



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**“PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL RESPECTO DE DELITOS
CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL EN PERJUICIO DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES”**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista:

Abogada Candela Lourdes Herrera

Directora de Tesis:

Mgter. Daniela Montalto

Mendoza, Febrero de 2021.

“Prescripción de la acción penal respecto de Delitos contra la Integridad Sexual en perjuicio de Niños, Niñas y Adolescentes”

“Somos culpables de muchos errores y muchas faltas, pero nuestro peor crimen es abandonar a los niños, olvidando la fuente de vida. Muchas de las cosas que necesitamos pueden esperar. Los niños NO. Justo ahora es el momento en que sus huesos se están formando, su sangre se está elaborando y sus sentidos siendo desarrollados. A él no podemos responder “Mañana”. Su nombre es “Hoy”.

Gabriela Mistral.

Poeta chilena, Premio Nobel.

Agradecimientos

A mi compañero de vida Sebastián

a mi hija Trinidad,

a mis padres,

*a todos los que con gran generosidad me
acompañaron en este aprendizaje*

*a los sobrevivientes del Abuso Sexual
Infantil.*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

-Introducción	7
1-Capítulo Primero: “Del Instituto de la Prescripción de la Acción Penal”	
1.1. Nociones generales	16
1.2. Concepto de Acción Penal	16
1.3. Extinción de la acción penal. Concepto y causales	
1.3.a) Concepto de extinción de la acción penal	18
1.3.b) Causales de extinción de la acción penal	18
1.4. Prescripción de la acción penal.	
1.4.1. Concepto	19
1.4.2. Fundamentos del instituto de la prescripción de la acción penal	20
1.4.3. Carácter formal o material del instituto de la prescripción de la acción penal	22
1.4.4. Plazos de prescripción de la acción penal. Cómputo según la pena prevista para el delito	23
1.4.5. Suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal. Causales	24
1.4.6. Breve mención a los delitos imprescriptibles	26
1.5. El instituto de la prescripción de la acción penal y el Abuso Sexual Infantil	28
2-Capítulo Segundo: “Abuso Sexual Infantil, ¿Por qué callan los niños/as?”	34
2.1. Abuso Sexual Infantil. Concepto.	35

2.2. El abuso como fenómeno frecuente	40
2.3. ¿Por qué callan los niños? El dilema de la revelación	43
2.4. Mitos relacionados con el Abuso Sexual Infantil	50
2.5. Develamiento del Abuso Sexual Infantil	59
2.6. Especial mención al rol de la Educación Sexual Integral (E.S.I.) en el proceso de develamiento	61
3-Capítulo Tercero: “Corpus Iuris (compendio de normas) protectorio de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”	65
3.1. Normativa protectora de la Niñez y Adolescencia en el ámbito internacional	
Breve referencia de los instrumentos internacionales que protegen la infancia	66
3.2. Normativa protectora de la Niñez y Adolescencia en Argentina.	72
3.2.1. Evolución Legislativa en relación con la prescripción de la acción penal en delitos contra la Integridad Sexual Infantil en Argentina	79
3.2.1.a) Ley Nacional N° 26.705	79
3.2.1.b) Ley Nacional N° 27.206	80
3.3. Normas protectoras de la Niñez y Adolescencia en el Ambito Provincial	
-Provincia de Mendoza-	82
3.4. Política Criminal: Su rol en la temática analizada	83
3.5. Formas de armonizar el derecho Nacional con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos desde una Perspectiva de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia.	86
3.6. Análisis en el Derecho Comparado	90

4-Capítulo Cuarto. “Jurisprudencia relativa a la prescripción de la acción penal en los Delitos contra la Integridad Sexual Infantil a partir de la sanción de las leyes N°26.705 Y N° 27.206 en Argentina”

4.1. Postura favorable a la prescripción de la acción penal	97
4.2. Postura favorable a la no prescriptibilidad	98
4.3. Análisis Jurisprudencial en Argentina	101
4.3.1. Resoluciones judiciales conforme Ley N° 27.206 en las que se ha determinado que la acción penal no se encuentra prescripta.	102
4.3.2. Resoluciones Judiciales en las que se ha determinado que en casos como el analizado la acción penal resulta prescripta. Breve reseña de casos que sostienen dicha postura	143

5-Capítulo Quinto: “Jurisprudencia relativa a la prescripción de la acción penal en Delitos contra la Integridad Sexual Infantil a partir de la sanción de las leyes N°26.705 Y N° 27.206. Situación Jurisprudencial en la Provincia de Mendoza”

5.1. Jueces y Tribunales que en casos como el planteado consideran que la acción penal no se encuentra prescripta.	145
5.2. Jueces y Tribunales que entienden que la acción penal en los casos de delitos contra la integridad sexual infantil luego de transcurrido el plazo legal se encuentra prescripta	158
5.3. Entrevista relativa a la temática abordada	160
Conclusión	164
Bibliografía	172

INTRODUCCION

El tema a analizar es complejo, ubicado en el ámbito del Derecho Penal, relativo a los delitos contra la Integridad Sexual, que no admite una posición unívoca sobre el cual al día de hoy la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha pronunciado, en el cual confluyen garantías y principios de raigambre constitucional.

Entiendo que su análisis resulta interesante para poder poner sobre la mesa las garantías en juego, las posiciones actuales de la jurisprudencia al respecto, la temática tan sensible como lo son los delitos contra la integridad sexual de los que los Niños, Niñas y Adolescentes –en adelante N.N.y A.- han sido víctimas, y poder sentar posición sobre ello con fundamentos.

La iniciativa por indagar en torno a la temática surgió a partir de un caso que me tocó observar en mi paso como Prosecretaria en la Unidad Fiscal de Guaymallén (Expte N° P- 102.681/15-F.c/ Ramírez Agudo, al que haré mención en el desarrollo del trabajo), en donde pude advertir la confluencia de garantías y derechos que se presentaba, por lo cual decidí comenzar a investigar el tema.

Desde el primer momento en que vi a un niño (la víctima en el expediente referido tenía diecisiete años aproximadamente a la fecha de la denuncia) tan vulnerable, que pese a ello pudo contar los abusos de los que fue objeto cuando tenía cuatro o cinco años de edad frente a un victimario que luego de cometer el delito siguió su vida de modo “normal” sin consecuencias de ningún tipo, pensé que éstos casos demandan una respuesta efectiva por parte de la Justicia a las víctimas, máxime teniendo en cuenta las graves secuelas que deja un hecho de esta naturaleza, en su cuerpo y en su psiquis para toda la vida.

En lo relativo al marco histórico, se afirma que la ampliación de la intervención de la víctima es una característica típica de la transformación de un modelo inquisitorial

a otro de corte adversarial y responde a una nueva corriente de internacionalización de los derechos de la víctima, con el acceso a la justicia como un derecho humano fundamental.

En particular en el presente análisis, cabe hacer alusión a los derechos de los NNyA) víctimas de delitos de índole sexual.

Si bien la primera idea que se nos representa al referirnos a la víctima es la figura del querellante, o a la propia persona mayor (adulto) efectuando la denuncia por sí, o bien el padre o madre denunciando por sus hijos menores hay otro tipo de casos en que los niños se encuentran ante tal grado de desprotección, sea por desidia de los adultos encargados, o porque éstos son los autores del hecho, o bien porque el menor se encuentra imposibilitado por el motivo que fuere de exteriorizar su situación. En estos casos es el propio menor quien deberá manifestar “de la forma que pueda” y “cuando pueda y se encuentre en condiciones psíquicas para hacerlo” el delito de que está siendo víctima, o del que fue víctima en su infancia, en el caso de que sea ya un adulto.

En este último supuesto el Estado es el encargado de otorgar protección a esta pequeña víctima (muchas de las veces ya mayor al formular la denuncia) dando curso a su denuncia, investigando el hecho y sancionando a los culpables, pues tal es el compromiso asumido por nuestro país, conforme los Tratados Internacionales que la República Argentina ha “hecho parte” de su Carta Magna.

En principio, nuestro Código Penal de 1.921 no preveía respuesta alguna a la víctima de abuso sexual infantil para el caso en que denunciara luego de transcurrido el plazo de prescripción de la acción, o cuando alcanzaba la mayoría de edad, plazo que resultaba fatal para extinguir la acción penal.

Luego de una evolución operada en la legislación el art. 67 del C.Penal, que comenzó en el año 2011 (Ley Piazza), tal norma en su redacción actual (modificado por Ley N° 27.206 en el año 2015) estableció la *suspensión de la prescripción de la acción penal 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 la minoría de edad.*

La modificación posterior operada en el año 2015 en nuestro Código Penal (Ley N° 27.206), no viene a ser más que la formalización de la respuesta que se pretendió dar a las víctimas de Abuso Sexual Infantil que denunciaron luego del transcurso del tiempo de prescripción de la acción del delito respectivo.

Sin perjuicio de ello, en muchos casos la Ley N° 27.206 no ha alcanzado para dar respuesta efectiva a las víctimas cuya denuncia ha llegado demasiado tarde, una vez transcurrido el plazo de prescripción. En estas ocasiones se ha hecho primar el principio de irretroactividad de la ley penal y las garantías del imputado, declarando la prescripción de la acción penal sin dar curso alguno a la denuncia formulada por la víctima, procediendo sin más al archivo de la misma.

Así, se presentaron una serie de nuevos inconvenientes atento la colisión de principios que rigen la materia. En particular se advierte la colisión de principios internacionales de protección de las víctimas, principalmente aquellos principios protectorios de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, con los que garantizan la vigencia de las garantías del imputado, como el principio de irretroactividad de la ley penal y/o su contracara representada por el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna y/o el de la ultraactividad de la ley.

En este punto se pone de resalto que frente a los derechos de NNyA y de las víctimas que han sido reconocidos por los tratados internacionales con jerarquía constitucional, encontramos las garantías que atañen al imputado en el proceso penal, que no pueden ser vulneradas y que también han merecido reconocimiento y protección en la normativa internacional.

Entonces, de acuerdo a los cambios sociales y culturales operados en la sociedad actual, teniendo en mira al analizar esta temática una perspectiva de niñez, *¿Sería posible aplicar el art. 67 cuarto párrafo del Código Penal sin más a todo denunciante de delito contra su integridad sexual ocurrido en su niñez, sin atender a los plazos de prescripción de la acción? ¿Se vulnerarían en tal caso las garantías que asisten al imputado en el proceso penal?*

La evolución de la Jurisprudencia en la Argentina, desde la sanción de la Ley N° 26.705 (Ley Piazza), y posteriormente con la Ley N° 27.206 muestra visos de velar por la protección de los derechos de la infancia y parece determinar en este último tiempo (mediante la aplicación de la normativa internacional respectiva y la interpretación de la norma acorde con la finalidad y espíritu de la Ley N° 27.206, con la voluntad del legislador), la vigencia efectiva de la citada ley pese a que su aplicación a la fecha del hecho (que generalmente es anterior a la entrada en vigencia de la ley N° 27.206) resulte “en apariencia” en perjuicio del imputado.

Sin dudas, creemos que es la solución que en estos casos correspondería dar a la cuestión planteada.

Tal solución se presenta a todas luces necesaria, a fin de dar respuestas a la demanda social de hacer efectivo el derecho de Acceso a la Justicia de los niños silenciados, como asimismo la búsqueda de la verdad y de la consecuente sanción efectiva del culpable.

El problema finca en que la aplicación del artículo 67 del Código Penal¹ a hechos ocurridos con anterioridad a la sanción de la Ley N° 27.206 (2015) respecto de víctimas menores de edad traería aparejada una vulneración de las garantías del imputado en el proceso penal, en particular en lo que respecta a la irretroactividad y/o ultraactividad de la ley penal y el debido proceso.

Ahora bien, analizando el tema en estudio a la luz de los Tratados Internacionales que han plasmado los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y los derechos de las víctimas haciendo hincapié en su prioritaria aplicación, pero que a la par reconocen y contemplan las garantías del imputado, se estima es posible soslayar las garantías acordadas al imputado, en pos de hacer efectivo el prevalente Interés Superior del Niño y el consiguiente derecho de acceso a la justicia de las víctimas cuya voz no

¹ Art. 67 del Código Penal en su cuarto párrafo establece “*En los delitos previstos en los artículos 19, 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*”

pudo ser escuchada en su niñez, sin que ello implique desconocer ni vulnerar aquellas garantías.-

Así, el objetivo propuesto mediante el desarrollo del presente trabajo es dar cuenta de la problemática relativa al tema de los NNyA víctimas de abuso sexual en lo relativo al tema de la prescripción de la acción penal en el Código Penal Argentino, fundamentalmente después de la modificación del art. 67 del Código Penal a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que protegen a las víctimas y velan por los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, y que a su vez contemplan y protegen las garantías del imputado.

Conforme a una perspectiva de “infancia”, es absolutamente factible dar cuenta de los argumentos que permiten hacer primar los primeros (es decir, los derechos de los niños, niñas y adolescentes) por sobre las garantías del imputado, sin que éstas últimas aparezcan vulneradas.

Es decir, que ante la denuncia actual de un delito de índole sexual de que ha sido víctima un NNyA, habiendo transcurrido desde el hecho un plazo que excede el término de prescripción atinente al delito en cuestión, debería aplicarse lo previsto por el art. 67 cuarto párrafo del Código Penal relativo a la suspensión de la acción penal hasta la mayoría de edad o hasta que se formule la respectiva denuncia, aún cuando la aplicación de la Ley N° 27.206 deba efectuarse en relación a un hecho de fecha anterior a la entrada en vigencia de la citada ley.

Ello, con el convencimiento que de lo contrario quedarían impunes la mayoría de los casos de abuso sexual infantil en que las víctimas se animan a denunciar cuando son mayores de edad, o bien después del transcurso de varios años del hecho cuando se ha cumplido con creces el plazo de prescripción.

En estos casos *desde una perspectiva de género y niñez* tal como lo demanda la actual política criminal, necesariamente deberá atenderse prioritariamente el Interés Superior del Niño, y en consecuencia se deberá dar curso a la investigación del delito y reprimir al responsable, sin que esto implique la aplicación retroactiva de una ley en perjuicio de las garantías del imputado.

Si bien los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional protegen a ambos sujetos de derechos (niño víctima- e imputado) habrá que estarse fundamentalmente a la voluntad del legislador, al espíritu y finalidad que inspiró la sanción de la Ley N° 27.206 a fin de definir la preeminencia de los derechos del niño en estos casos, por ser el sujeto víctima, vulnerable y desprotegido.

Además y por sobre todo, sea por la multiplicidad de motivos que sea, debe tenerse especialmente en cuenta que estamos ante un NNyA cuya voz ha sido silenciada durante años, por temor, por terror, por necesidad de “olvido” en relación con lo vivenciado.

Es este adulto “roto” y lleno de miedo quien pronto se arma de valor y decide hablar de los abusos padecidos, en busca del tan mentado y predicado “*Derecho de Acceso a la Justicia*”. Es por eso que tal derecho deberá ser efectivamente reconocido en su plenitud a fin de que los “pregonados” derechos de la infancia no se tornen una mera proclamación y que su reconocimiento sea real y palpable.

Además, estimo que no responde a la justicia que la propia ley realice discriminaciones arbitrarias, como tampoco que se realice una interpretación extensiva de la misma que derive en una aplicación discriminatoria.

Se explica lo expuesto con un claro ejemplo: En el expediente N° P-753.726/19 la víctima es una mujer de 22 años, denunció al padrastro por abusos sexuales padecidos desde sus 8 a sus 13 años y en el caso la víctima explicó que no había contado antes los abusos por “miedo y amenazas”. En el año 2019 en que se formula la denuncia los delitos no están prescriptos, y en consecuencia es posible la investigación de los mismos y en caso de reunir pruebas que den certeza a los hechos denunciados, será posible efectivizar el castigo del responsable.

Por ello se estima que no habría igualdad en la aplicación de la ley en lo que respecta a los casos en que por haber transcurrido un cortísimo plazo en exceso prescribieron dejando impune a su autor, que vulneró los derechos de los NNyA.

El presente trabajo constituye una investigación teórica, de tipo “descriptiva” teniendo en cuenta el problema de investigación a abordar. El mismo se desarrollará empleando el “método descriptivo” para analizar el instituto de la prescripción de la acción penal a raíz de la modificación del Código Penal a través de la Ley N° 27.206 en relación con los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de NNyA.

La presente investigación está basada en fuentes formales tales como el análisis bibliográfico, reflexiones y doctrina, la normativa jurídica nacional sistematizada en la materia, esto es las leyes nacionales que regulan el tema a analizar, el código penal, procesal penal y orgánico.

También se realizarán algunas entrevistas a especialistas en la materia, la cual genera un debate álgido, que aún no encuentra una solución unívoca.

Conviene destacar que la estrategia metodológica adoptada fue la “estrategia cualitativa”. En efecto, ésta ha resultado particularmente útil para obtener datos, información y conocimiento en lo pertinente al instituto de la prescripción de la acción penal plasmado en el Código Penal de la Nación (y su modificación por la Ley N° 27.206) y su vinculación con los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, y a su vez explicar la relación de éstos con el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal.

La presente investigación se divide en cinco capítulos, los cuales componen un trabajo armónico en relación a la exposición de la temática y la búsqueda de fundamentos que avalan la postura propuesta.-

Comenzando con el Capítulo Primero, en él se realiza una introducción al tema de la Prescripción de la acción penal, delineando su concepto, los fundamentos del instituto, haciendo un recorrido por el articulado del Código Penal y los plazos de prescripción establecidos, causales de suspensión e interrupción, luego se alude brevemente a la categoría de delitos imprescriptibles, para finalmente establecer cuál es la relación entre el instituto de la Prescripción de la acción penal y el Abuso Sexual Infantil (en adelante A.S.I.)

El Capítulo Segundo, nos introduce en la temática específica relativa al Abuso Sexual Infantil.

En este capítulo se analiza brevemente el concepto de ASI.

Posteriormente se alude a la problemática específica que es la base de la cual parten todas las situaciones que se presentan en este trabajo: la búsqueda de una explicación del silencio infantil ante los abusos sexuales. En otras palabras, se busca una respuesta al interrogante ¿por qué los niños callan los abusos?

En este segundo capítulo también se efectúa una introducción en la temática relativa a la develación del ASI, los mitos que se han creado en torno al mismo, para finalizar con una especial alusión al rol fundamental que cumple la Educación Sexual Integral en lo que respecta a la develación.

Posteriormente, en el Capítulo Tercero, analizamos la existencia de un Corpus Iuris de Protección de los derechos de la Infancia, que debe constituir la base y fundamento de toda resolución en las problemáticas relativas a los NNyA.

Así, efectuamos un recorrido por la normativa internacional, aludiendo principalmente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos), destacando la normativa vigente en la República Argentina y en la Provincia de Mendoza que representan un corpus de protección de los niños.

Además en el Capítulo Tercero analizamos la Evolución Legislativa específicamente respecto de las normas relativas a la prescripción en los “delitos contra la Integridad sexual”.

Así, se ha tomado en cuenta un primer momento anterior al año 2011, luego a partir el año 2011 con la incorporación de la denominada “*Ley Piazza*” (Ley N° 26.705) hasta la actual modificación del Código Penal en materia de prescripción de la acción penal de los delitos sexuales por la Ley N° 27.206 (B.O. 10/11/2015),

Asimismo, en este capítulo tercero se analiza el rol fundamental de la Política Criminal para luego finalizar haciendo un breve recorrido por el Derecho Comparado,

analizando y describiendo cuál ha sido la adecuación por parte de los Estados de su legislación en relación con la temática abordada.

En el Capítulo Cuarto se realiza un examen de la Jurisprudencia imperante en Argentina, referenciando las resoluciones dictadas en las distintas provincias en las cuales se ha establecido la aplicación de la legislación vigente a casos anteriores a la misma, abriendo camino a la investigación de los abusos sexuales a NNyA en estos casos, aludiendo a los principales fundamentos de sus decisorios.

Además se hace mención de los expedientes en los que se ha dictado sin más la prescripción de la acción penal determinando que la Ley N° 27.206 no puede aplicarse a casos anteriores a su entrada en vigencia.

Luego, en el Capítulo Quinto se ha efectuado idéntica labor en relación con la Jurisprudencia en la Provincia de Mendoza demarcando ambas posturas imperantes, para finalizar se entrevistó a una de las fiscales de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual de Mendoza en relación con la temática, su abordaje actual y futuro.

