supresión de derechos acostumbrados debe ser, por lo tanto, excepcional, no regular o rutinaria, y vincularse precisamente con las más graves violaciones a los derechos humanos (habida cuenta de la evolución contemporánea del orden jurídico internacional, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional penal, con amplio desarrollo normativo y examen jurisprudencial y doctrinal)” (párrafo 30).

Ya hemos visto que, en el caso, no puede hablarse de un supuesto de “grave violación a los derechos humanos” en los términos en que aludieron a ellos, tanto el Juez García Ramírez, como los demás precedentes ya referidos.

Así las cosas, es clara la tensión que en autos se verifica entre, por un lado, el derecho de la víctima a la justicia y al castigo (con el correlativo deber del Estado de investigar y sancionar las violaciones a



los derechos humanos), y por el otro, los derechos fundamentales de la persona que puede recibir una sanción penal, ambos amparados por la Convención Americana (arts. 1, 2, 7, 8, 9 y 25), y el primero de ellos garantizado adicionalmente por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es así que encuentro que la solución más adecuada para el caso, en consonancia con la jurisprudencia ya citada y los demás fundamentos dados hasta aquí, es emitir mi voto en el mismo sentido que el Juez Magariños.

No obstante ello, 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.

Por último, y en cuanto a las costas, entiendo que debe eximirse de ellas a las partes vencidas, por considerar que tuvieron razones plausibles para litigar (arts. 530 y 531, CPPN). Ello, en función de los derechos y garantías involucrados, y el alcance que pretendieron asignarle, que aun cuando resultó perdedor en esta jurisdicción, fue receptado en anteriores pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación.

Tal es mi voto.





En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE:

I. DECLARAR PARCIALMENTE INADMISIBLES los recursos de casación interpuestos en punto al agravio vinculado a la interpretación de los artículos 8, inciso 1° y 25, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 444, 2° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

II. RECHAZAR los restantes agravios introducidos y, en consecuencia, CONFIRMAR la resolución impugnada (artículo 470 – *a contrario sensu*– del Código Procesal Penal de la Nación).

III. HABILITAR a quienes se presentan como víctimas en el caso a que puedan acceder en este proceso a la determinación de la verdad de los hechos que denuncian, instando la producción de las medidas de prueba que estimen pertinentes.

Costas procesales en el orden causado (artículos 530, 531 y 532 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que el juez Alberto Huarte Petite participó de la deliberación llevada a cabo luego de celebrada la audiencia prevista en los artículos 465, último párrafo, y 468 del Código Procesal Penal de la Nación y emitió su decisión en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por encontrarse actualmente en uso de licencia (artículo 399 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota.

MARIO MAGARIÑOS

PABLO JANTUS



-en disidencia parcial-

-en disidencia parcial- **Ante mí:**

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CAMARA