Capítulo Primero

“Del Instituto de la Prescripción de la acción penal”

1.1 Nociones Generales

En una primera aproximación se estima prudente comenzar por delinear ciertos conceptos que prima facie aparecen como básicos en relación con la temática abordada, pero que nos introducen en el análisis del tema en estudio, resultando aportes de gran utilidad para poder introducirnos en el tratamiento del tema.

1.2. Concepto de acción penal

Respecto del tema a abordar en el presente capítulo, es conveniente resaltar que previo a adentrarnos puntualmente en la Prescripción de la Acción Penal conviene recordar la noción de Acción Penal.

En efecto, la acción penal ²es una atribución que en principio corresponde al Estado, quien la ejerce a través de los funcionarios a cargo del Ministerio Público, los cuales deben requerir al juez competente la realización de una investigación que aplique la ley penal en un caso concreto (arts. 180, 188 y concs., CPPN).

Así entendida, la acción penal es un requisito previo a la sustanciación del proceso seguido contra una persona a quien se imputa la comisión de un hecho punible, con el objeto de establecer su responsabilidad y, en su caso, imponerle la pena legalmente prevista.

² Rigui E., 2008, “Derecho Penal Parte General”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Argentina , pág. 475/477.

En el derecho argentino esta actividad persecutoria de los responsables de un delito está regida por el principio de legalidad, por lo que cuando considera reunidos los requisitos legales, el fiscal no sólo tiene la potestad de ejercer la acción penal, sino además el deber de hacerlo.

Se ha dicho que la acción penal es una función a cargo del acusador que consiste en reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, para que resuelva lo que en derecho corresponda. La importancia de la petición está dada porque: A) supone un obstáculo a la persecución; y B) determina el límite de la jurisdicción.

Siendo el ejercicio de la acción penal un presupuesto del proceso, debe entenderse que es materia propia del derecho procesal y no una cuestión de derecho material, pese a lo cual su ejercicio está previsto en el Código Penal (arts. 71 y ss.) y no en los Códigos de Procedimiento.

La circunstancia de que el ejercicio y la prescripción de las acciones penales hayan sido tratadas en el Código Penal (arts. 71 y ss.), fundamenta la opinión de quienes consideran que son cuestiones de derecho material, predicando que las condiciones de operatividad de la pretensión punitiva nada tienen que ver con el derecho procesal.

De acuerdo con ese punto de vista, es necesario escindir la normativa relativa al ejercicio de la acción penal, considerando que algunos de sus aspectos son sustantivos, procurando así sortear objeciones que cuestionaban la constitucionalidad de las normas correspondientes de derecho material (arts. 71 a 76, CPen.).

La norma constitucional establece que corresponde al Congreso dictar el Código Penal sin alterar las jurisdicciones locales (art. 75, inc. 12, CN), por lo que la legislación procesal es atribución de las provincias. Sin embargo, de esa norma no se sigue que deba ser puesta en tela de juicio la potestad del Estado federal para legislar esta materia. Ello es así porque es razonable que un Código Penal incluya en su texto algunos presupuestos procesales, cuando su estrecha relación con el derecho penal material así lo exige, lo que reconoce como fundamento una adecuada técnica legislativa. En consecuencia: las condiciones de ejercicio de la acción penal y su prescripción son materia procesal, pero como están estrechamente vinculadas al problema global de la

pretensión punitiva, resulta aconsejable que las regule el Código Penal, cuyo dictado es facultad del Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, CN).³

1.3. Extinción de la acción penal. Concepto y causales.

1.3 a) Concepto

Se trata de circunstancias que impiden el ejercicio de la acción penal, reduciendo las posibilidades de hacer efectiva la pretensión punitiva estatal. Como extinguen la acción penal una vez realizado el hecho punible, no deben ser confundidas con las causas de exclusión de la punibilidad. Cuando se verifica una causa de extinción de la acción penal, el comportamiento del autor es punible, pero por haberse extinguido la acción no es posible someterlo a proceso y ello impide que se lo sancione. En cambio, mediando una causa de exclusión de la punibilidad, la conducta nunca fue punible, como sucede con las excusas absolutorias. Así, por ejemplo: es punible el comportamiento del autor de un hurto, aunque su posterior fallecimiento impida ejercer la acción penal (art. 59, inc. 1º, CPen.). Por el contrario: nunca fue punible el comportamiento del sujeto que realizó un hurto en perjuicio de su cónyuge (art. 185, inc. 1º, CPen.).⁴

1.3.b) Causales de extinción de la acción penal

Tal como lo establece en forma expresa el artículo 59 del Código Penal Argentino⁵, enumerando las causales, la acción penal se extinguirá:

1º. Por la muerte del imputado.

³ Rigui E., 2008, “Derecho Penal Parte General”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Argentina, pág. 475/477

⁴ Rigui E., 2008, “Derecho Penal Parte General”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Argentina, pág. 482

⁵Código Penal Argentino, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#11> (consultado en el mes de enero de 2021)

2º. Por la amnistía.

3º. Por la prescripción

4º. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

De la enumeración formulada taxativamente por la ley se permite inferir que el tema en análisis en el presente trabajo se centra en la tercera de las causales de extinción de la acción penal: “la prescripción”.

1.4. Prescripción de la acción penal

1.4.1. Concepto:

Desde una aproximación muy general -y, por ello, aplicable al instituto en relación con todas las ramas del Derecho-, la prescripción puede ser caracterizada como el modo de extinguirse los derechos y las obligaciones, derivado del no uso o ejercicio de ellos, durante el plazo señalado en la ley.⁶

Trasladando el concepto a nuestra esfera de incumbencias, se puede expresar que *la extinción de la acción penal por prescripción importa la extinción, por su falta de ejercicio a lo largo del término estipulado por el ordenamiento jurídico, del poder jurídico de provocar la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de que el juez natural emita, en un proceso legalmente definido, una decisión sobre el fundamento de la pretensión jurídica que se hace valer.*⁷

⁶ Couture, Eduardo J. (2004), Vocabulario jurídico (3a edic.), Montevideo-Buenos Aires: B de f, pág. 579. Edición actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa

⁷ Arocena, Gustavo A., “Sobre la prescripción de la acción penal que nace de los delitos sexuales PRINCIPIOS GENERALES DEL CÓDIGO PENAL Y DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DE LA LEY 26.705”, pág.41, en <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/download/3987/3627>

Con significación equivalente, Lascano la define como: *“Una causa de extinción de la pretensión represiva estatal que opera por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito, según los plazos que fija la ley, impidiendo el inicio o prosecución de la persecución penal de los supuestos responsables -como autores o partícipes- a quienes beneficia, dejándola subsistente con respecto a los demás”*.⁸

Se trata de una limitación a la potestad persecutoria estatal establecida a fin de evitar que la autoridad avasalle las esferas de libertad de los particulares.

Sobre la base de lo expuesto, puede afirmarse que el instituto de la prescripción de la acción penal constituye, sin lugar a dudas, una limitación al poder punitivo estatal por el transcurso del tiempo. Tal afirmación tiene base legal en el art. 62 del Código Penal Argentino, pues el transcurso del tiempo es el requisito objetivo esencial requerido por nuestro derecho para considerar extinguida la acción penal.

Así, la acción penal también se extingue por efecto de la prescripción, *circunstancia que impide ejercer la acción como consecuencia del tiempo transcurrido desde el momento de la comisión del delito*.⁹

Nuestro Código Penal contempla este instituto dentro del Título X, referido a la "extinción de acciones y penas".

1.4.2. Fundamentos del instituto de la prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción penal se ha impuesto en la mayoría de las legislaciones penales modernas, empleando diversos argumentos entre los que contamos:

A) La necesidad del castigo:

⁸ Lascano, Carlos J. (h) (2007), “Artículos 62/63”. En: AA.VV (2007), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial (2a edic.), Buenos Aires: Hammurabi, T. 2 B, pág. 217.

⁹ Rigui E. ob. cit, pág. 484

D’Alessio expresa que desde la óptica de la prevención especial se sostiene que el transcurso del tiempo sin que el sujeto vuelva a delinquir constituye una “presunción de enmienda” que evidencia que perdió razón de ser en el caso concreto la finalidad correctiva y resocializadora de la pena.¹⁰

B) La ausencia de voluntad persecutoria estatal:

Quizás este sea el fundamento más problemático que se haya expuesto. Se sostiene que transcurrido un lapso prolongado sin que se haya perseguido al autor del delito, queda en evidencia la inexistencia de voluntad persecutoria estatal. Este argumento permite justificar que se considere que el curso de la prescripción puede ser interrumpido y por lo tanto el plazo prolongado cuando se realizan actos procesales que manifiestan la voluntad estatal de reprimir el delito.

Por su parte, Righi destaca que este punto de vista es coherente con la existencia de diversos plazos de extinción de la acción, que puedan además interrumpirse por determinados actos procesales. No obstante, niega que en un sistema regido por el principio de legalidad, en que el Estado tiene el deber de perseguir todos los delitos cometidos, pueda afirmarse que exista ausencia de voluntad persecutoria estatal.

El autor indica que podría hablarse de ineficacia en la persecución o habilidad del imputado para eludir la acción de la justicia.¹¹

C) Dificultades probatorias¹²: Este fundamento evidencia la preocupación acerca de la dificultad de reconstruir el delito a medida que crece la distancia temporal entre el hecho y el proceso, lo cual además se considera riesgoso ante la posibilidad de que se incurra en un “error judicial” que juegue en detrimento del inocente, que podría ser perjudicado por la desaparición de pruebas que tornen dificultosa su defensa.

¹⁰ D’Alessio A. J., (2011), “Código Penal Comentado y Anotado, Buenos Aires, Ed. La Ley, T.I, pág. 954/955.-

¹¹ Righi, Esteban, 1996, “Los límites de la persecución penal y la tutela de los derechos fundamentales”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Año II, N°3, Ad. Hoc, pág. 195/196.

¹² D’Alessio A. J., 2011, “Código Penal Comentado y Anotado, Buenos Aires, Ed. La Ley, T.I, pág. 956.

D) El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. El plazo razonable¹³: Es decir, que el efecto perjudicial del ejercicio del poder penal sobre la dignidad de las personas debe ser reducido mediante la aplicación de un límite temporal. Sin embargo, es relevante apuntar que desde este punto de vista la razonabilidad de la duración del proceso no se confunde con los términos de prescripción establecidos en el Código Penal. Por el contrario, deberá valorarse teniendo en consideración los plazos que el respectivo ordenamiento procesal establezca para llevar adelante la instrucción penal preparatoria y el enjuiciamiento.

En este sentido Sigrid Kunath refiere en su trabajo¹⁴ que *“Existen diversos fundamentos teóricos que dan sustento a la utilización de este instituto. Así, hay quienes entienden que el paso del tiempo borra los elementos probatorios, lo que hace imposible la reconstrucción de la verdad histórica, y un proceso judicial con medios probatorios no idóneos afecta la paz social. Otra posición ve en la prescripción la concreción del derecho fundamental de obtener una sentencia en un plazo razonable, derivándose así, lógicamente, del principio de inocencia. También suelen señalarse aspectos como la necesidad de fortalecer la seguridad jurídica, la eliminación del estado de incertidumbre en las relaciones jurídico penales entre el Estado y el delincuente o la posible reinserción social que haría desaparecer la necesidad de represión”*.

1.4.3. Carácter formal o material del instituto de la prescripción de la acción

En principio los autores trataban tal distinción. Así, unos consideraban que la prescripción es materia propia del derecho procesal, en razón de que constituye un presupuesto del proceso que la acción penal no se haya extinguido.¹⁵

¹³ D’alessio A. J. , Ibidem 10, pág. 954/955.-

¹⁴ Kunath, Sigrid Elisabeth , “Abuso sexual infantil y prescripción” , Editorial Rubinzal Culzoni ~ Cita online: RC D 1204/2019. También <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47958-abuso-sexual-infantil-y-prescripcion>

¹⁵ Righi, Esteban, “Los límites de la persecución penal y la tutela de los derechos fundamentales”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudenciapenal, Año II, N°3, Ad. Hoc, 1996, pág. 198. Esta posición se vincula con el fundamento procesal relacionado con la imposibilidad de realizar correctamente el juicio por las dificultades probatorias que surgen con el transcurso del tiempo. Se trata de la opinión dominante en Alemania, que tuvo enorme repercusión sobre la posibilidad de perseguir los crímenes del nacionalsocialismo extendiendo retroactivamente los plazos de prescripción vigentes en el momento de los hechos.

Desde otro punto de vista se argumenta que se trata de un aspecto que debe ser regido por el derecho sustancial pues extingue la potestad punitiva misma e implica un límite que el estado se impone declarando qué es punible y hasta cuándo.

Finalmente, citando a D’alessio¹⁶ consideramos que debe considerarse superada esa discusión, que actualmente se ha tornado irrelevante si se tiene en cuenta que existe una marcada tendencia doctrinaria a incluir bajo el manto del principio de legalidad a ciertas normas de carácter procesal y, particularmente a las relativas a la prescripción de la acción; éstas últimas independientemente de su contenido material o procesal, ya que -en definitiva- lo relevante es que contienen regulaciones que tienen por efecto inhibir la punibilidad de un hecho.

Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el instituto de la prescripción cabe en el concepto de ley penal, por lo cual estimó violatoria del principio del art. 18 de la C.N. la aplicación retroactiva de una legislación más gravosa para el imputado sobre prescripción de la acción¹⁷

1.4.4. Plazos de prescripción de la acción penal. Cómputo según la pena prevista para el delito

El Código establece diversos plazos de prescripción de la acción teniendo en cuenta la especie y duración de la pena fijada para el delito de que se trate, siendo los siguientes:

a) Reclusión y prisión perpetua: A los quince años,

b) Reclusión y prisión temporal: Se fija en el máximo de la pena señalada para el delito que no podrá exceder de doce años ni ser inferior a dos años.

¹⁶ D’alessio A. J. , (2011), “Código Penal Comentado y Anotado”, Buenos Aires, Ed. La Ley, T.I, pág. 958/959.

¹⁷ C.S. Fallos: 287:76. La CS destacó que la ley penal comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva.

c) Inhabilitación Perpetua: A los cinco años, siempre que el delito esté sancionado con esa única pena.

d) Multa: A los dos años

e) Inhabilitación temporal: Al año, siempre que el delito esté sancionado solamente con dicha pena.

Asimismo, con relación al inicio del cómputo del plazo de prescripción, éste comenzará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si este fuere continuo, en que cesó de cometerse, puesto que así lo prevé en forma expresa nuestro Código Penal en su art. 63.-

Es importante mencionar, que dado que el Código Penal no establece regla alguna en relación con el modo en que se deben computar los plazos, rigen al respecto las disposiciones del Código Civil, de conformidad con lo dispuesto en el art. 77 del Código Penal.

1.4.5. Suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal. Causales.-

El efecto de la suspensión consiste en paralizar el plazo de prescripción, evitando que comience o continúe su curso mientras subsiste la causa que la motiva, reanudándose a partir de la medianoche de su cese, sumando tiempo nuevo al que ya había transcurrido antes de que se suspenda. Así, la suspensión se explica por la necesidad de evitar que se extinga la acción en aquellas situaciones en que existe un obstáculo ligado al procedimiento mismo de la persecución penal.

En lo que a la suspensión del término de prescripción atañe, el artículo 67 del Código Penal establece *“La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso. La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos*

en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.”

Finalmente, y la causal suspensiva fundamental en la que se basa el presente análisis es la que reza así *“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”*.

Resumiendo, encontramos como causales de suspensión de la prescripción las siguientes: **a) Cuestiones previas y prejudiciales:** cuando para el juzgamiento de los delitos sea necesaria la resolución de cuestiones previas y prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio; **b) Delitos cometidos en el ejercicio de la función pública:** Cuando el delito hubiera sido cometido en el ejercicio de la función pública, mientras cualquiera de los que hubiera participado se encuentre desempeñando un cargo público; **c) Ruptura del orden constitucional:** cuando se hubieran cometido delitos de rebelión y de consentimiento del estado de rebelión durante la ruptura del orden constitucional, hasta el restablecimiento del mismo; **d) Delitos contra la integridad sexual y de trata de personas cuando la víctima fuera menor de edad.-**

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

Asimismo, en relación con las causales de interrupción del curso de la prescripción deberá tenerse en cuenta que una vez cesada la causa de interrupción el curso de la prescripción *reinicia* su cómputo.

Cabe mencionar las causales interruptivas que prevé el Código Penal en su art. 67, las cuales son enumeradas en forma taxativa: a) La comisión de otro delito; b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el

objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente; d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo. (*Artículo sustituido por art. 2° de la [Ley N° 27.206](#) B.O. 10/11/2015*)¹⁸

1.4.6. Breve mención a los delitos imprescriptibles

Mucho se ha hablado de los mismos, son los llamados "Crímenes contra la Humanidad" cuya definición se remonta al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, donde se enunció "*... el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo acto inhumano cometido contra todas las poblaciones, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos ... hayan constituido o no una violación al derecho interno del país donde fueron perpetrados..*"¹⁹.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad"²⁰, que goza de jerarquía constitucional hace referencia a la definición descripta ut supra.

En efecto, es una categoría de crímenes respecto de los cuales no rigen los plazos de prescripción previstos en el Código Penal, y que en consecuencia pueden ser

¹⁸ Código Penal de la Nación, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#11>

¹⁹En:http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66

²⁰ En: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>

perseguidos y sancionados sin tener en cuenta ningún límite temporal, a diferencia cualquier otro delito que no encuadre en el referido concepto.

La Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas", considera imprescriptibles los crímenes que regula.²¹

Ahora bien, es importante destacar que actualmente este tipo de delitos abarca todo acto de persecución *contra la población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos, caracterizados por su gran escala y naturaleza sistemática.*

Así, en Argentina se incluyen dentro de esta categoría a los supuestos de desaparición forzada de personas, sustracción, retención y ocultación de menores y sustitución de identidad; y asociación ilícita destinada a cometer delitos contra la humanidad.

Es que la imprescriptibilidad dispuesta halla su fundamento al tener presente que los crímenes de lesa humanidad no dejan de ser vivenciados por la sociedad dada la magnitud y la significación que les atañe, por lo cual permanecen vigentes tanto para las sociedades nacionales como para la comunidad internacional.

Asimismo, en la generalidad de los casos estos crímenes han sido perpetrados por los mismos encargados del poder punitivo, actuando al margen del Derecho Penal.

Es importante mencionar que hay dos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se ha expedido en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, cualquiera haya sido la fecha de su comisión.

En primer lugar encontramos el caso "*Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición*" se destacó que la calificación de los delitos de lesa humanidad depende de los principios

²¹ En: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>; considerando en su artículo II que "Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

jus cogens del derecho internacional y que, en consecuencia la regla es la imprescriptibilidad para tales delitos.

Y la segunda causa en que se pronunció la Corte Suprema es "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio y asociación ilícita".

De la misma se tiene que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no deriva sólo de la Convención de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, sino del Derecho Internacional consuetudinario, que ya contenía ese principio antes de que fuera enunciado por esos instrumentos internacionales.

En efecto, si bien se consideró que el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no ha sido aplicado retroactivamente porque ya se encontraba vigente cuando se cometieron los hechos que fueron materia de juzgamiento en ese caso, es importante tener en cuenta que la fuente normativa de ese principio era principalmente de carácter consuetudinario.

1.5. El instituto de la prescripción de la acción penal y el Abuso Sexual Infantil

Con la nueva normativa dictada (Ley N° 27.206 que modifica el Código Penal Argentino) se consagra, pues, *un régimen especial del cómputo de la prescripción de la acción penal nacida de ciertos delitos sexuales*, para aquellos casos en que la víctima es menor de edad, o sea, cuando ella no ha cumplido los dieciocho años (arg. Artículo 126 Código Civil)²².

Es oportuno mencionar aquí que, en su Resolución 2002/14, del 24/7/2002, intitulada “Promoting effective measures to deal with the issues of missing children and

²² Arocena Gustavo A. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, “Sobre la prescripción de la acción penal que nace de los delitos sexuales”. Principios generales del Código Penal y disposiciones específicas de la Ley 26.705 Vol. 7, Número 12 (AÑO 2013), en: <https://revistas.unme.edu.ar/index.php/rfd/article/view/3987> (consultado en el mes de Octubre de 2020)

sexual abuse or exploitation of children”, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas instó a los Estados Miembros a “Hacer todo esfuerzo para asegurar, de conformidad a sus legislaciones internas, que el límite temporal para iniciar procedimientos criminales en casos de abuso sexual o explotación de un niño no obstruya la efectiva persecución del delincuente, por ejemplo, a través de considerar la posibilidad de posponer el comienzo del límite temporal hasta que el niño haya alcanzado la mayoría de edad civil.”²³

Indudablemente, este importante documento internacional ha debido servir como fuente de inspiración de la Ley N° 26.705, y de la posterior ley N° 27.206.-

El instituto de la prescripción de la acción penal receptado en nuestro Código Penal y que resulta operativa para todos los delitos (a excepción de aquellos considerados como imprescriptibles) plantea diversos interrogantes en cuanto a su aplicación para aquellos casos de delitos contra la integridad sexual en los que las víctimas son menores de edad.

Así, las particularidades que rodean a estos hechos delictivos, en ocasiones denotan la incompatibilidad de las reglas de la prescripción, siendo frecuente que se presenten casos que quedan impunes por encontrarse la acción penal prescripta en el momento en que se solicita la tutela judicial, todo ello en virtud de los procesos internos que las víctimas deben transitar desde la comisión del delito hasta el momento en que acuden a la justicia.²⁴

Especialistas en la materia han señalado que existen diferentes mecanismos psicológicos defensivos que poseen las víctimas para sobrevivir frente a estas situaciones de enorme trauma. Se ha estudiado también el dilema al que se enfrentan los niños que han sufrido un abuso cuando han intentado comunicar su experiencia, que explicaría las grandes dificultades que tienen los menores para contar con coherencia y de inmediato la agresión sufrida.

²³ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Resolución 2002/14, del 24/7/2002, “Promoting effective measures to deal with the issues of missing children and sexual abuse or exploitation of children” . Disponible en: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-14.pdf> (accedido el 16 de diciembre de 2011).

²⁴ Kunath Sigrid, “Abuso sexual infantil y prescripción” , Rubinzal Culzoni ~ Cita online: RC D 1204/2019

En tal sentido, el psiquiatra Roland Summit ha definido a esta situación como *"Síndrome de Acomodación del Niño al Abuso Sexual"*²⁵ en donde destaca que "los niños víctimas de abuso sexual enfrentan un trauma secundario en la crisis de descubrimiento. Sus intentos para reconciliar sus experiencias privadas con las realidades del mundo exterior son asaltados por la incredulidad, la culpa y el rechazo que ellos experimentan de los adultos. Su conducta normal de enfrentarse a los problemas contradice las creencias y expectativas reafirmadas y típicamente sostenidas por los adultos.

Ocurre además que generalmente los padres, los tribunales y los clínicos en ocasiones estigmatizan al niño con acusaciones de mentir, manipular o ser sugestionable.

En lo que respecta al síndrome mencionado se afirma que *"Este síndrome está compuesto de cinco categorías, de las cuales dos definen la vulnerabilidad básica de la niñez y, tres son secuencialmente contingentes en la agresión sexual: (1) el secreto, (2) el desamparo, (3) el entrapamiento y acomodación, (4) la revelación tardía y no convincente, y (5) la retractación"*²⁶.

Asimismo, es común que el abusador fomente el silencio de la víctima sugiriéndole a esta que lo que ha ocurrido es un secreto compartido o amenazándola directamente, lo que indudablemente afecta la capacidad de la víctima para denunciar, máxime cuando es menor de edad y depende material y económicamente de los adultos que la circundan.

Conforme explica Carlos Rozanski, los delitos sexuales son delitos que se cometen en secreto y en los que impera la ley del silencio; existe una importante confusión en la víctima, quien experimenta sentimientos de culpa, de auto recriminación, de terror, ira y afecto, son perpetrados utilizando violencia física, psíquica o psicológica²⁷.

²⁵ Summit, Roland C. "El síndrome de acomodación del abuso sexual de menores". Rev. Child Abuse and Neglect, 7. 1983.

²⁶ Summit, Roland C., ibidem 25.

²⁷ Rozanski, Carlos (2009). "La intervención del Estado y la protección de los derechos en los casos de abuso sexual infantil". En "Acceso justicia niños/as víctimas protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o

En consecuencia, las normas relativas a la prescripción de la acción penal no siempre han tenido en cuenta el proceso psicológico madurativo necesario para llegar a formalizar una denuncia en los casos de abusos sexuales; y es perfectamente posible que una persona se descubra y asuma como víctima muchos años después de sucedidos los hechos, lo que puede no corresponderse con la mayoría de edad ni con los plazos abstractos fijados en el Código Penal.

Es en este marco de situación que se encuadra el tema a exponer, en relación con el cual la Jurisprudencia no tiene una posición unívoca sentada en Argentina. Se estima que tanto la postura que aboga por la prescripción, como los que abogan por la prosecución de la investigación y sanción a los responsables en estos casos les asisten sus fundamentos, y todos ellos son válidos.

Pero sin dudas, en la pugna entre las garantías del imputado y los derechos de las víctimas, se afirma que estamos ante un cambio que ha venido operando en la política criminal, y éste nos impone dar preeminencia a los Derechos Humanos de los NNyA, tal como lo pregonan los instrumentos internacionales receptados constitucionalmente a partir de la Reforma Constiucional de 1994-

En este sentido se ha pronunciado Grisetti al expresar: *“Entendemos que la norma en estudio resulta auspiciosa en orden a no dejar en la impunidad hechos aberrantes que atentan contra la integridad sexual de los menores, y que le pueden generar consecuencias traumáticas y de indudable dolor y permanencia en el tiempo. Fundamentalmente, ello ocurrirá cuando el agresor se encuentre en el propio hogar o cuando siendo extra-muros del hogar lo sea por quienes pueden ostentar una relación de predominio sobre el menor. Estos supuestos, deben recibir el condigno castigo, porque constituyen uno de los más altos niveles de agresión que puede recibir una persona. Menos se justifica su prescripción por el transcurso del tiempo, en una relación de predominio del abusador sobre el abusado”*²⁸.

testigos de delitos o violencia" (pp. 157-162). Argentina: Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) y UNICEF.

²⁸ Grisetti, Ricardo Alberto (2011), “La ley 26705. Un nuevo plazo de prescripción para las acciones derivadas de los abusos sexuales contra menores”. En: “elDial.com”, del 13/10/ 2011, DC1703. Disponible en: www.eldial.com.

Por lo expuesto, en vista de las nociones esbozadas en el presente capítulo, si nos remitimos a los fundamentos del instituto de la prescripción de la acción surge evidente el siguiente interrogante: ¿Estamos en condiciones de afirmar de modo contundente y categórico que el Estado “ha perdido el interés” en perseguir un delito del cual no tomó conocimiento sino cuando la víctima ha llegado a la adultez y se ha encontrado en condiciones de denunciar?

¿Es justo que el autor de las agresiones sexuales no sea sancionado por tal aberrante violación de los derechos humanos de la infancia por haber transcurrido el término de prescripción de la acción pese a que contemos con elementos probatorios que acrediten y den cuenta fehaciente de su accionar?

Recordemos que tal como se ha venido diciendo, al ser la declaración de la víctima una prueba irrefutable del accionar del imputado, y sumado al examen psíquico, son éstas las pruebas por excelencia ya que rara vez hay testigos, tales elementos probatorios (grabado en su memoria) difícilmente resultarán cuestionables, y no se olvidan. Será un suceso que la víctima recordará toda su vida, y por ello de indudable valor probatorio en relación con el abuso padecido (con más o menos detalles de contexto y situación, pero en lo esencial permanecerá inmutable -sin lugar a dudas-)

¿Es posible afirmar que el autor de la agresión sexual – que nunca fue perseguido y que por años y más años gozó de impunidad- ha sido sometido a un proceso en violación del principio de razonabilidad del plazo?

Estamos en el convencimiento de que los fundamentos del instituto de la prescripción no rigen en los casos en análisis, es decir, pierden su razón de ser ante la necesidad actual de proteger a la víctima.

En cuanto a la prescripción de la acción, María Angélica Gelli sostiene que *el establecimiento de los plazos de la prescripción penal se encuentran directamente vinculados a la gravedad del delito, al eventual peligro que la persona pueda llegar a*

*representar para las demás personas y la necesidad de alguna reparación para las víctimas*²⁹.

En casos como los que se analizan en el presente trabajo, lo referido a la aplicabilidad de la ley penal más benigna, sus presupuestos objetivos de punibilidad no pudieron ser desplegados al tiempo de los hechos, no por una conducta atribuible a las personas sobrevivientes de estos delitos, sino porque las mismas no tuvieron real y efectivo acceso a justicia. El Estado es responsable de que no pudieran denunciar en un tiempo oportuno, y ésta fue una de las razones que devinieron en la sanción de las normas que tratan estas cuestiones³⁰.

Por ende, concluir que la acción ha prescrito sin más – sin que operen fundamentos válidos- y dejar a las víctimas que en su momento no tuvieron un real derecho de Acceso a la Justicia sin una respuesta efectiva por parte de los operadores judiciales no aparece a primera vista como una solución ajustada a derecho y a la justicia.

²⁹ Publicado en: LL 2004-F, 906. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación CS] – 2004/08/24 – Arancibia Clavel, Enrique L. – Cita Online: AR/DOC/2540/2004.

³⁰ Amira Nahir Barud, Sergio Paulo Pereyra, Maria Silvana Perez, Carolina Mercedes Fule. (2020). El Sentido de la Ley Para Sobrevivientes de Abuso Sexual en las Infancia, pág. 106. <https://www.libreriacontextodigital.com.ar/reader/el-sentido-de-la-ley-para-sobrevivientes-de-abuso-sexual-en-las-infancia?location=106>

Capítulo Segundo

ABUSO SEXUAL INFANTIL ¿Por qué callan los niños/as?

En el presente capítulo se busca delinear el concepto de Abuso Sexual Infantil (A.S.I) como asimismo mostrar los diferentes ámbitos en los que los abusos sexuales a niños y niñas suelen tener lugar, el gran trauma y el daño irreparable que tal forma de maltrato provoca.

Se expondrán los mitos que existen en relación con el tema abordado, buscando dar a conocer la realidad de los infantes abusados, haciendo hincapié en la tardía develación del hecho, y fundamentalmente exponer el motivo de su silencio ante los abusos en gran parte de los casos. Se pretende hallar la motivación que guía la formulación de la denuncia de ASI varios años después del mismo, cuando las víctimas llegan a la adultez y pueden por fin hablar acerca de lo sucedido para poder comprender a este adulto vulnerado en su niñez.

Tal es la situación a partir de la cual surge la nueva normativa que se ha dado en llamar “Ley de respeto a los tiempos de las víctimas”.

Debe tenerse especialmente en cuenta que *el abuso sexual infantil constituye uno de los traumas psíquicos más intensos y sus consecuencias son sumamente destructivas para la estructuración de la personalidad, produce lesiones de tal magnitud en el tejido emocional que hacen muy difícil predecir cómo reaccionará el psiquismo y cuál será la dimensión de las secuelas nocivas.*³¹

En líneas generales éstas secuelas producen un trastorno en la personalidad del sujeto, a través de distintas patologías; aislamiento, padecimiento de temores o fobias,

³¹ Intebi, Irene,(2008), "Abuso sexual en las mejores familias", Ed. Granica, Buenos Aires, pág.173.-

ideas de suicidio, depresiones profundas y crónicas, fuga de hogar, bipolaridad en la personalidad, desvalorización personal generalizada, conductas agresivas, trastornos del sueño y la alimentación, etc.

Pasado el tiempo éstas no desaparecen sino que repercuten en la vida adulta de la víctima; esta conserva en su memoria las humillaciones sufridas, soportando las consecuencias que pueden materializarse en diversas dificultades para desarrollar su vida normal. El daño instalado es irreparable. Por eso nos encontramos ante la necesidad imperiosa de que cada adulto o adulta vulnerado/a en su niñez pueda gozar de los mismos derechos que le asiste a cualquier víctima de delito, *“el derecho al acceso efectivo a la Justicia”*.

2.1. Abuso Sexual Infantil. Concepto

En relación con la Violencia Sexual se han esbozado diversos conceptos:

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia sexual como “todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo³².

Se entiende desde aquí a la violencia sexual como una grave violación de derechos que toma diferentes modalidades tales como el acoso, la violación, la explotación sexual y el abuso sexual entre otras.

Por su parte, el “Protocolo para la detección e intervención en situaciones de maltrato infantil desde el sistema de salud” que refiere al ASI como: «Cualquier clase

³²En:<https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/08/Gu%C3%ADa-ante-situaciones-de-violencia-sexual-hacia-NNyA-MSalud-PBA.pdf>

de contacto sexual de un adulto con un niño o niña, donde el primero posee una posición de poder o autoridad sobre el niño o niña». Dicha definición parte de entender que el/la niño/a por su condición de tal no puede consentir, siendo utilizado/a para la realización de actos sexuales o como objeto de estimulación sexual y comprende, según la relación entre la víctima y el/la abusador/a, determinadas conductas como incesto, violación, abuso sexual sin contacto físico, abuso sexual con contacto, incluyendo una amplia gama de situaciones que van desde enseñar y/o hablar con el/la niño/a acerca de material pornográfico hasta la agresión sexual.

Asimismo Inés Intebi define el abuso sexual infantil de este modo: *“Se considera abuso sexual infantil (ASI) involucrar al niño en actividades sexuales que no llega a comprender totalmente, a las cuales no está en condiciones de dar consentimiento informado, o para las cuales está evolutivamente inmaduro. El ASI se manifiesta en 11 actividades entre un niño y un adulto, entre un niño y otro, que por su edad o por su desarrollo, se encuentra en posición de responsabilidad, confianza o poder. Estas actividades -cuyo fin es gratificar o satisfacer las necesidades de la otra persona- abarcan, pero no se limitan, a: la inducción a que un niño se involucre en cualquier tipo de actividad sexual ilegal, la explotación de niños a través de la prostitución o de otra formas de prácticas sexuales ilegales y la explotación de niños en la producción de materiales y exhibiciones pornográficas”*³³.

En los últimos años han proliferado tanto las denuncias como la trascendencia mediática de los casos que se investigan en la justicia, resultando una mayor visibilidad de la problemática y de su dimensión. Esto se ha reflejado en las estadísticas disponibles, donde se observa una tendencia al aumento de la violencia sexual hacia NNyA.

El Programa de Prevención y Atención de la Violencia Familiar y de Género del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, ha presentado en su Informe *“Registro de asistencia a personas en situación de violencias en instituciones del*

33 Intebi, Irene, (Noviembre de 2009), “Intervención en casos de Maltrato Infantil”, Ed. Dirección General de Políticas Sociales, www.serviciosocialescantabria.org, pág.20, <https://www.serviciosocialescantabria.org/uploads/documentos%20e%20informes/Intervencion%20en%20casos%20de%20maltrato%20infantil.%20Noviembre%202009.pdf> También en Intebi, Irene, Osnajanzki, Norma (2003); “Maltrato de niños, niñas y adolescentes, detección e intervención”. Buenos Aires. Familia del Nuevo Siglo.

*subsector público de la salud. Un análisis cuanti-cualitativo quinquenal, sobre mujeres, niñas y niños”*³⁴, datos comparativos del período 2010- 2014, que muestran claramente dicha tendencia. El informe cita que en el segmento conformado por niñas de 0 a 14 años, la violencia sexual por sí sola representa el 49.5% del total de las violencias en el quinquenio, aumentando su proporción cuando se tienen en cuenta los segmentos en los que aparece asociada a otras violencias, elevándose su incidencia al 55.7%. En el segmento conformado por adolescentes de 15 a 19 años, la violencia sexual por sí sola está presente en el 11.0% de las situaciones; coligada a otras, en el 7.6%. Las adolescentes que habían sufrido violencia sexual sumaron un 18.6%³⁵.

Este tipo de violencia está en este grupo, claramente disminuida respecto del grupo de las niñas de 0 a 14 años. En el grupo de los niños de 0 a 14 años, las situaciones de violencia sexual por sí sola padecida por el segmento, afectó a un 25.8% de ellos. La violencia sexual unida a otras violencias elevó la afección, en el quinquenio, al 27.3%.¹² Acerca del comportamiento global de la violencia sexual, el grupo de niñas es el más afectado que, según los datos obrantes, se produce por agresión de las familias nucleares y/o extendidas o ampliadas.³⁶

Estimo necesario efectuar una aclaración en relación con el concepto de Abuso Sexual Infantil ya que no existe una definición unívoca, sino por el contrario, hay una diversidad de ellas.

Más allá de todas las definiciones que pueden esbozarse acerca de esta realidad, más o menos abarcadoras de sus características, es importante definir qué conductas constituyen abuso sexual infantil, entre las que podemos mencionar³⁷:

³⁴ Informe “Registro de asistencia a personas en situación de violencias en instituciones del subsector público de la salud. Un análisis cuanti-cualitativo quinquenal, sobre mujeres, niñas y niños”- Programa Provincial de Prevención y Atención de la Violencia Familiar y de Género – Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/violencia/files/2012/11/REGISTRO_QUINQUENAL.pdf

³⁵ Ibidem 34

³⁶ Guía de abordaje integral ante situaciones de Violencia Sexual hacia Niños, Niñas y Adolescentes, Programa Provincial para la prevención y atención de la violencia Familiar y de Género, Área Políticas de Género, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. (pág. 10/12)

³⁷ Baita Sandra, Moreno Paula, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia” Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, CEJU, Ed. Mastergraf, Uruguay, primera edición: octubre de 2015, pág. 24

– La utilización del niño y/o su cuerpo desnudo para la obtención de material pornográfico aunque no haya contacto directo del adulto con su víctima.

– Tocar al niño en sus genitales, zona anal y/o pechos, por encima de la ropa o por debajo de ella.

– Hacer que el niño toque al adulto en sus genitales, zona anal y/o pechos (en el caso de mujeres ofensoras), por encima de la ropa o por debajo de ella.

– Contacto oral-genital del adulto al niño.

– Contacto oral-genital del niño al adulto.

– Contacto genital del adulto sin penetración (frotamientos contra el cuerpo del niño o alguna parte de este, con el objetivo de lograr excitación sexual y eventualmente un orgasmo).

– Penetración vaginal y/o anal con dedo/s y/u objetos.

– Coito.

Debe tenerse presente que las conductas detalladas pueden darse todas o no.

Una de las características en los actos de ASI es la *progresividad* en las conductas llevadas a cabo por el agresor, que irán de menor a mayor gravedad a medida que va transcurriendo el tiempo y va ganando la confianza o cuanto menos el silencio del infante.

Las conductas mencionadas ut supra³⁸ pueden ser entendidas como formas *manifiestas y abiertas* de abuso sexual infantil, pero *hay también formas encubiertas*, que son todas aquellas que no implican necesariamente contacto físico entre quien va a abusar y quien es abusado, pero que permiten al ofensor:

a. chequear la permeabilidad o resistencia de la futura víctima;

b. generar un ambiente de confusión respecto de lo que es o no normal;

38 Baitá Sandra y Moreno Paula, Ibidem 37, pag. 30.

c. empezar a preparar las condiciones para conseguir el fin último, que es el contacto sexual.

En efecto, algunas conductas y actitudes que pueden considerarse abuso sexual encubierto son:

– Mantener conversaciones con la víctima sobre su sexualidad y/o la sexualidad del adulto, pidiendo y/o aportando detalles explícitos, y/o haciendo preguntas directas e íntimas. Esta estrategia persigue la finalidad de desdramatizar todo lo relacionado con la sexualidad humana.

Los ofensores que actúan de esta forma suelen hacerlo a solas con su víctima, e incentivarla a no relatar a la madre (u otros referentes adultos) tales conversaciones con diversos argumentos (Vos sabés cómo es tu mamá: es un poco anticuada, no le gusta pensar que su hija piense en sexo. / Hablar de esto así, con esta libertad, es completamente normal, pero la sociedad puritana y moralista no lo ve con buenos ojos, por eso es mejor que lo mantengamos entre nosotros. / Yo te puedo explicar mejor que nadie y además cuidarte; para eso soy tu papá, ¿no? ¿O vos te pensás que los chiquilines de hoy te quieren cuidar? Nooo, esos solo quieren una cosa...). También se busca desdibujar los límites corporales y relacionales.

– Hacer chistes y/o comentarios subidos de tono sobre el cuerpo de la víctima. Cuando esto se hace en el contexto de vida cotidiana, el ofensor busca también evaluar cuánto el resto de la familia reprueba este comportamiento o cuánto se acostumbra a él, y en este último caso le sirve para aislar a la víctima de posibles fuentes de apoyo. Si los otros (madre, hermanos, otros miembros de la familia presentes) no intervienen, el ofensor se sentirá libre de seguir avanzando y la víctima será más proclive a creer que está completamente sola.

– Exposición a material pornográfico audiovisual. Esta es la forma más directa y concreta de adiestramiento y preparación para el contacto físico y persigue los mismos fines que las dos conductas anteriores. Muchas veces las víctimas no van a contar estos detalles, a veces por vergüenza, a veces porque el desarrollo de tales conductas fue tan confuso que les cuesta integrarlo a todo lo que les ha sucedido; otras veces, las víctimas

comienzan por contar las situaciones que les resultaron más dolorosas físicamente, o que las asustaron más.³⁹

2.2. El Abuso como fenómeno frecuente:

Al respecto, es conveniente citar a Tardieu, Bernard y Lacassagne⁴⁰, forenses franceses que documentaron miles de casos de abusos sexuales a mediados del siglo XIX quienes determinaron que el abuso de niños es frecuente. Contra todo pronóstico, pese a que muchas de las encuestas arrojan algún tipo de porcentaje en relación con la cantidad de niños/as abusados/as, éstas no reflejan la realidad, pues en la gran mayoría de los casos no se efectúa denuncia, y los niños no se animan a hablar con nadie de lo sucedido, por múltiples factores, según analizaremos más adelante.

Entonces, estamos en condiciones de afirmar, tal como lo estimaron los autores ut supra citados que el abuso de niños “es frecuente”, mucho más de lo que imaginamos.

También mencionaron los autores que “muchas veces el abuso se produce sin signos físicos”⁴¹. No necesariamente el abuso dejará cicatrices o signos físicos para que algún adulto pueda advertirlo. En gran parte de los casos los abusos se producen en el más abrumador de los silencios, de manera que ninguna persona puede hacerse eco de su existencia. Y es esta la común situación que ha de llevar a que el paso del tiempo entierre aún más el recuerdo de ese infante, que un día decide “despertar” y hablar de lo sucedido.

En este contexto en que aludimos al sometimiento de la víctima, es dable poner de resalto que un gran porcentaje de los casos de abuso arroja como víctimas a mujeres, sin dejar de reconocer que afecta a hombres y mujeres, y que tales casos pueden ser exactamente igual de aberrantes.

³⁹ Baita Sandra, Moreno Paula, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia” Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, CEJU, Ed. Mastergraf, Uruguay, primera edición: octubre de 2015 pág.29/32.

⁴⁰ Baita Sandra, Moreno Paula, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia” Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, CEJU, Ed. Mastergraf, Uruguay, primera edición: octubre de 2015, pág. 16

⁴¹ Baitá Sandra y Moreno Paula, Ibidem 40, pág. 16.

En este nuevo esquema, se hace imprescindible entonces propender a la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA), como sujetos de derecho, como víctimas, ya que así viene impuesto como un mandato de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la República Argentina e incorporada a nuestra Carta Magna a partir de la reforma constitucional de 1994.

Es necesario garantizar la protección de los derechos de las mujeres, pregonada en los instrumentos internacionales. (Por ejemplo Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Belén Do Pará), Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por citar algunos.

En el caso de un Abuso sexual sufrido por un niño (entiéndase NNyA), es irrelevante la edad del mismo al formular la denuncia (y me inclino por la postura que así lo interpreta), pues lo que debe tenerse especialmente en cuenta es su vivencia infantil, y como tal es que debe brindarse al adulto que revela un ASI sufrido en su infancia exacta e igual protección que se le brinda a un niño que se nos presenta HOY a denunciar.

Si la Ley N° 27.206 no ha realizado distinción ni ha fijado fecha de comienzo de su protección, atento los derechos y garantías de los niños en juego, por qué motivo habría el Estado de quitar y/o negar su protección al NNyA que no sólo sufrió abuso, sino que por diferentes motivos se vio silenciado, privado de poder exponer lo vivido en su momento. Si así fuera, se caería en el injusto de abandonar a su suerte al niño que no denunció al tiempo de ocurrencia del hecho, sin brindarle ningún tipo de protección efectiva, en desmedro de toda la normativa que atañe a la niñez y en un marco de desigualdad con un niño o niña que denuncia hoy.

Estamos en condiciones de afirmar que nos encontramos en presencia de un *nuevo paradigma*, es decir que ha operado un *cambio en la política criminal* que demanda respuestas concretas por parte de los operadores/as judiciales.

Se hace imprescindible resolver la temática planteada cambiando la perspectiva de análisis, la cual debe hacerse desde la niñez y género, a fin de proteger y hacer prevalecer los derechos de los más vulnerables, de aquellos que por múltiples factores no pudieron ser escuchados, o que fueron-silenciados.

En este punto, como un pequeño camino que se va abriendo, es necesario poner de manifiesto que en Febrero de 2.020 la Suprema Corte de Mendoza dictó la Acordada N° 29.488 titulada *“Una justicia amigable a los niños, niñas y adolescentes de la Provincia de Mendoza”*.

En dicha acordada, tras citar la Convención de los Derechos del Niño que en su artículo 12 establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, a ser informados y a participar de su propio proceso y vertir las conclusiones de un trabajo de investigación presentado por la Dra. Verónica Gutiérrez resolvieron Aprobar el Proyecto de Justicia amigable a los niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Mendoza que en su anexo I prevé una primera fase de implementación de un espacio físico adaptado para que se lleven a cabo audiencias en las que participen Niños, niñas y adolescentes, en tanto en una segunda etapa se propone la conformación de un equipo interdisciplinario con representantes de diversas áreas dentro del poder judicial para colaborar en la elaboración de los protocolos, a efectos de lograr una verdadera reforma hacia una justicia amigable a los niños, niñas y adolescentes.

Sin dudas el dictado de la acordada citada es un paso importante en pos de acercarnos a una visión de niñez en los procesos judiciales. Pero sin dudas la “Justicia Amigable” se hará efectiva cuando comiencen a dictarse resoluciones que atiendan a las necesidades que demandan los tiempos actuales de los niños, niñas y adolescentes, cuando se dicten resoluciones que de verdad velen por su interés superior, y que por sobre todas las cosas impliquen un acceso real y efectivo de NNyA y ello es lo que ha motivado el presente trabajo.

2.3.¿Por qué callan los niños? El dilema de la revelación:

Enunciando los motivos que llevan a los niños a callar un abuso, en primer término, podemos destacar las diferentes situaciones en que los indicadores de ASI generan una señal de alerta en el adulto responsable, lo cual llevará a la formulación de la denuncia como consecuencia de haber advertido la presencia de aquellos.

En segundo lugar, encontramos algunos casos en los que pese a que los NNyA presentan indicadores de ASI ello no es advertido por sus adultos cercanos, o se presenta la posibilidad de que alguno de éstos sea el perpetrador del abuso, por lo que será más dificultoso que el NNyA pueda contar los abusos. Pero en ocasiones son sus cuerpecitos los que hablan ya que las lesiones que deja el abusador en su cuerpo emiten la señal de alarma en algún adulto responsable cercano. Y se llegará a la formulación de la denuncia.

En tercer lugar, y de mayor complejidad se presentan situaciones en que si bien el NNyA presenta indicadores de ASI ello no es advertido por sus adultos cercanos, o se presenta la posibilidad de que alguno de éstos mismos sea el perpetrador del abuso y además no presentan ningún tipo de señal en sus cuerpos. En estos casos complejos la revelación estará única y exclusivamente a cargo de esa persona que vivencia el abuso, y por ende dependerá de un millar de condiciones psicológicas, de personalidad, familiares, etc. que ese NNyA pueda revelar los hechos padecidos. Por ello, en una multiplicidad de casos estos NNyA llegan a la adultez sin haber podido procesar psíquicamente tales vivencias, y por ende sin haber podido exteriorizarlas.

Puede que ese adulto de hoy en algún momento “despierte” ese monstruo en apariencia dormido y decida hablar. En esos casos necesita ser oído, pero por sobre todas las cosas necesita una respuesta efectiva y real por parte de la Justicia.

Sin embargo, como enunciamos en el comienzo del capítulo, *son múltiples los motivos* que llevan a que un niño decida silenciar los abusos que padece. Es bueno resaltar que la mayor facilidad del niño para contar lo que le sucede será indispensable a

fin de que los organismos competentes (ETI – ex OAL; Ministerio Público-Poder Judicial) puedan intervenir con la mayor premura, como también para abordar psicológicamente al NNyA.

Por el contrario, cuando el NNyA no logra develar el abuso, niega que el mismo haya ocurrido o se retracta de un develamiento previo, iniciar una investigación o bien proseguirla será una ardua tarea, que en la mayoría de los casos no arribará a resultados fructíferos.

Se ha dicho que *“El fracaso para hacer un develamiento claro en el momento de la investigación formal suele resultar en la conclusión de que la sospecha de abuso es “infundada” o “no puede ser corroborada”, lo que resulta entonces en la finalización de la investigación. El niño posteriormente permanece en riesgo de seguir siendo abusado, un riesgo que puede verse aumentado por las consecuencias negativas que el intento de develamiento le traerá, y eso disminuye, en consecuencia, la posibilidad de futuros intentos de develamiento. (Paine y Hansen, 2002: 272)”*.⁴²

Los autores mencionados consideran que no alcanza con enseñarles a los niños qué es abuso y decirles que deben contar si algo de este estilo les sucede, sino que además es necesario incrementar y mejorar las respuestas que los adultos dan a los niños ante un develamiento.

Como adultos no podemos descreer del relato de un NNyA, de lo contrario probablemente estaríamos propiciando que éste no hable nunca más, y que continúe siendo víctima, una víctima silenciada. Las investigaciones concuerdan en señalar que el develamiento del ASI no suele darse de inmediato.

Sobre una muestra de 399 niños y niñas víctimas de entre ocho y quince años, Elliott y Briere (1994) hallaron que el 75% no habían develado el as que sufrían dentro del primer año desde que el abuso había comenzado, y *el 17,8% había esperado más de cinco años para contárselo a alguien*. Estos y otros hallazgos similares son coherentes con los hallazgos de estudios realizados con adultos sobrevivientes de AS en su infancia.

⁴² Baita Sandra, Moreno Paula, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones para su tratamiento en la justicia” ob.cit. pág. 128.

De la revisión de diversos estudios realizada por Paine y Hansen, de la University of Nebraska at Lincoln (Estados Unidos, 2002) surge que, en uno de tales estudios, *el 42% de los varones adultos y el 33% de las mujeres adultas con una historia de ASI nunca lo habían develado a nadie.*⁴³

Pero más importante aún es tener en cuenta *que “Las investigaciones sugieren que tan solo una de cada cuatro víctimas de as devela el abuso de manera inmediata, mientras que en la mayoría de los casos el retraso en el develamiento puede durar entre meses y años. (Gomes-Schwartz et al., 1990)*⁴⁴.

Existe un sinfín de motivos que llevan a la niñez a no contar los abusos padecidos, situaciones, familiares, económicas, sociales y de otra índole por las que un NNyA decide silenciar el o los abusos padecidos y no contarlos a nadie, en muchos casos manteniendo el secreto hasta su adultez.

Puede afirmarse que en los casos de abuso intrafamiliar es cuando los NNyA en su mayoría deciden no hablar, en comparación con otros casos de abuso.

Al respecto, Víctor Reinaldi ha sostenido que “En los abusos sexuales intrafamiliares, el silencio guardado por la víctima o su reticencia a hablar sobre los hechos que padece será la manifestación evidente de su sometimiento ante el cual no se rebelará por temor a sufrir males mayores y porque, aunque es inocente, se siente culpable por la situación dada y aunque es muy débil y desprotegido, se considera obligado a proteger al progenitor no abusivo”⁴⁵.

El prestigioso autor expresa, que en esta modalidad de abuso se presenta una “relación de hecho en la que una persona controla y regula la vida de otra. Importa un

⁴³ Baita Sandra, Moreno Paula “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones para su tratamiento en la justicia” ob.cit. pág. 128/130.

⁴⁴ Baita Sandra, Moreno Paula, Ibidem 43, pág. 130.

⁴⁵ Reinaldi, Víctor F. (1999), “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino: Ley 25.087”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, pág. 58.

abuso someterla a sus intereses y, si éstos son sexuales, tenerla a merced de sus deseos, lo que comúnmente ocurre en las relaciones de familia.”⁴⁶

Comúnmente, desde la perspectiva de las víctimas, en lo que a su actitud se refiere, éstas presentan una notable reticencia para hablar de los hechos. Algunas de las causales que -estimamos- el operador judicial debería tener presente, ya que de ese modo podrá encontrar la respuesta a algunas de las incógnitas que encierra la conducta infantil frente al hecho cometido son las siguientes, que, valga aclarar, no es raro que concurren:

- 1) Temor a perder el afecto, protección, manutención o buena voluntad del abusador, o de aquél que lo llevó a él. En muchos casos ese malsano nexo será el único vínculo que tenga el menor. Su situación deberemos apreciarla desde su mirada y desde su etapa de maduración. El entorno de la criatura en ocasiones nos dará algunas respuestas que la víctima difícilmente pueda darnos.
- 2) Miedo o enraizado pensamiento respecto de no ser creído, con posibilidad hipotética de ser reprendido o sancionado por la delación
- 3) Temor a que el entorno de mayores adultos lo considere a ellos culpables de lo sucedido, situación muchas veces incentivada por el autor.
- 4) Permeabilidad del infante a las amenazas directamente dirigidas o direccionadas a personas de su afecto.

Existe consenso en que la presencia de amenazas disminuye la posibilidad de que el niño deleve el abuso. Algunas investigaciones mostraron que cuando el ofensor utiliza amenazas de daño físico, hacia el niño o hacia otros miembros de su grupo familiar, el develamiento puede tardar hasta dos veces más en hacerse. La coerción condiciona negativamente el develamiento por parte del niño o niña víctima de abuso.

- 5) En aquellos casos en que el abuso es intrafamiliar o facilitado por algún miembro del núcleo parental, y por ende, conocido por sujetos mayores, la víctima sufre un difícil proceso de pensamiento, de intercambio entre ideas opuestas ya que navega entre la aceptación de la situación y la esperanza de que por conocer el padecimiento, en algún

⁴⁶ Reinaldi, Víctor, *Ibidem* 45, pág 58.

momento, la persona mayor actúe y lo haga cesar. Hemos observado en varias ocasiones que inclusive este tipo de procesos terminan anclando al infante en el sentir de vivenciar lo que le pasa como algo *normal*.⁴⁷

Sin dudas otra de las aristas a contemplar en este tema, ya que influye de manera decisiva en el silencio que guarden los niños evidenciando la asimetría de poder, es la serie de características psicológicas que presenta el ofensor: narcisistas, sádicos, sujetos portadores de algún rasgo psicopático, egoístas, primitivos, autoritarios al extremo, son cultores directos de su afición al poder sobre el otro, usufructuando y medrando sobre las falencias y minusvalías del otro más allá de su sexo o edad. Lo central en ellos está en el ejercicio del poder, mucho más allá de cualquier apetencia de orden sexual.⁴⁸

Así, resultará un factor decisivo en la mayoría de los casos el grado de manipulación ejercido por el agresor sobre su víctima.

Los autores citados, Paine y Hansen (2002) examinaron el develamiento con relación al contexto del abuso y al contexto del develamiento, así como los factores que inhiben el proceso de develamiento, con el objetivo de echar luz sobre diversos obstáculos que los agentes de intervención debemos considerar para optimizar nuestro trabajo. Analizaron:

a. **Las características del abuso y de la víctima.** Se ha revelado que los niños víctimas de as en los extremos del espectro de severidad son los que menos develan el abuso sufrido. También surge que el develamiento intencional es menos probable en niños con retraso madurativo de cualquier edad, y los niños con discapacidad encuentran en general mayores dificultades para el develamiento debido a su mayor aislamiento físico y social, a sus más limitadas habilidades comunicacionales y a su mayor dependencia y vulnerabilidad. Además, en general los relatos de los niños con limitaciones cognitivas son considerados menos creíbles.

⁴⁷ Gutiérrez, Pedro, (2015) “Delitos sexuales sobre menores”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, pág. 73/74.

⁴⁸ Gutiérrez, Pedro, (2015), “Delitos sexuales sobre menores”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, pág. 89.

b.La relación entre víctima y perpetrador. Todos los estudios relevados por los autores coinciden en señalar que, independientemente del sexo del niño abusado y del ofensor, cuanto más cercana es la relación entre víctima y victimario, más dudará el niño en develar el abuso sufrido. Las razones para ello son la cercanía afectiva y la dependencia general del niño respecto del ofensor.

En ello inciden una gran cantidad de factores: el sentimiento de culpa por la ruptura del vínculo familiar, la circunstancia de que el abusador sea sostén de la familia, entre otras son los casos más frecuentes.

c.Las **estrategias utilizadas por el ofensor para obtener la participación y mantener el secreto por parte de la víctima.** Existe consenso en que la presencia de amenazas disminuye la posibilidad de que el niño revele el as, en particular cuando el ofensor utiliza amenazas de daño físico, ya sea hacia el niño como hacia otros miembros de su grupo familiar, el develamiento puede tardar hasta dos veces más en hacerse.⁴⁹

Por su parte, los autores Elliott y Briere (1994) han identificado factores que inhiben el develamiento del abuso, y los han agrupado en *factores relacionados con el niño, con la familia y con el perpetrador.*

Entre los factores **inhibidores relacionados con el niño**, la asunción de responsabilidad por el abuso, el sentimiento de culpa, la vergüenza y el estigma del as, así como el temor a ser culpados por el abuso o a ser juzgados negativamente si lo cuentan, son algunos de los principales factores inhibidores del develamiento relacionados con el niño o niña. El temor al cumplimiento de las amenazas del ofensor y el temor a no ser creídos al contarlo también son factores de inhibición del develamiento.

Los factores inhibidores *relacionados con la familia y otros seres queridos* incluyen la preocupación por las consecuencias negativas que el develamiento podría traerles, consecuencias siempre planteadas por el perpetrador en el curso de sus acciones coercitivas. El mensaje que el abusador le da al niño de manera más o menos

⁴⁹ Baita Sandra y Moreno Paula, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones para su tratamiento en la justicia” ob.cit. pág. 128/130

explícita es que él —el niño— tiene en sus manos el poder de separar a la familia o de mantenerla unida, y que el ejercicio de ese poder depende de si mantiene el as en secreto o si lo cuenta. El niño asume rápidamente que eso es así, y esta creencia se suma como factor inhibitor del develamiento.

Finalmente, en cuanto a los factores *inhibidores relacionados con el perpetrador*. Es frecuente que los niños y niñas víctimas posean sentimientos confusos y ambivalentes hacia su abusador, y busquen protegerlo de las eventuales consecuencias negativas que traiga aparejado el develamiento.

Por su parte, algunos niños y niñas demostraron que el temor por el bienestar físico y emocional del ofensor sexual —incluido el temor a que el perpetrador se suicidara— fue el principal motivo que retrasó el develamiento o en algunos casos el temor a que el perpetrador fuera a la cárcel. El hecho de que el abusador sexual sea una persona significativa para el niño tiene un peso fundamental en la consolidación de estas preocupaciones⁵⁰

Es necesario hacer mención de un estudio realizado por los autores Noemí Pereda Beltrán y Víctor Gómez Martín⁵¹ quienes tomaron una muestra de conveniencia, formada por 15 adultos, víctimas de abuso sexual antes de los 18 años de edad, usuarios de la Fundación Red de Ayuda a Niños Abusados (RANA), con sede en Palma de Mallorca.⁵² La Fundación RANA, fundada en 2011, es una asociación sin ánimo de lucro que tiene como función social prevenir el maltrato y el abuso sexual infantil a través de actividades de sensibilización, educación y trabajo en red. RANA lleva a cabo talleres, charlas informativas, cuentacuentos, campañas de sensibilización, atención a usuarios y atención terapéutica para personas adultas víctimas de abuso en su infancia. Los participantes en el estudio presentan un rango de edad que oscila entre los 20 y los

⁵⁰ Baitá Sandra, Moreno Paula, “*Abuso Sexual Infantil, Cuestiones Relevantes para su tratamiento en la Justicia*”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, Ceju; Ed. Mastergraf, Uruguay, primera edición: octubre de 2015, pág. 132/133.-

⁵¹ Pereda Beltrán, Noemí y Gómez Martín, Víctor, “La prescripción de delitos sexuales con niños víctimas: un análisis multidisciplinar”, Año 2018, pág. 27 (texto completo se encuentra disponible en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca.->)

⁵² Instamos al lector a visitar la página web de la Fundación RANA para más información sobre la misma: <http://www.fundacionrana.org/ca/>

55 años (M = 34,6; D.T. = 10,7). La mayoría de las víctimas son mujeres (80 %, casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 14 y 15) y tres casos son hombres (casos 9, 10 y 13).

*El 100 % de la muestra indica que el delito de abuso sexual no debería prescribir, y manifiestan no estar de acuerdo con el tiempo establecido en el articulado legal vigente con relación a la prescripción de este delito.*⁵³ Los datos se ilustran con afirmaciones de los casos: “Las consecuencias del abuso no prescriben. Y, además, las penas son muy ‘blandas’, 2, 3 años en cárcel o 3.000 euros. Ya me lo he gastado en terapia eso... No denunciaría por el dinero, pero si eso es lo que vale abusar de tu hermanastra...” (caso 1).⁵⁴

“Porque el daño que se le hace a la persona lo lleva consigo toda la vida, entonces ¿por qué va a prescribir?... y más cuando eres menor, si no tienes un adulto que te acompañe no lo puedes hacer por ti solo, si cuesta decirlo a alguien, ¿cómo vas a ir ante un juez?” (caso 7).⁵⁵

“Porque a lo mejor yo ahora no quiero, pero más adelante sí, ahora no tengo fuerzas ni psicológicas... pero a lo mejor si pasan un par de años, puede que me sienta mejor conmigo misma y quiera denunciar” (caso 14)⁵⁶

2.4. Mitos relacionados con el Abuso Sexual Infantil

A continuación se analizarán las frecuentes creencias relacionadas con los comportamientos “esperables” en los niños, y en los adultos ante situaciones de abuso.

Se estima *imprescindible hacer mención de ello en el presente trabajo, ya que gran parte de los mitos inciden en lo relativo al mantenimiento del secreto, es decir, a la no develación del abuso o a su develación tardía.*

⁵³ Pereda Beltrán, Noemí y Gómez Martín, Víctor, (2018), “La prescripción de delitos sexuales con niños víctimas: un análisis multidisciplinar”, pág. 39/40 (texto completo se encuentra disponible en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca.->)

⁵⁴ Pereda Beltrán, Noemí y Gómez Martín, Víctor, Ibidem 53, pág. 39/40.-

⁵⁵ Pereda Beltrán, Noemí y Gómez Martín, Víctor, Ibidem 53, pág. 39/40.-

⁵⁶ Pereda Beltrán, Noemí y Gómez Martín, Víctor, Ibidem 53, pág. 39/40.-

Es necesario detallar en qué consisten los mentados “mitos” para poder iniciar la tarea de derribarlos y así asegurar a los NNyA una infancia libre de silencios y secretos, seguros de hablar sin tabúes para promover una niñez transparente, sin secretos, que habla y se expresa sobre sus vivencias, en suma, que no tengan que llegar a ser “adultos denunciadores de abusos sufridos en su infancia”.

Según el Diccionario de la Real Academia Española una de las acepciones de la palabra “mito”⁵⁷ es: “*Persona o cosa a las que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen, o bien una realidad de la que carecen*”. Trasladado al plano de la presente investigación, el abuso sexual infantil es un fenómeno al que se le atribuyen en forma frecuente cualidades que no tiene. Por ende, las aferradas creencias en estos mitos en los contextos de intervención suele generar interferencias importantes que pueden tener severas consecuencias respecto a la protección infantil.

A fin de ejemplificar, algunos de los mitos más recurrentes son los siguientes:

a) “***El abuso sexual infantil no es una forma de maltrato tan grave como el maltrato físico***”: En el presente estado de cosas aparece obvia la falsedad de tal afirmación, máxime cuando actualmente las neurociencias han demostrado que “todas las formas de violencia y malos tratos en la infancia —el abuso sexual incluido— tienen consecuencias severas en el desarrollo infantil”⁵⁸

b) “***El abuso sexual, al igual que la violencia hacia la infancia en todas sus formas, es un problema de las clases bajas***”⁵⁹

Lamentablemente, el tema del abuso es un problema que aqueja a toda la sociedad, no reconoce de clases sociales, posición económica, religión ni ningún otro estamento.

No resulta extraño que en “las mejores familias” suelen esconderse las “cosas sucias” bajo la alfombra y ocultarse este tipo de hechos.

⁵⁷ <https://dle.rae.es/mito>

⁵⁸ Baitá Sandra, Moreno Paula, “*Abuso Sexual Infantil, Cuestiones Relevantes para su tratamiento en la Justicia*”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, Ceju ; Ed. Mastergraf, Uruguay, primera edición: octubre de 2015, pág.46/47.

⁵⁹ Baitá Sandra, *Ibidem* 57, pág. 47/48.

c) *“El abuso sexual es un hecho raro, poco frecuente, que les ocurre a pocos niños”*⁶⁰

Ello no es así, por el contrario, estamos ante una realidad que se presenta de modo mucho más frecuente de lo que podemos imaginar.

En efecto, en la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual en la cual me desempeño, tramitan una gran cantidad de expedientes, en su mayoría con autor individualizado, y adelantándonos al mito siguiente, podemos afirmar que en una gran proporción de los casos el autor es una persona del círculo familiar íntimo de la víctima, en general, padres, abuelos, hermanos, tíos y padrastros.

d) *“El abuso sexual es cometido por personas extrañas a la víctima”*⁶¹

Tal como lo adelantásemos en el acápite anterior, no existe nada más alejado de la realidad que este mito. Por el contrario, en la mayoría de los casos el victimario es muy cercano a la víctima, de su entorno familiar.

Este “mito” es uno de los motivos que llevan a que generalmente el abuso sea silenciado, al menos durante una gran parte de la vida de la víctima.

El niño/a víctima de abuso suele guardar silencio y en ese silencio tiene incidencia la probabilidad de ruptura de los vínculos familiares que se produciría tras la revelación, el sentimiento de culpa de la víctima debido a ello, como también en gran parte, el descreimiento por parte de otros miembros de la familia que conllevará conflictos familiares.

La importancia de reconocer que el ASI sucede en un gran número de casos dentro del ámbito familiar es un llamado de atención sobre la necesidad de proteger a las víctimas de la posibilidad de ser dañados donde deberían ser resguardados de todo tipo de peligro.

⁶⁰ Baitá Sandra, Ob. cit. Pág.48

⁶¹ Baitá Sandra, Moreno Paula, *“Abuso Sexual Infantil, Cuestiones Relevantes para su tratamiento en la Justicia”*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, Ceju; Ed. Mastergraf, Uruguay, primera edición: octubre de 2015, pág.51.

e) *“Si un niño es abusado sexualmente, seguro lo contará de inmediato”*⁶²

Sin dudas éste es uno de los mitos más duros y difíciles de derribar, y que incide de modo directo en lo que hace a nuestro análisis.

Por el contrario, en la mayoría de los casos el abuso suele sostenerse debido a que el victimario ejerce cierta coerción en el niño.

Este proceso es sistemático. En la gran mayoría de los casos los infantes son abusados bajo amenaza de que si cuentan lo sucedido “voy a matar” o “a hacerle daño a tu madre”, o a algún otro miembro de la familia.

Otra amenaza recurrente consiste en decirle a la víctima “es tu hermano/a o sos vos” en clara referencia a que le harán lo mismo a su hermano a quien la víctima intentará proteger, o bien convencerlo de que es culpa suya lo sucedido ya que “ha provocado” al adulto.

Autores como Gutiérrez han denominado a este mito **“el nene no gritó”**.⁶³

Afirma que “Utilizando frases como aquella, o “por qué no se defendió” “por qué no se lo dijo a la madre”, entre otras similares, se parte del preconcepto una vez mas de la duda, anteponiéndose a dicha consulta el estereotipo esperable de un comportamiento adulto, analítico y en gran medida teórico, colocando en cabeza del sufriente esa carga probatoria que ab initio, poseería importante autoridad dentro de la lógica utilizada: la de una persona mayor y con experiencia de vida.

La casuística penal, abstrayéndose incluso del aérea específica de estos delitos, demuestra con poco o nulo espacio para la discusión el hecho de que las víctimas se defienden “como pueden” (y no necesariamente como la lógica o el sentido común lo dictaría en un escenario controlado) y que además siempre lo harán de acuerdo a las puntuales y específicas circunstancias que rodean al episodio.

⁶² Baitá Sandra, Ibidem 60, pág.51/52.-

⁶³ Gutiérrez, Pedro A., (2015) “Delitos sexuales sobre menores”. Ediciones La Rocca, pág. 62.

Mas esa idea preliminar y genérica se termina de desmoronar al apreciar que la visión de la posible reacción ante el ataque, debe ponderarse desde la mirada del infante, sus recursos y sus vivencias. No es posible extrapolar el comportamiento adulto a un niño, ni tampoco por ello esperar que sus respuestas tanto conductuales como verbales sean siquiera semejantes a la de aquel.

El menor ante el abuso reacciona como puede y “cuando puede”. En ocasiones la verificación de casos demuestra la existencia de intrascendentes actos (para el ofensor) y de los niños para protegerse: arrojarse, quedarse quietos fingiendo un sueño profundo que no es tal, da la espalda al abusador, únicamente el llanto, fingir enfermedades, somatizar, etc.

Vale decir que todos estos actos, ineficaces para la visión adulta, son posiblemente los únicos a los que pudo acudir esa víctima en ese entorno. La víctima adoptará temperamentos del acotado mundo que conoce para guarecerse, desde lo físico y también desde lo psicológico con el frecuente proceso de disociación (por supuesto de modo no voluntario).

Los escenarios de abusos intrafamiliares no son justamente los mejores para el infante a fin de ensayar salidas heroicas. Imposible fuga, pues cuando esta ocurre solo se saldrá de un infierno para pasar seguramente a otro peor que le espera en la calle. Salir de lo único conocido, alejarse de los afectos que aun pueda conservar, perder la posibilidad del sustento y también convertirse en cierta medida en el auténtico culpable del problema familiar en caso de retornar, no son datos menores, los que de manera intuitiva maneja la víctima en su decisión forzada a mantener el silencio.

f) “El mito de la ausencia de secuelas, del olvido y la adaptación”

Al respecto, se han esbozado argumentos tales como “Ellos no se dan cuenta”, “Los niños se adaptan a todo”, “El abuso sexual no deja secuelas en los niños”, “Es mejor que no lo hablen así se olvidan” los cuales suelen ilustrar este mito.⁶⁴

⁶⁴ Sandra Baita, Paula Moreno, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones Relevantes para su tratamiento en la Justicia”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, Ceju ;, Ed. Mastergraf, Uruguay, primera edición: octubre de 2015, pág.52.

Es indudable que el abuso sexual deja secuelas psíquicas a corto, mediano y largo plazo (diversos trastornos, intentos de suicidio) y en ocasiones también físicas (desde heridas y laceraciones genitales hasta enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados).

g) “Los niños son poco creíbles, fantasean, mienten”

En este punto se destaca que así como se pueden negar las consecuencias nefastas del abuso sexual, también se encuentran a diario falsas creencias acerca de que los niños son fantasiosos, mienten, no pueden recordar con exactitud lo sucedido y son fácilmente influenciables.

Respecto a ello, cabe destacar que hoy no se dispone de datos científicos que indiquen que los niños difieren de los adultos en su capacidad para distinguir entre sucesos reales e imaginarios y ha quedado demostrado por la psicología experimental que los niños no son más sugestionables que los adultos. Incluso un reciente estudio de Bussey y Grimbeek (2000) señala que desde hace años los niños tienen una comprensión suficiente de la mentira y la verdad, como así también suficiente capacidad para participar efectivamente en el sistema. Que al igual de los adultos los niños pueden o no decir la verdad, pero lo que se debe destacar es que un niño puede mentir para evadir un castigo o para negar su propia inmadurez o indefensión o disimular alguna situación de inferioridad en relación a sus pares, pero más allá de las razones que pueda tener para mentir un niño, es excepcional que sus mentiras incluyan referencias sexuales o que den detalles concretos que remitan a la sexualidad adulta. Por ello, está claro que un escolar carece de la capacidad intelectual y cognitiva para inventar historias que incluyan detalles sexuales adultos con el objetivo de incriminar a terceros. Con respecto a las fantasías si bien es cierto que los niños las tienen, hay que tener en cuenta que es difícil que un niño brinde detalles de percepciones sensoriales que no se correspondan con episodios verdaderamente vividos.-

Así las cosas, el Tribunal Superior de Córdoba ha dicho sobre el tópico que *“Sobre cuáles son los estándares para la valoración de los testimonios de menores y que ellos se presumen válidos y creíbles salvo prueba en contrario (Justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, marzo de 2003, en “Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia”, Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, página 169), esta Sala ya se ha expedido en reiteradas oportunidades sobre que EL RELATO DE UN NIÑO NO PUEDE SER OBJETO DE UN ESTRICTO CONTROL DE LOGICIDAD. Si en ninguna esfera de su vida en relación —familiar, escolar, social, etc.- quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin contradicciones, sin imprecisiones ¿por qué entonces ha de aplicarse distinta vara para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal?”*⁶⁵.-

Un argumento frecuentemente utilizado como estrategia defensiva, esto es, como estrategia para resistir, superar o evadir la pretensión fiscal acusatoria es recurrir al argumento de que el niño miente o se inventa un relato – por voluntad propia o inducido por terceros – para perjudicar al imputado sin apoyo en ninguna consideración científica sobre el particular.-

Para rebatir esta supuesta máxima de la experiencia utilizada defensivamente, decimos que, de acuerdo a los principios de la ciencia psicológica aplicables a la cuestión, la situación es precisamente la inversa: el niño o menor no tiene motivos para mentir sobre ataques sexuales de adultos, cuando habla sobre éstos o cuando los denuncia.-

Así las cosas, y en apoyo de lo expuesto supra, se ha explicado que *“Uno de los indicadores más específicos de abuso sexual es la descripción que aporta la misma víctima acerca de lo que le sucedió. Lamentablemente, pocas veces se le presta*

⁶⁵ Tribunal Superior de Córdoba. Sala Penal. 15-05-2014. Expediente “B”, 94/2011 B.D.G. p/abuso sexual s/Casación

adecuada atención a los dichos de un niño. Las razones esgrimidas son múltiples: porque es muy pequeño y fantasea, porque los niños son muy imaginativos, porque utiliza esa excusa para ponerse en víctima y liberarse de todas las responsabilidades, porque si empezó cuando era chico no puede acordarse, porque alguien le llenó la cabeza. En síntesis, porque no puede ser”⁶⁶.

Sobre la capacidad de los niños de mentir se enseña que *“En general, son limitadas las razones por las que los niños mienten. Por un lado, mentir les sirve – a cualquier edad – para evadir un castigo cuando incurrieron en alguna falta o para evadirse problemas (...)”⁶⁷. Además “Los niños pueden mentir también para negar su propia inmadurez e indefensión o para disimular algunas situaciones de inferioridad con respecto a sus pares (por ejemplo, la situación económica de la familia o una ocupación mal conceptualizada socialmente de alguno de sus padres) (...)”⁶⁸.*-

Como máxima de la experiencia común y principio de la ciencia psicológica se afirma que *“Lo que no hay que perder de vista es que más allá de las razones por las que puede mentir un niño, es excepcional que sus mentiras incluyan referencias sexuales y, menos, que aporten detalles concretos que remitan a la sexualidad adulta”*

En apoyo de la afirmación precedente se dijo *“En estudios llevados a cabo en EE.UU. en los que se investigó cuáles son los temores habituales en las distintas etapas evolutivas, nunca apareció el temor al ataque sexual. (...) Por otro lado, hay que destacar que, por más que a los niños los atemoricen estas situaciones (los temores habituales), no recurren a ellas como materia prima para elaborar falsas historias”⁶⁹.*-

A modo de cierre sobre el tópico, en la obra citada se formula como máxima de la experiencia común y principio de la ciencia psicológica – pautas que integran el

⁶⁶ Intebi, Irene V. 2008, *“Abuso sexual infantil en las mejores familias”*. Capítulo 8. Sin testigos: el relato de las víctimas. Página 223, Ediciones Granica S.A. (Argentina). 2da reimpresión.

⁶⁷ Intebi, Irene V., 2008, *“Abuso sexual infantil en las mejores familias”*. Capítulo 8. Sin testigos: el relato de las víctimas. Página 229. Ediciones Granica S.A. (Argentina). 2da reimpresión.

⁶⁸ Obra y referencia bibliográfica ya citadas.-

⁶⁹ Intebi Irene V., 2008, *“Abuso sexual infantil en las mejores familias”*. Capítulo 8. Sin testigos: el relato de las víctimas. Página 229. Ediciones Granica S.A. (Argentina). 2da reimpresión.

sistema de valoración de la prueba admitido por nuestra praxis judicial – que *“Resulta claro, entonces, que los preescolares carecen de la capacidad intelectual y cognitiva para inventar historias que incluyan detalles sexuales adultos con el objetivo de incriminar a terceros”*⁷⁰.-

h) “El niño muestra sentimientos positivos hacia el ofensor, entonces es imposible que haya habido abuso”

Al respecto deberá tenerse en cuenta que generalmente el adulto que abusa es una persona absolutamente significativa en la vida del niño. Por ejemplo, el padre, del cual no sólo depende en un sentido concreto por cuanto vive con él y es él quien satisface sus principales necesidades básicas, sino que también —y fundamentalmente— depende de él emocionalmente.

En este sentido, se trae a colación un proceso judicial en que los defensores del imputado aducían que el abuso no tenía razón de ser puesto que el niño enviaba mensajes de cariño a su padre vía Whatsapp, cuyas transcripciones fueron agregadas al expediente, autos N°P-77.317/18 F. c/ Maio Graña (1° Circ. J), por lo que es importante dar cuenta que las figuras de apego son aquellas a las cuales el niño se aferra para crecer, y su dependencia de ellas es absoluta. Los adultos abusivos suelen mostrar algunas facetas positivas o cariñosas, actitudes de compañía, o desarrollar con el niño conductas de juego que este valora.

En la causa ut supra citada, el propio niño al declarar manifestó que delante de todos que su padre era un ser cariñoso, afectuoso. Lo llamativo es que de la pericia psíquica efectuada al niño surgieron esos sentimientos “ambivalentes” hacia la figura paterna. Si bien el mismo repudia los actos llevados a cabo por su padre, tiene sentimientos de afecto hacia él simplemente porque es “su padre”. No hace falta decir que somos personas, y los sentimientos no son mecánicos y controlados, sino todo lo contrario. Por esto, se estima que pretender imponer este argumento como valedero carece de toda lógica.

⁷⁰ Intebi Irene V., 2008, *“Abuso sexual infantil en las mejores familias”*. Capítulo 8. Sin testigos: el relato de las víctimas. Página 230. Ediciones Granica S.A. (Argentina). 2da reimpresión.

La paradoja de apearse afectivamente a la persona que daña cuando debería proteger de cualquier daño, es irresoluble y será la matriz de la mayoría de los síntomas postraumáticos complejos en los NNyA víctimas de abuso sexual.

En suma, podemos concluir que cuando se afirma que “El niño muestra sentimientos positivos hacia el ofensor, entonces es imposible que haya habido abuso”, ello no resulta ser más que un burdo mito.

Es sumamente importante tener presente que *“El abuso sexual en la infancia es un fenómeno invisible porque se supone que la infancia es feliz, que la familia es protectora y que el sexo no existe en esa fase de la vida. Sin embargo, el abuso sexual infantil puede llegar a afectar a un 15%-20% de la población (a un 4%-8% en un sentido estricto), lo que supone un problema social importante y que afecta a uno y otro sexo (especialmente a niñas)”*.⁷¹

2.5. Develamiento del Abuso Sexual Infantil

El develamiento del abuso es fundamental, ya que a partir de éste se pondrán en marcha los dispositivos de protección hacia los NNyA que lo sufren. Este no siempre se produce en un acto único ni los relatos que el niño o niña ofrece son hechos en forma cronológica exacta.

Este punto se presenta sumamente relevante, pues en gran cantidad de casos no tener en cuenta los parámetros referidos derivará en la falta de credibilidad del relato, pudiendo acarrear severas consecuencias psicológicas en el infante.

Ahora bien, en torno a la develación se destacan algunas cuestiones que los agentes de intervención deben tener primordialmente en cuenta: ⁷²

⁷¹ López, F. (1997). Abuso sexual: un problema desconocido. En J. Casado, J.A. Díaz y C. Martínez (Eds.) (1997). Niños maltratados. Madrid. Díaz de Santos, pp. 161-168.

⁷² Baita y Moreno, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones para su tratamiento en la Justicia”, Ob. Cit. pág, 136/137

El develamiento del abuso sexual es la fase de mayor crisis familiar.

Sin dudas, en caso de que el abuso sea intrafamiliar, a partir de su ocurrencia los vínculos involucrados se rompen, vínculos padre/padrastro –madre (a través de la separación, divorcio que la situación acarrea) ; padres-hijos; abuelos-nietos; tíos y sobrinos, y así podríamos continuar una interminable lista.

A partir de la revelación del abuso, sin dudas se producirá un quiebre en las relaciones familiares, y en este punto es necesario creer y continuar creyendo en la palabra del niño, ser su sostén, mantener adecuado nivel de alarma en relación con lo denunciado por el infante, a fin de evitar posibles episodios de retractación, que suelen producirse debido a la culpa que causa esta ruptura de relaciones familiares que los niños/niñas atribuyen a su relato.

El develamiento no es un acto único sino que es un proceso.

Esto implica que el niño irá contando en etapas, probablemente como consecuencia del recuerdo fragmentado de la situación traumática, o bien como manera de ir evaluando la confiabilidad del adulto que lo escucha.

Recuerdo un caso en que la menor no pudo aportar un relato al ser entrevistada en Entrevista Preliminar ni tampoco hablar en la Cámara Gesell y sin embargo, al realizar la pericia psíquica como parte de un proceso, recién en esta instancia la víctima pudo contar el abuso padecido (Expte N° P- 21.015/19 F. c/ Irusta...).

En este caso, luego la psicóloga que asistió a la víctima recomendó no realizar audiencia de Cámara Gesell para que la víctima volviese a contar lo sucedido ya que ello implicaría revictimizarla.

El miedo es un elemento poderoso para no develar.

Gran cantidad de niños que han develado tardíamente lo atribuyeron al sentimiento de miedo, y afirmaron que ese ha sido el motivo que los llevó a no contar antes los abusos. Entre los miedos más comunes se encuentra el temor de que el agresor efectivice las amenazas propinadas a su víctima, como también la culpa del niño frente

a la posibilidad de ser el causante de la crisis familiar que pueda desencadenarse cuando hable.

Al ser el proceso del develamiento mayoritariamente gradual, es muy factible que los niños necesiten más de una entrevista para completarlo.

Los expertos coinciden en afirmar que la mayoría de los niños víctimas de as no develan el abuso sufrido de manera inmediata, y algunos ni siquiera lo hacen, y que, cuando lo hacen, eso ocurre después de mucho tiempo de que el abuso se hubiera iniciado.

La falta de apoyo materno es un factor predictor de la negación del abuso durante las entrevistas de investigación, así como de la retractación posdevelamiento.

Factores tales como ser abusado por un miembro de la familia, síntomas postraumáticos y disociativos, y sentimientos de vergüenza y estigmatización, pueden inhibir el develamiento.⁷³

2.6. Especial mención al rol de la Educación Sexual Integral (E.S.I) en el proceso de develamiento

La educación sexual integral es un derecho de chicos y chicas de todas las escuelas del país, en sus tres niveles: inicial, primaria, secundaria, sean privadas o estatales, confesionales o laicas.⁷⁴

Este derecho de NNyA que obliga al Estado nacional y a los estados provinciales a garantizar su acceso, se encuentra establecido en la Ley Nacional N°26.150 que, a

⁷³ Baita y Moreno, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones para su tratamiento en la Justicia”, Ob. Cit. pág. 136/137.

⁷⁴ Pedrido Nanzur, Victoria, Licenciada en Ciencias de la Comunicación (UBA). Posgrado en comunicación, géneros y sexualidades. Maestranda en Políticas Sociales. Integrante del área de Diversidad Sexual del PNSSPR- MSN. Tallerista de ESI. Activista LGBTIQ, “El derecho a la educación sexual integral (ESI)” , en: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/106>

partir de su sanción en 2006, crea el Programa de Educación Sexual Integral para su implementación.

La Educación Sexual Integral (ESI) es un espacio sistemático de enseñanza aprendizaje que promueve saberes y habilidades para la toma de decisiones responsables y críticas en relación con los derechos de los niños, las niñas y los/as adolescentes al cuidado del propio cuerpo, las relaciones interpersonales, la información y la sexualidad.⁷⁵ Cuando hablamos de educación sexual integral no nos referimos a un contenido y/o a una asignatura específica sino que forma parte del proyecto educativo de la escuela y requiere de un trabajo articulado con los centros de Salud, las familias y las organizaciones sociales.

Los contenidos de la ESI, son ejes que atraviesan distintas áreas y/o disciplinas, responden a las distintas etapas del desarrollo de niños y niñas y adolescentes y contempla situaciones de la vida cotidiana del aula y de la escuela, así como sus formas de organización.⁷⁶

En mi experiencia como Prosecretaria en la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, he podido advertir que en gran parte de los casos, sea que se trate de abusos de que son víctimas los niños o adultos vulnerados en su niñez, la Educación Sexual Integral tiene un rol preponderante en el proceso de develamiento. Tal es así que desde su implementación ⁷⁷ no son pocas las víctimas que al ser preguntadas por qué tomaron la iniciativa de relatar lo sucedido manifiestan que porque se los enseñaron en la escuela, o bien, porque su maestra les habló en clase del tema.

De este modo, al poder brindar a los NNYA información relativa a educación sexual, la posibilidad franca de expresarse y hablar con libertad y responsabilidad, es que un importante número de personas se han animado a develar los abusos sufridos, constituyendo un importante avance en pos de luchar contra la impunidad de los

⁷⁵ Pedrido Nanzur, Victoria, Ibidem 74.

⁷⁶ Pedrido Nanzur, Victoria, Ibidem 74.

⁷⁷ Programa Nacional de Educación Sexual Integral-Ley 26.150. Promulgada en Octubre de 2006 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=121222>

abusadores de niños. Mientras más información tengan a su alcance los NNYA menos vulnerables serán.

En efecto, al tener mayor información disponible se reducen visiblemente las posibilidades de ser víctimas de delitos y serán mayores las posibilidades de develamiento oportuno que permita realizar la correspondiente denuncia, investigación del hecho y en su caso, el castigo del responsable.-

En este sentido, en fecha 9 de enero de 2020 ⁷⁸en el diario Página 12, el periodista Nicolás Romero tituló su nota *“La ESI permitió que el 80 por ciento de los niños y niñas abusados pudieran contarlo”*, expresando que “Un estudio del Ministerio Público Tutelar (MPT) de la Ciudad de Buenos Aires reveló que entre el 70 y el 80 por ciento de los niños, niñas y adolescentes de entre 12 y 14 años que pasaron por la Sala de Entrevistas Especializada del organismo pudieron comprender que fueron abusados después de recibir clases de [Educación Sexual Integral](#) (ESI), el programa que aborda en las escuelas la sexualidad desde los derechos humanos y la perspectiva de género. El análisis de las declaraciones de los chicos y chicas que fueron víctimas o testigos de delitos mostró que los niños entendieron que sufrieron conductas abusivas a partir de resignificar situaciones que vivieron con los conocimientos adquiridos en la clase de ESI. La asesora General Tutelar, Yael Bendel, remarcó que “la ESI les dio información para comprender que fueron víctimas y, al mismo tiempo, abrió un espacio de confianza en la escuela que les permitió contar lo sucedido”. “La población que viene a declarar tiene entre 3 y 4 años, y entre 12 y 14 años. En la franja de 3 y 4 años no hay diferencia por género. En cambio, en la de 12 a 14, casi el 70 por ciento son niñas”, detalló la titular del MPT.

Bendel explicó que en los relatos de los niños y niñas de 12 a 14 años, además de aparecer patrones comunes relacionados con las conductas típicas de los abusadores: desarrollo de una relación de confianza con sus víctimas para crear una conexión que les permita el abuso, amenazas veladas hacia las víctimas, la búsqueda de momentos a solas,

⁷⁸<https://www.pagina12.com.ar/240771-la-esi-permitio-que-el-80-por-ciento-de-los-ninos-y-ninas-ab#:~:text=Educaci%C3%B3n%20Sexual%20Integral,La%20ESI%20permiti%C3%B3%20que%20el%2080%20por%20ciento%20de,y%20ni%C3%B1as%20abusados%20pudieran%20contarlo&text=La%20asesora%20General%20Tutelar%2C%20Yael,les%20permiti%C3%B3%20contar%20lo%20sucedido%E2%80%9D>.

entre otras conductas, el dato relevante que surgió fue que la ESI ocupó un rol clave a la hora de que los chicos pudieran reconocer que habían atravesado una situación de abuso o de violencia. “*Entendieron los cuidados hacia ellos mismos, sobre su cuerpo, que hay conductas y tocamientos que no son normales y que constituyen abusos*”, detalló, y remarcó que “*otro punto importante es que la mayoría logró contarlo en la escuela*”. Es decir, la ESI abrió un espacio de diálogo sobre estos delitos que les permitió, por un lado, entender qué les pasó, y, por otro, generar un espacio de confianza que les permitió contarlo”.

Por este motivo, Bendel remarcó la importancia de la ESI como herramienta para que los niños y niñas puedan diferenciar las conductas abusivas de las que no lo son, teniendo en cuenta que el 80 % de los abusos son cometidos por familiares o conocidos.

La nota periodística concluye que “*de acuerdo a las [estadísticas oficiales](#) sobre abuso sexual infantil en el país, el 53 por ciento de los abusos sucede en el hogar de la víctima, el 18 por ciento en la vivienda del agresor y el 10 por ciento en la casa de un familiar; el 47 por ciento de las víctimas tienen entre 6 y 12 años, el 28 por ciento hasta 5 años y el 25 por ciento entre 13 y 17 años*”⁷⁹

Lo expuesto permite concluir que la Educación Sexual Integral (ESI) es una herramienta muy útil en pos de prevenir agresiones de índole sexual.

A través de la comunicación y transmisión de información útil relativa a Educación Sexual a nuestra niñez y adolescencia se podrán prevenir de manera eficiente numerosas agresiones sexuales y de género, generando conciencia en relación con el cuidado del propio cuerpo y la libertad e integridad sexual.

⁷⁹ Ibidem 78.-

Capítulo Tercero

“Corpus Iuris (compendio de normas) protectorio de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”

En este capítulo nos centraremos en destacar las normas a nivel internacional, nacional y provincial, protectorias de los derechos de los NNyA. El objetivo del Capítulo es reseñar las normas que componen el llamado “*Corpus Iuris de la protección especial de niños niñas y adolescentes*”⁸⁰ y luego referenciar la ponderación de estas normas frente al derecho de defensa del imputado y frente al argumento basado en la no afectación del principio de legalidad que constituyen los principales fundamentos esgrimidos por quienes sostienen la no aplicación de la ley N° 27.206 una vez transcurrido el término de prescripción de la acción penal.

A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha generado un cambio en el paradigma respecto de las relaciones familiares, lo que conlleva un cambio en el paradigma respecto de los derechos de los NNyA. Se ha planteado una nueva cosmovisión que importa descartar la noción del niño como objeto de tutela para *incorporar el principio del niño como sujeto de derecho*.

Esta visión se ha profundizado a partir de la ratificación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, principalmente a partir de la reforma constitucional del año 1994 que les otorgó jerarquía constitucional y luego con las posteriores leyes de protección de la infancia dictadas en Argentina.

En ese sentido, puede afirmarse que *existe un conjunto de derechos constitucionales básicos de la persona del NNyA que deben ser respetados y que*

⁸⁰ Santangelo María Victoria, “La protección de la víctima en los juicios de abuso sexual” En Revista Jurídica UCES, pág. 180/181, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1958/Proteccion_Santangelo.pdf?sequence=1

funcionan como piso en cualquier legislación posterior o proceso judicial. Estas normas deben ser observadas rigurosamente en los casos de NNyA-víctimas y/o testigos de delitos contra su integridad sexual.

En el ámbito internacional el concepto de *Corpus iuris de los derechos humanos*, se encuentra conformado por⁸¹ numerosos instrumentos internacionales: Declaraciones Universales, Tratados Universales y Regionales e instrumentos sobre Derechos Humanos dedicados a los derechos de determinados sectores de la sociedad humana. Tal expresión representa un lúcido aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina internacional⁸².

Esta serie de normas resultan vinculantes para los Estados cuando las incorporan a su ordenamiento en tanto forman un corpus iuris, por ende los órganos de aplicación no podrían ignorarlas sin incurrir en una responsabilidad internacional. En particular, el Estado Argentino ha asumido obligaciones en convenios y acuerdos internacionales sobre la atención de NNyA que atraviesan situaciones de violencia sexual.

3.1. Normativa protectora de la Niñez y Adolescencia en el ámbito internacional. Breve referencia de los instrumentos internacionales que protegen la infancia.

1)Al respecto, la “**Convención de los Derechos del Niño**”⁸³ (art. 34) - incorporada a la Constitución de la Nación Argentina a partir de la reforma de 1994- insta a los países a *impedir "la incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras*

⁸¹ Santangelo María Victoria “La protección de la víctima en los juicios de abuso sexual, En Revista Jurídica UCES , pág.182, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1958/Proteccion_Santangelo.pdf?sequence=1

⁸² Freedman, Diego y Terragni, Martiniano “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el Derecho argentino” en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág. 12

⁸³ En: <https://www.unicef.org/spanish/crc/>

prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño en espectáculos y materiales pornográficos”.

De modo complementario en el art. 39 de dicho instrumento se dispone que deben promoverse medidas para la recuperación física y psicológica y la reintegración social de aquellos que fueron víctima de delitos o del abandono. También debe resaltarse lo previsto por el art. 12 de la Convención en cuanto al derecho a ser oído de los niñas, niños y adolescentes en todo proceso judicial o administrativo. Además se establecen diversos mecanismos de protección especial de derechos contra el abuso físico, mental y sexual y los malos tratos de los NNyA.

Así, la Convención en su artículo 19 expresa *“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, 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. 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...”*

Sin dudas este artículo debe interpretarse como la obligación del Estado de proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de malos tratos y abuso sexual e investigar a los autores de tales delitos. Así, resulta palmario que el principio del Interés Superior del Niño (ISN) es el eje sobre el cual se asienta la Protección Integral del mismo, también previsto en la Convención.

2) Asimismo, **la Convención de Belém do Pará, “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”**,⁸⁴ aprobada y ratificada por la Ley 24.632⁸⁵ en el año 1996, considera en su artículo segundo el abuso sexual como una de las formas de la violencia contra la mujer.

⁸⁴ <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

⁸⁵ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>

3)A su vez, el **Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de los Niños con Fines Comerciales**, celebrado en 1996, planteó como objetivo principal concentrar la atención internacional en este problema que abarca la prostitución y la pornografía infantiles y la venta y tráfico de NNyA, y concertar las medidas destinadas a erradicarlo.

Es importante destacar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que el abuso sexual es un problema de salud.⁸⁶

Se pone de resalto que la protección integral de los NNyA no se agota con esta normativa, sino que es extensa la nómina de Derechos proclamados y de Instrumentos internacionales que protegen la infancia.

Cabe destacar la Declaración de Ginebra en 1924, La Declaración de los Derechos del Niño (1959), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –conocidas como Reglas de Beijing– (1985)⁸⁸, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil –conocidas como Directrices de Riad– (1990), Las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos aprobadas por la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas del 22 de julio de 2005, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad –conocidas como Reglas de Tokio– (1990), la Convención Americana de los Derechos Humanos, La Decisión marco del Consejo de Europa del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁸⁹, Las Reglas

⁸⁶ La OMS define el abuso Sexual como: “Abuso de menores abarca toda forma de maltrato físico y/o emocional, abuso sexual, abandono o trato negligente, explotación comercial o de otro tipo, de la que resulte un daño real o potencial para la salud, la supervivencia, el desarrollo o la dignidad del niño en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder”

⁸⁸ Si bien son normas que regulan la actuación de la justicia en relación a los niños, niñas y adolescentes que cometen delitos resultan también aplicables a los niños víctimas. La Regla 18.2 establece que ningún niño, niña y adolescente puede ser sustraído total o parcialmente de la supervisión de sus padres a menos que las circunstancias del caso lo hagan necesario, por ejemplo en casos de abusos de menores.

⁸⁹ El Título VI del Tratado de la Unión Europea en su art. 2º –dentro del respeto y reconocimiento a las víctimas– dispone que: “los Estados Partes velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”. Por su parte el art. 3º señala que: “los Estados Partes garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba y tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal”.)

Básicas relativas al acceso de justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, Reglas de Brasilia (del 4 al 6 de marzo de 2008) y las Guías de Santiago sobre protección de Víctimas y Testigos, documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), en República Dominicana los días 9 y 10 de julio de 2008 ⁹⁰.

Por último resulta necesario citar al Comité de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que en su Recomendación General Nro. 35 sobre *“la violencia por razón de género contra la mujer”* (Capítulo IV. Recomendaciones a los Estados Partes) en lo que respecta a las medidas legislativas generales, recomienda lo siguiente: “29. e) Garantizar que las agresiones sexuales, en particular la violación, estén tipificadas como un delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la definición de los delitos sexuales, en particular la violación conyugal y por parte de un conocido o la violación en una cita, se base en la falta de libre consentimiento y tenga en cuenta circunstancias coercitivas. Las limitaciones de tiempo, en caso de que existan, deberían dar prioridad a los intereses de las víctimas y supervivientes y tener en cuenta las circunstancias que obstaculizan su capacidad para denunciar la violencia sufrida ante los servicios o autoridades competentes”⁹¹

Dentro del **sistema interamericano** debe tenerse en cuenta a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la **Convención Americana de Derechos Humanos** (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como “Protocolo de San Salvador”)

⁹⁰ Este documento, hace especial referencia a los niños y adolescentes como víctimas de mayor vulnerabilidad, máxime cuando los autores están en su propio entorno; se caracteriza la participación del menor en el proceso y se adoptan cautelas para evitar la revictimización.

⁹¹ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf> El Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) en su Recomendación general número 35 del año 2017 sobre la violencia en razón de género contra la mujer que actualiza la recomendación general número 19

Amira Nahir Barud, Sergio Paulo Pereyra, Maria Silvana Perez, Carolina Mercedes Fule. (2020). El Sentido de la Ley Para Supervivientes de Abuso Sexual en las Infancia. <https://www.libreriacontextodigital.com.ar/reader/el-sentido-de-la-ley-para-sobrevivientes-de-abuso-sexual-en-las-infancia?location=36>

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (“Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva N° 17, del 28 de agosto de 2002) ha dicho que: “La Corte Europea, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no estatales tales como el maltrato de uno de los padres (...) además, ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

En conclusión, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño.

El Comité de los Derechos del Niño recomienda *“que los casos de violencia en el hogar y de malos tratos y abuso de niños, incluido el abuso sexual en la familia, sean debidamente investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al niño y que se castigue a sus autores, con el debido respeto a la protección del derecho a la intimidad del niño. También deberán adoptarse medidas para que los niños puedan disponer de servicios de apoyo durante los procedimientos judiciales; para garantizar la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas de violaciones, abusos, descuido, malos tratos, violencia o explotación, conforme al art. 39 de la Convención, y para evitar que las víctimas sean tratadas como delincuentes o sean estigmatizadas”*.⁹²

Concretamente, se debe destacar lo dispuesto por las *directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los NNyA víctimas y testigos de delitos aprobadas por la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas del 22 de julio de 2005*. Este instrumento contiene las directrices para el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes víctimas entre los cuales se encuentran: la entrevista por un profesional capacitado que actué con tacto, respeto y vigor (directriz 13) ;el ambiente adecuado en que deben llevarse a cabo las entrevistas (directriz 14), la necesidad de instituir servicios y protección especiales para tener en cuenta el sexo y la

⁹² Santangelo María Victoria, “La protección de la víctima en los juicios de abuso sexual”, En Revista Jurídica UCES (pág, 184/185)

especificidad de determinados delitos cometidos contra los niños, la participación plena de los niños en el proceso como testigo capaz y creíble (directriz 18), el derecho a ser informado de todos los servicios de salud y apoyo financiero (directriz 19), la necesidad de evitar la reiteración de entrevistas y la revictimización (directriz 23 y directriz 31). En particular se destaca la directriz 34.a) establece que hay que evitar el contacto directo entre los niños víctimas y testigos de delitos y los presuntos autores de los delitos durante el proceso de justicia.⁹³

Con respecto a la aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana sostuvo en el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” que *para interpretar el art. 19 de la Convención Americana debía recurrir a la Convención sobre los Derechos del Niño como parte de un corpus juris muy amplio de protección de derechos humanos de la niñez.*

De manera que actualmente para el sistema interamericano tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Convención Americana están unidas gracias a la hermenéutica que la Corte Interamericana realizó en este caso.

La Corte Interamericana fue precisa en determinar que el deber del Estado de asegurar medidas de protección a los niños consiste en asegurarles *“condiciones para vivir vidas dignas de ser vividas”*⁹⁴.

⁹³ Santangelo María Victoria “La protección de la víctima en los juicios de abuso sexual” En Revista Jurídica UCES (pág, 184/185)

⁹⁴ Beloff Mary, “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado” en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág 28. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que: “... 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, párr. 2º), 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 ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...” (C.S.J.N Fallo: 318:514, considerando 11).)

Asimismo, resulta esencial destacar principalmente a los principios de las Reglas Básicas relativas al acceso de justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, Reglas de Brasilia (del 4 al 6 de marzo de 2008).⁹⁵

Este instrumento que incluye el concepto de las víctimas de delitos sexuales, en su art.11, recomienda evitar la victimización secundaria, como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia en su art. 12, se establece que los destinatarios de las reglas son: a) responsables de la políticas públicas dentro del sistema judicial; b) jueces, fiscales, defensores públicos, empleados judiciales; c) los abogados y sus colegios y agrupaciones; d) el Ombudsman; e) policías y servicios penitenciarios; f) todos los operadores del sistema judicial (art. 24). Se considera de importancia y se sugiere la recepción de prueba que evite la reiteración de las declaraciones y se alude a la grabación de la audiencia (art. 37); realización de actos judiciales en una sala adecuada (art. 78).

3.2. Normativa protectora de la Niñez y Adolescencia en Argentina

A nivel nacional existe normativa específica protectora de los/as NNyA:

1)En el año 2005 se sancionó la **Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes** ⁹⁶, cuyo objeto consignado en el art. 1, es el de proteger integralmente los derechos de las niñas, niños y adolescentes garantizándoles el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de esos derechos, reconocidos en el ordenamiento nacional y en los tratados internacionales de los que la Nación sea parte. Dispone que los derechos protegidos se caracterizan por su "máxima

⁹⁵ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

⁹⁶ Esta ley importa la consagración a nivel de normativa local de los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño. La ley define el interés superior del niño y de allí se desprenden los derechos humanos básicos que corresponden a los niños como cualquier ser humano. Particularmente en este tema se destaca el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta y la defensa de su derecho a la integridad física y psíquica.

exigibilidad" siendo de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

En especial se destaca la "prioridad" que se atribuye por mandato legal a la invocación y satisfacción de los derechos de NNyA. Tal es así que su principio de sustentación de los derechos o el paradigma -como también se lo ha llamado- es el interés superior del niño/a definido en el art. 3 como "*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos*" en la ley. Lo puntualiza el mismo artículo cuando se refiere a: la condición de sujeto/a de derecho de todo/a niño/a y adolescente, el derecho a ser oído/a y a que su opinión sea tenida en consideración, el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, reconociendo el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común.

2) Esta norma se complementa con la **Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres** en los ámbitos en los que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada en el año 2009, la cual define como violencia hacia las mujeres a "*toda conducta, acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica, o patrimonial, como así también su seguridad personal*" (Art.4).

3) Otras normativas nacionales que atañen al tema son la **Ley 25.673 de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable** que garantiza a las mujeres su salud sexual y reproductiva entendida como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos"

4) También encontramos **la Ley 26.150 de creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral** cuyo objetivo principal es la adopción por parte del

Estado de una política tendiente a la promoción de una educación para una sexualidad responsable desde una perspectiva de género, incluyendo además aspectos de la diversidad sexual.

Asimismo, se apunta a la prevención de los problemas de salud -en particular de la salud sexual y reproductiva-, reconociendo a los/as estudiantes como sujetos de derecho.

5) Ley N° 26.316 Día Nacional para la Prevención del Abuso contra los Niños, Niñas y Adolescentes, que instauró la Declaración como Día nacional para la Prevención del Abuso contra los Niños, Niñas y Adolescentes al 19 de noviembre de cada año.

La finalidad de esta ley ha sido renovar en cada año el recordatorio en pos de la continuidad en la protección de la Infancia.-

6) Ley N°27.372, Ley de Derecho y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos; sancionada el 21 de junio de 2017. En particular, los artículos 5 y 12.⁹⁷, publicada en el Boletín Oficial el 13 de julio de 2017 y reglamentada mediante el Decreto N° 421/2018 del 9 de mayo de 2018. Su sanción recepta históricos reclamos de diversos sectores de la sociedad para ubicar a las víctimas como sujetos de derechos en el marco de las investigaciones penales y, entre otros propósitos, lograr una justicia receptiva a sus necesidades y pretensiones.

Resulta importante advertir la relevancia de la ley en el marco del arribo de la reforma procesal penal que implica el paso de un sistema mixto, predominantemente inquisitivo en la etapa de instrucción, a otro de neto corte acusatorio adversarial, pues, en este sistema la víctima adquiere un rol protagónico. La ley fija en su art. 3 los objetivos que se propone alcanzar ratificando un rol procesal de la víctima abandonando la concepción tradicional que la ubicaba como una mera fuente de información para la obtención y preparación del material probatorio.

⁹⁷ Guía práctica sobre la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos -Ley N°27.372- Documento elaborado por la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC) Titular de la dependencia: Malena Derdoy, Septiembre 2018 Diseño: Dirección de Comunicación Institucional, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, pág. 8/11.

Por el contrario, sus disposiciones se encauzan en el propósito de adjudicarles a las víctimas un papel protagónico. Así es como la ley reconoce una mayor participación en las decisiones y garantiza un efectivo acceso a diversos derechos como el *asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad, y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado Nacional es parte, y demás instrumentos legales internacionales ratificados* por leyes nacionales, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales (conf. art. 3 inc. a).

En esa misma línea, *se establece que se deberán adoptar y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas*, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados (conf. art. 3 inc. b).

De tal manera, entonces, los órganos judiciales deberán asegurar a las víctimas dos extremos: por un lado, el efectivo ejercicio de sus derechos para promover el acceso a la justicia y, por el otro, garantizar el derecho a la verdad y la sanción de los eventuales responsables.

A la vez, la ley también se propone como objetivo que las autoridades desarrollen dispositivos consistentes en recomendaciones y protocolos sobre los deberes y obligaciones específicos a su cargo y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas de delito (conf. art. 3 inc. c).

Se impone la necesidad de evitar improvisaciones, profesionalizar y profundizar la atención a las víctimas por parte de todas las autoridades competentes. Por otra parte, la ley establece tres principios rectores: rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización (conf. art. 4), que deberán guiar la actuación de las diversas autoridades y personas que interactúen con las víctimas de delitos. Es importante destacar que la ley refiere a toda autoridad del servicio de administración de justicia que tenga contacto con

alguna víctima de delitos, vale decir, que los principios rectores son transversales a todos los órganos –entre ellos, por supuesto al Ministerio Público Fiscal– y durante todo el procedimiento penal.

En relación a la rápida intervención, la ley dispone que, por un lado, las diversas medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y, por el otro, que si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia.

Por su parte, dichas medidas deben realizarse de acuerdo a un enfoque diferencial, lo que supone que deben adoptarse de acuerdo al grado de vulnerabilidad de las víctimas.

En este punto corresponde definir que se considera en condición de *vulnerabilidad* aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización, siendo que la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal.

Según la norma, la situación de vulnerabilidad se presumirá frente a dos supuestos: a) si la víctima fuere menor de edad o mayor de 70 años, o se tratare de una persona con discapacidad; b) si existiere una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito (conf. art. 6).

A diferencia del enfoque tutelar, el enfoque de derechos parte de una definición integral de sujetos que -así definidos- se transforman en sujetos de derechos.

Respecto de la edad, es necesario precisar que, de acuerdo a los lineamientos de las Reglas de Brasilia y nuestro ordenamiento jurídico, se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de 18 años de edad.

A la vez, la normativa nacional e internacional establece tres principios fundamentales –estos son, *el interés superior, la autonomía progresiva y el derecho a ser oídos*– que tienen su incidencia en el derecho penal. De allí que en todos los procesos penales en donde intervengan niñas, niños y adolescentes, estos tendrán derecho a ser escuchados en relación a sus intereses y pretensiones.

En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) distingue dos grupos dentro del universo de la infancia: las/os niñas/os, que son quienes aún no han cumplido los 13 años de edad, y las/os adolescentes, quienes tienen entre 13 y 18 años. Esta diferenciación genera ciertos efectos jurídicos en base al principio de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos en forma directa por su titular, aun cuando no tenga plena capacidad⁹⁸.

6) Sin dudas deben tenerse presentes la Resolución del Procurador General de la Nación, res. PGN 8/09, de fecha 24 de febrero de 2009⁹⁹, y la 35/2012 del 16 de mayo de 2012, los arts. 250 bis y ter del Código Procesal Penal y los que contienen disposiciones similares en los Códigos Provinciales, la resolución N° 903/2012 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹⁰⁰ y aquellas que corresponden a los Superiores Tribunales Provinciales.

⁹⁸ Se presume la madurez de las/os adolescentes para decidir respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida, y a partir de los 16 años es considerado una persona adulta en lo atinente a la toma de decisiones respecto del cuidado de su propio cuerpo (art. 26 CCCN), o bien para iniciar una acción autónoma para conocer sus orígenes (art. 596 CCCN) y acceder a los expedientes administrativos y judiciales relacionados con su adopción, al igual que la potestad del ejercicio de la responsabilidad parental en forma personal (art. 644 CCCN), o la facultad para iniciar juicio contra un tercero, aun con oposición de sus padres, si cuenta con autorización judicial, actuando en el proceso el adolescente con asistencia letrada (art. 678 CCCN); entre otros.

⁹⁹ Esta norma dispone que los magistrados del Ministerio Público Fiscal adecuen su actuación a los parámetros siguientes: “...a) que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales en los términos del artículo 250 bis del Código de Procesal Penal de la Nación se disponga la filmación de la entrevista con la víctima y se proceda a notificar al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto; b) que en todos los procesos en los que se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual de menores de dieciocho años de edad se notifique al imputado y a su defensa la realización de peritajes sobre las víctimas; y c) que en aquellos procesos en los que aún no exista un imputado determinado se realicen las medidas indicadas en inciso a) y b) con control judicial y notificación a la Defensa Pública...”

¹⁰⁰ Dicha resolución contiene el protocolo indicativo para la recepción del testimonio de niñas, niños y adolescentes conforme lo normado por el art. 102 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

En la Provincia de Mendoza ello se ha regulado por *Resolución de Procuración General de la Suprema Corte de Justicia N° 421/2018*, que estableció el Protocolo de recepción de testimonio de víctimas/testigos personas menores de edad y personas con padecimientos o deficiencias mentales en Cámara Gesell.

De acuerdo con las convenciones, reglas y tratados ya señalados, en nuestra normativa se encuentran vigentes una serie de principios rectores que forman parte del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y que deberán estar garantizados en cada intervención que se realice en relación con los/as NNyA¹⁰¹: 1) *Interés superior del NNyA*, que comprende la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad. En su aplicación concreta debe considerarse: la condición de los/as niños/as como sujetos/as de derecho; la opinión de los/as niños/as en todo momento y la prioridad de sus derechos e intereses frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, 2) *El Derecho del Niño/a a ser escuchado/a* y que su opinión sea tenida en cuenta en cualquier procedimiento administrativo o judicial que lo afecte, 3) *Garantizar que el/la niño o niña sea informado/a y asesorado/a por Equipos Técnicos*, 4) *Garantizar que no se produzcan injerencias arbitrarias en la vida del/la NNyA y su familia*, debiendo agotar todas las posibilidades de implementar las medidas de protección integral, 5) *En todos los procedimientos deberán respetarse los siguientes principios procesales: de emergencia* (celeridad para articular el proceso de abordaje de la situación tomando medidas para su resguardo); *de accesibilidad y respeto* (facilitar la atención de los/as NNyA, contemplando su estado emocional, el respeto a su intimidad, sus tiempos y condiciones de expresión); *de integralidad* (brindar información pertinente sobre derechos, asistencia y beneficios sociales, así como procedimientos); y *de utilidad procesal* (el testimonio y los datos vertidos por los/as NNyA en todo ámbito donde transita, pueden ser utilizados como prueba). Especialmente garantizar a los/as

¹⁰¹ En: Guía de abordaje integral ante situaciones de Violencia Sexual hacia Niños, Niñas y Adolescentes, Programa Provincial para la prevención y atención de la violencia Familiar y de Género, Area Políticas de Género, Ministerio de Salud, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Noviembre de 2015 (pág. 14/18)

NNyA víctimas de violencia sexual la eficacia de las medidas solicitadas para su resguardo.

3.2.1.-Evolución Legislativa en relación con la prescripción de la acción penal en delitos contra la Integridad Sexual Infantil en Argentina

Resulta esencial puntualizar cuáles son las leyes que regulan la materia (y que han dado lugar al debate) y su evolución, que denota la palmaria necesidad de que exista una efectiva protección a los derechos de los NNyA.

Así, el Código Penal Argentino cuenta con disposiciones específicas en lo relativo a la prescripción de la acción penal y a las causales de suspensión del plazo de la misma. En los últimos años el legislador ha introducido modificaciones al Código Penal que tuvieron por objeto ampliar estos plazos en beneficio de las víctimas menores de edad en relación a los delitos contra la integridad sexual.

3.2.1.a) Ley Nacional N° 26.705:

Esta ley fue impulsada por Roberto Piazza, diseñador y presidente de una fundación contra el abuso sexual infantil¹⁰². Tras años de militancia social Piazza logró que el proyecto ingresara y se dispusiera su tratamiento en el Congreso de la Nación, donde recibió el respaldo de todos los bloques políticos.

La norma fue ingresada en el Senado de la Nación por María Eugenia Estenssoro, siendo aprobada por unanimidad, en el caso de la Cámara de Diputados, se aprobó por 200 votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones.¹⁰³

¹⁰² <https://robertopiazzafundacion.blogspot.com/>

¹⁰³ En : https://www.clarin.com/sociedad/sanciono-Piazza-amplia-prescripcion-menores_0_SkU7LPanw7g.html

En efecto, este primer antecedente se remonta al año 2011, cuando el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.705 (Ley Piazza) mediante la cual se prolongó el tiempo en que la víctima estaba habilitada para el ejercicio de la acción penal en los casos de delitos que afecten la integridad sexual de los menores de edad, a fin de poder mitigar su evidente desventaja frente a su agresor para una vez alcanzada la madurez, ejercer judicialmente sus derechos.

En dicha oportunidad, el legislador fundamentó su decisión en que el olvido y la negación son componentes posibles del abuso sexual infantil y en que son casos en los que la naturaleza misma del hecho a perseguir lo torna impune.

Asimismo, se ponderó que los delitos sexuales sufridos por menores de edad justifican un cómputo diferencial del plazo de prescripción de la acción, ya que los daños producidos se perpetúan en el tiempo y se mantienen vigentes en la medida en que no hubo oportunidades reales de denunciar el hecho.

*Indudablemente, esa modificación ha resultado trascendente ya que por su intermedio nuestro ordenamiento jurídico comenzó a entender que se trata de delitos que no pueden ser tratados bajo las mismas condiciones que el resto.*¹⁰⁴

3.2.1.b) Ley Nacional N° 27.206:

El cambio de perspectiva que ha venido operando en nuestro ordenamiento jurídico permitió la posterior sanción de la Ley N° 27.206 de “Respeto a los Tiempos de las Víctimas” en octubre del año 2015¹⁰⁵ en virtud de la cual se modificó el Código Penal disponiendo que en el caso de los delitos contra la integridad sexual y de trata de personas cuando la víctima fuera menor de edad, el plazo de *prescripción se suspenderá mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de*

¹⁰⁴ Kunath, Sigrid Elizabeth, “Abuso sexual infantil y prescripción”, Editorial: Rubinzal Culzoni ~ Cita online: RC D 1204/2019

¹⁰⁵Publicada en el Boletín Oficial el diez de Noviembre de 2015.-
<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/135796/20151110>

edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

De este modo, la ley penal garantiza a todas las víctimas de estos delitos aberrantes que los hechos serán investigados independientemente del tiempo que transcurra entre la comisión del hecho y la formulación de la denuncia.

En el mes de junio de 2016 se realizó en el Senado de la Nación, la Jornada Debate “La Ley de Respeto a los Tiempos de las Víctimas y su aplicación”, participando especialistas de los ámbitos judicial, de la salud y representantes de asociaciones civiles analizaron los cambios producidos a partir de la sanción de la Ley 27.206 de modificación del plazo de prescripción de delitos contra la integridad sexual de menores

Fue la senadora nacional Sigrid Kunath, autora del proyecto que dio origen a la ley, quien explicó que *“Con esta ley que está vigente, una persona puede denunciar un delito contra la integridad sexual independientemente de la edad que tenga la víctima y de los años que hayan pasado desde la comisión del delito. Esto significa, que desde el servicio de justicia no se le puede contestar a nadie a priori que no se puede investigar a nadie porque esta prescripto”*.¹⁰⁶

En este sentido, Carlos Rozanski, Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal I de La Plata, al hablar de la necesidad de la empatía para poder comprender la cuestión de los tiempos de las víctimas aseguró que *“Quien no tiene posibilidad de ponerse en el lugar del otro no puede ser juez”*.¹⁰⁷

Además, en su extensa exposición indicó entre otras cosas que *“...en la legislación actual, el debido proceso hacia el acusado es absolutamente idéntico que el debido proceso hacia la víctima. Esto parece de perogrullo pero no lo es. Garantizar los derechos de las víctimas no tiene absolutamente nada que ver con violar los derechos del acusado. A nadie en su sano juicio se le puede ocurrir violar los derechos*

¹⁰⁶ <https://www.parlamentario.com/2016/06/17/debatieron-sobre-la-ley-de-respeto-a-los-tiempos-de-las-victimas-de-abuso/>

¹⁰⁷ Kunath, Sigrid Elizabeth, Ibidem 105

*del acusado a tener una defensa, a ser escuchado, a tener un proceso justo. Eso no tiene absolutamente nada que ver con que en el camino se destruya a la víctima para lograr los objetivos de la defensa. La igualdad del debido proceso es una cuestión central”.*¹⁰⁸

En tanto, Virginia Berlinerblau, médica especialista en Psiquiatría Infanto Juvenil y en Medicina Legal y médica Forense de la Justicia Nacional de Buenos Aires sostuvo que *“para algunas víctimas la recuperación no solo pasa por la psicoterapia, los grupos de autoayuda, la confesión o la charla íntima. La denuncia es un acto de otro orden, es un llamado a poner las cosas en su lugar, a reinstaurar la ley y sólo la institución judicial tiene la función privilegiada para hacerlo. La denuncia en la adultez puede ser entendida como un insistente reclamo a la legalidad que le fue negada de niño, la que le otorga la esperanza de pasar de objeto a sujeto”.*¹⁰⁹

3.3. Normas protectoras de la Niñez y Adolescencia en el ámbito provincial- Provincia de Mendoza

En lo que respecta a la provincia de Mendoza encontramos la ***Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes N° 9.139***, sancionada el 20 de Diciembre de 2018, publicada en el Boletín Oficial el 7 de Enero de 2019.-

La norma, en su Artículo 1° establece el objeto, que finca en la protección integral de niños, niñas y adolescentes como sujetos principales de derechos, reconocidos en el ordenamiento legal vigente y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte.

Asimismo, del Artículo 4° surge el concepto de Interés Superior, mencionando que *“A los efectos de la presente Ley se entiende por Interés Superior de niños, niñas y*

¹⁰⁸ Kunath, Sigrid Elizabeth, Ibidem 105

¹⁰⁹ En: <https://www.parlamentario.com/2016/06/17/debatieron-sobre-la-ley-de-respeto-a-los-tiempos-de-las-victimas-de-abuso/>

adolescentes a la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico. En este mismo sentido los derechos y las garantías de los niños, niñas y adolescentes son irrenunciables, interdependientes e integrales”, debiéndose respetar, entre otros: a) Su condición de sujeto de derecho; b) Su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural; d) El equilibrio entre los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes y las exigencias del bien común; e) Su centro de vida.” También establece que “El conflicto entre los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses se resolverá, como regla, a favor de los primeros”.¹¹⁰

También es importante mencionar que del articulado se lee en el art. 9 entre las reglas que rigen las actuaciones de promoción, protección y restitución de derechos que lleven adelante los efectores públicos y privados en el inciso: (...) ***b) Aplicar como regla el Interés Superior de niños, niñas y adolescentes, cuando exista colisión de derechos o intereses***”.¹¹¹

3.4.-Política Criminal: Su rol en la temática analizada

Existe un interés creciente de la ciudadanía en general por el fenómeno de la criminalidad y este interés provoca que cada vez con más énfasis la ciudadanía reclame a los poderes públicos una respuesta-reacción ante la delincuencia de la que tienen noticia. El conjunto de medidas y pautas tanto jurídicas, sociales, como educativas, que vienen aprobadas por el poder público con el fin de reaccionar y prevenir el delito es lo que se conoce como Política Criminal.

¹¹⁰ <http://www.saij.gob.ar/9139-local-mendoza-regimen-juridico-proteccion-personas-menores-edad-lpm0009139-2018-12-20/123456789-0abc-defg-931-9000mvmorpyel>

¹¹¹ Ibidem 109.

Las áreas de actuación de la Política Criminal son muy amplias y variadas, por citar únicamente algunas: seguridad ciudadana, derechos de sospechosos y procesados, sistema de justicia penal y modelo de justicia juvenil.

También podemos referir al respecto que la expresión “Política Criminal” se utilizó por primera vez en el siglo XVIII por Kleinschrod, quien la definió como *“conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho natural de sus súbditos”*.¹¹²

En la provincia de Mendoza, más allá de la recepción legislativa enunciada en los apartados anteriores de este capítulo, el tratamiento que el Ministerio Público Fiscal ha encarado en la primera Circunscripción judicial en que me desempeño, se ha desarrollado a través de directivas impartidas desde la Jefatura Fiscal de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual

Esas instrucciones generales, como ya dijimos, son impartidas por el Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual (Antes de la modificación por ley N° 8911 los Fiscales de Cámara) a los Fiscales de Instrucción, conforme las atribuciones conferidas que se establecen en el art. 32 de la ley 8911 que establece *"Fiscales de Cámara. Deberes y Atribuciones. Sustitución. Corresponde a los Fiscales de Cámara: 2) Proponer al Procurador General la implementación o reforma de todo aspecto vinculado con la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal que estime corresponda y que se vincule con sus respectivos ámbitos de actuación, como así también la de todo aspecto vinculado con las vistas que le corran las Cámaras y Juzgados respectivos*.¹¹³ Por mandato normativo, es el Fiscal Jefe quien imparte las directivas a los Fiscales de Instrucción en las causas en que les sean solicitadas.

¹¹²<https://www.unir.net/derecho/revista/politica-criminal-criminologia/#:~:text=La%20expresi%C3%B3n%20%E2%80%9CPol%C3%ADtica%20Criminal%E2%80%9D%20se,Derecho%20natural%20de%20sus%20s%C3%BAbditos%E2%80%9D>.

¹¹³ <http://www.sajj.gob.ar/8911-local-mendoza-modifica-ley-organica-ministerio-publico-mendoza-lpm0008911-2016-10-04/123456789-0abc-defg-119-8000mvorpyel>

En lo que respecta a la temática abordada, el Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad Sexual en la 1° Circunscripción Judicial, Dr. Alejandro Iturbide ha sentado su posición al respecto.

La misma estima que si durante la fecha entrada en vigencia de la ley Piazza (Ley N° 26.705 de año 2011) y la fecha de entrada en vigencia de la ley N°27.206 en el año 2015 se encontraba corriendo el plazo prescriptivo debe investigarse el hecho aún cuando haya sido denunciado con posterioridad al agotamiento del plazo de prescripción, realizando en tal caso aplicación de la letra de la ley N° 27.206 del año 2015.

Así por ejemplo, en el Expte. N° P – 3.651/18 caratulado “Fs. c/N.N. P/ Abuso sexual con acceso carnal...” la víctima sufrió tres hechos puntuales de Abuso sexual, en los años 1989, 1991 y el último que data del año 2005, y efectuó la denuncia en el año 2018 cuando tenía cuarenta años de edad. En este caso puntual, el Dr. Alejandro Iturbide dio directivas precisas¹¹⁴ de no continuar con la investigación respecto de los hechos de 1989 y de 1991, explicando que si bien el delito acaecido en el año 2.005 habría prescrito en el año 2.017, durante la transición de dicho plazo el legislador nacional condicionó el desarrollo temporal del plazo de prescripción de la acción a la radicación de la denuncia de la víctima mayor de edad, lo que, en el caso que nos ocupa, se concretó el día 10 de Septiembre de 2.018 por lo que esta última fecha determinó la reanudación de la vigencia de la acción penal por el delito bajo estudio, ordenando a la Fiscal de Instrucción avocarse a la investigación de este hecho.

En suma, el Fiscal en Jefe de la Unidad de Delitos contra la Integridad Sexual ha sostenido el criterio que entiende que si el término de prescripción se encontraba corriendo durante la vigencia de las leyes sancionadas en los años 2011 y 2015, la investigación debe proseguir y por ende, la acción penal no se encuentra prescripta.

¹¹⁴ Expte. N° P – 3.651/18 caratulado “Fs. c/N.N. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL...” Aportado por la Secretaría de la Jefatura en Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual

3.5.-Forma de Armonizar el Derecho Nacional con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos desde una perspectiva de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia

En particular, la acción penal de los delitos contra la integridad sexual de los NNyA se legisla en los artículos 67 y 72 del C. Penal Argentino.

En nuestro sistema jurídico, la acción penal tiene una *doble dimensión*; para la *víctima*, importará el medio por el cual podrá ejercer el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva de sus derechos, su derecho a conocer la verdad histórica sobre un hecho o acontecimiento. *Para el imputado*, en cambio, importará que en una sociedad democrática el Derecho Penal sea mínimo y sea la última respuesta de violencia estatal, máxime que cualquier proceso penal en donde se encuentre vinculado tramite con la mayor celeridad para destruir el estado de incerteza que se cierne sobre éste y, poniéndose un límite a la pretensión punitiva estatal para que cualquier persona, imputada por un delito ordinario, no pueda ser perseguida sine die.¹¹⁵

Más allá de las fundamentaciones y justificaciones que alientan cada una de las posturas, creemos sin dudas que al resguardo de los derechos de los NNyA debe sumarse un plus protectorio, por ser víctimas, por ser seres vulnerables, que no se encuentran en una relación simétrica con el imputado.

Esta protección de la infancia viene dada de modo ineludible por el Corpus Iuris normativo de Protección de los Derechos Humanos de los niños que hemos descripto y enumerado ut supra, pero que necesariamente deberán hacerse efectivos de modo que el acceso a la justicia sea real y no se torne en una mera proclamación formal.

¹¹⁵ Abg. Bregantic Jonatan L. en su exposición “La acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niños niñas y adolescentes: Una norma interconectada”, pág. 6/7, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46927-accion-penal-delitos-contra-integridad-sexual-ninos-ninas-y-adolescentes-norma>

Así, Santangelo¹¹⁶ toma las palabras de la Dra. Beloff quien sostiene que conforme los estándares internacionales y regionales anteriormente reseñados, *la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña*¹¹⁷. Consideramos que este debe ser el norte a partir del cual debe plantearse la discusión respecto de la colisión de la protección especial de las víctimas con el derecho de defensa del imputado.

Podemos concluir que en el punto de la tensión entre los derechos del imputado, basados en su mayor debilidad durante el proceso, y los derechos de la víctima menor de edad, debería incorporarse el matiz diferencial relacionado con la protección legal especial del niño víctima.

La solución más frecuente de los tribunales para resolver la tensión entre imputado y víctima a favor del derecho del imputado no parece surgir claramente en el caso de menores víctimas de los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Tal es así que recordadas las garantías procesales con todas las tensiones normativas que la jurisprudencia tendrá que resolver con inteligencia, medida y sentido de justicia, *existe un elemento adicional importante: en todas las normas vinculadas con protección a la niñez y en particular a la niñez víctima (como en todas las normas internacionales de protección a la víctima) un componente central se refiere a los deberes de prestación positiva del Estado respecto de una víctima de un delito y, una vez más, intensificado si se trata de una víctima menor de edad.*¹¹⁸

Creemos importante destacar que, tal como sostiene la Dra. Beloff, cuando aparece la tensión entre el derecho del imputado y el derecho de la víctima en un mismo plano, el problema está mal planteado. En el punto de la tensión entre los derechos del

¹¹⁶ Santangelo María Victoria, “La protección de la víctima en los juicios de Abuso Sexual, Revista Jurídica UCES pág. 179/196.

¹¹⁷ Beloff, Mary. “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado” en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>. pág. 23.

¹¹⁸ Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas, Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia, JUFEJUS, Asociación por los Derechos Civiles –ADC-, Unicef, pag 25/26

imputado, basados en su mayor debilidad durante el proceso, y los derechos de la víctima menor de edad, debería incorporarse el matiz diferencial relacionado con la protección legal especial del niño víctima¹¹⁹.

Para esta autora en el caso de una víctima menor de edad: *“el tribunal debería explicar por qué desconsidera la garantía de protección especial que tiene ese tipo de víctima en el derecho argentino y en el derecho internacional”*.¹²⁰

Es claro que si se suman normas de protección y principios de protección a la niñez –en particular uno muy problemático pero que en este punto resulta crítico como lo es el Interés superior del niño–, la balanza parece inclinarse a favor de la víctima menor de edad”.

En sentido coincidente se ha expresado Rozanski al afirmar que *“El derecho de defensa es sagrado, como lo es el derecho del niño. Por cierto, la defensa no se ve afectada por el hecho de que se respeten los derechos del niño. Plantearlo en términos contradictorios es un error conceptual muy serio”*¹²¹.

En cuanto al deber del Estado, coincidimos con quienes sostienen que si éste por priorizar su interés punitivo o el derecho de defensa del imputado, viola garantías fundamentales de las personas, entraría en contradicción con su deber de respetar y asegurar los derechos humanos contenidos en su propia normativa.

Por ello, los jueces y operadores/as judiciales al valorar esta aparente “tensión normativa” deberán orientar el enfoque desde el lugar correcto, entendiendo que la

¹¹⁹ Beloff, Mary. “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado” en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág. 25.

¹²⁰ Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas, Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia, JUFEJUS, Asociación por los Derechos Civiles –ADC-, Unicef, pag 25/26

¹²¹ Rozanski, Carlos. “La intervención del Estado y la protección de los derechos en los casos de abuso sexual infantil”. En “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado” en UNICEF, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág. 204, En Santangelo ob. cit. pag. 195/196.

vulnerabilidad de la víctima y su protección resulta un valor esencial a proteger por nuestro ordenamiento jurídico, marcando quizás el camino a seguir en el respeto a los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual.

Finalmente, es importante mencionar que a más de la extensa nómina de leyes que protegen a la niñez y que necesariamente han de ser tenidas en cuenta al pronunciarse, fundamentalmente ha de tenerse en cuenta que *la [Convención sobre los Derechos del Niño](#)* ¹²² *es el tratado más ampliamente ratificado en la historia. En él se establecen una amplia gama de disposiciones que abarcan derechos y libertades civiles, el entorno familiar, la salud básica y el bienestar, la educación, la recreación, las actividades culturales y las medidas especiales necesarias para su protección.* ¹²³

La Convención contiene varios “principios fundamentales” que sustentan todos los demás derechos de la infancia. Se trata de la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la supervivencia y el desarrollo, y la opinión del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por 192 países desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas la aprobó de manera unánime en noviembre de 1989. Mediante la ratificación, los países se comprometen a cumplir con un código de obligaciones vinculantes en favor de la infancia. Gracias a la Convención, los derechos de la infancia se encuentran en el primer plano de la batalla internacional en pro de los derechos humanos, y la sociedad debe asegurar su cumplimiento como una obligación jurídica, un imperativo moral y una prioridad en materia de desarrollo.

Sin embargo, es indispensable afirmar que los derechos de la niñez están íntimamente relacionados con los derechos de la mujer. Lograr el cumplimiento de los derechos de la mujer y su igualdad no es solamente una meta de desarrollo fundamental en sí misma, sino que también es una de las claves para la supervivencia y el desarrollo de la niñez y para fomentar la existencia de familias, comunidades y naciones sanas.

¹²² En: <https://www.unicef.org/spanish/crc/>

¹²³ En: https://www.unicef.org/spanish/why/why_rights.html (consultado en el mes de Octubre de 2020)

La discriminación contra la mujer no solamente le perjudica a ella, sino también a la próxima generación de niños y de niñas. Incluso antes del nacimiento, las posibilidades de salud y desarrollo que tienen los niños y las niñas están estrechamente vinculadas con la situación sanitaria y socioeconómica de la madre. Además, las mujeres son las principales cuidadoras de los niños.

De más está decir que cuando los recursos están en manos de la mujer, hay más posibilidades de que los utilicen en favor de la infancia. [La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#)¹²⁴ trata sobre las obligaciones que tienen los países de promulgar leyes y medidas administrativas y de otro tipo para lograr la igualdad entre el hombre y la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada, inclusive la familia.

Las dos Convenciones forman parte del sistema de la legislación internacional sobre derechos humanos e imponen sendos compromisos al Estado Argentino.

Así como en los casos de Violencia de género la existencia de una relación desigual de poder justifica que haya una especial protección a las víctimas, creemos que con mayor razón debe serlo en el caso de los NNyA. En estos casos, la asimetría de poder entre el victimario y la víctima es palmaria, máxime cuando la víctima es también mujer, estimando en ese caso le asiste una doble protección, que debe ser efectiva y no meramente ilusoria.

3.6. Análisis de la temática en el Derecho Comparado

En este apartado proponemos apreciar cómo la problemática analizada se ha replicado en algunos países, habiendo dado una solución a la cuestión mediante normas de reciente sanción.

¹²⁴En : <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/index.html>

En **Francia**, en materia de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, el voto del dr. Pablo Jantus de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, SALA 3, Buenos Aires, en la causa CCC 38644/2015/CNC1, caratulada “F., N. s/ violación de menor de 12 años”, 18 de diciembre de 2018 en su voto a favor de la postura de la no prescripción de la acción mencionó que en dicho país *la ley n° 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)”.*¹²⁵

En **España**, de acuerdo con el Código Penal español (art. 131 CP), *los delitos contra la libertad sexual con víctimas menores prescriben, según el caso, a los 10 o 15 años de su comisión*¹²⁶

Por su parte, el art. 132 del **Código Penal Español** en su segundo párrafo expresamente dispone “*En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de 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 fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento*”.¹²⁷

Se ha dicho que ¹²⁸*convendría, que la redacción de las cláusulas de suspensión de la prescripción se adaptase de modo más concreto a la fenomenología del problema. Para conseguirlo, la regla de extensión de la prescripción no tendría que consistir en la*

¹²⁵[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Funicelli%20\(reg.%20N%C2%B0%201643%20y%20causa%20N%C2%BA%2038644\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Funicelli%20(reg.%20N%C2%B0%201643%20y%20causa%20N%C2%BA%2038644).pdf)

¹²⁶ https://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t7.html

¹²⁷ Ibidem 125.-

¹²⁸ En “Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 12, Número 16 (2018) www.criminologia.net ISSN: 1696-9219; ¿Qué factores inciden para romper el silencio de las víctimas de abuso sexual? Noemí Pereda, Ana M. Greco, Jaime Hombrado y Anna Segural *Grupo de investigación en Victimización Infantil y Adolescente (GREVIA) Universitat de Barcelona* Víctor Gómez-Martín *Universitat de Barcelona*

suspensión de la prescripción del delito hasta que la víctima llegue a una edad concreta, sino hasta que se rehaga del bloqueo psicológico o supere la vinculación material, emocional o económica con el agresor que le impide denunciarlo (Gómez Martín, 2016).

Por su parte, **E.E.U.U.** constituye un país pionero en la materia. En general, se puede afirmar que no habría norma de prescripción para los delitos federales punibles con la muerte, para ciertos delitos federales de terrorismo ni, desde la aprobación de la Ley Adam Walsh de Protección y Seguridad del Niño (Adam Walsh Child Protection and Safety Act) del año 2006, para ciertos delitos federales contra menores de carácter sexual.¹²⁹

Así, cuando se trata de delitos de abuso sexual o secuestro de un menor de 18 años, bajo jurisdicción federal, la persecución penal de tales crímenes puede llevarse a cabo en cualquier momento. A nivel estatal, las disposiciones sobre prescripción de los delitos sexuales varían en función de la gravedad de la infracción y el estado donde haya ocurrido el delito.

En efecto, mientras corría el año 2013, algunos estados contemplaban plazos de prescripción breves (de entre tres y seis años) para delitos sexuales graves, mientras que otros estados han establecido la imprescriptibilidad de tales delitos, especialmente en el caso del abuso sexual infantil (The National Center for Victims of Crime, 2013). Un ejemplo de esta última tendencia es el estado de Florida, cuya Ley sobre la Prescripción del Delito de Agresión Sexual (Statutes of Limitation for Sexual Battery), del año 2010, eliminó el plazo de prescripción para la interposición de acciones penales o civiles relativas a agresiones sexuales contra personas menores de 16 años de edad al momento del delito.¹³⁰

¹²⁹ Imprescriptibilidad de acciones civiles y/o penales por delitos sexuales contra menores de edad en el derecho comparado , DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES 23 DE AGOSTO DE 2016, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=130127&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

¹³⁰ Ibidem 128.-

En **Canadá** no había plazo de prescripción para los delitos graves previstos en el Código Penal federal. En particular, para los casos de abuso sexual, la Corte Suprema de Canadá amplió el plazo de prescripción de forma indefinida en el año 1992, siendo ello codificado por la legislación provincial. De hecho, para el año 2015, once de las trece provincias y territorios realizaron cambios legislativos en este sentido, eliminaron completamente los plazos de prescripción (New South Wales Department of Justice, 2015:8).

En el caso particular de la provincia de Ontario, con la reforma del año 2016, se estableció la imprescriptibilidad de la acción penal por asalto sexual, siempre que la víctima fuese menor de edad o bien, que las partes, al momento de cometerse el delito estuvieran en una relación íntima o la víctima fuera económica, emocional o físicamente o de otro modo dependiente del ofensor (artículo 16(1)(h)).¹³¹

Esta imprescriptibilidad, en las demás conductas de carácter sexual operará si, al momento de cometerse el delito, la víctima fuera menor de edad o bien, que la víctima estuviera a cargo del ofensor, el ofensor estuviera en una posición de confianza o autoridad, o la víctima fuera económica, emocional o físicamente o de otro modo dependiente del ofensor.¹³²

En **México (Estado de Oaxaca)**: ¹³³Si bien el Código Penal Federal no contempla la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, a nivel estatal sí hay una excepción. En el Estado de Oaxaca, el Congreso estatal aprobó el 21 de enero de 2010 *la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de abuso sexual infantil, corrupción de menores, pornografía infantil, hostigamiento, violación, privación ilegal de la libertad, conductas relativas a la trata de personas y otros, al adicionar el artículo 122 BIS del Código Penal del Estado de Oaxaca*¹³⁴.

¹³¹ Ibidem 128.

¹³² Ibidem 128

¹³³ Ibidem 128 en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=130127&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

¹³⁴ Art. 122 BIS: “Cuando se trate de delitos cometidos en personas menores de edad, previstos en los artículos 194 Fracciones II a V, 195, 196, 241, 241 BIS, 246, 247, 248 BIS Fracciones I a III, 255, 347 BIS, 348 BIS C, 348 BIS F, la acción penal será imprescriptible”.

En **Ecuador**, en el mes de febrero del año 2018 se realizó una consulta popular¹³⁵, acerca de la imprescriptibilidad en delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, tanto en la pena cuanto en la acción, con la finalidad de reducir los índices de delitos sexuales cometidos, en contra de aquel grupo de atención prioritaria, consulta popular que fue aprobada.

Cuando entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, la prescripción de la acción penal en delitos sexuales, no constituía una excepción a las reglas generales, pero con la consulta popular y la enmienda realizada, *los delitos sexuales tienen carácter de imprescriptibles, con la particularidad de que esta regla solo se aplica cuando los delitos sean cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes.*¹³⁶

La legislación de **Chile** también ha incursionado e introducido cambios en la materia. Tal es así que en el ámbito regional, el artículo 369 quater del Código Penal chileno, introducido por la ley N° 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».*¹³⁷

Así, siguiendo los lineamientos de las leyes en gran parte de los países, en fecha 11-JUL-2019 se promulgó la ley 21.160 ¹³⁸ que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. En efecto, la ley declara imprescriptible la acción penal respecto de los crímenes y simples delitos de violación, explotación sexual y violación en caso de haber sido perpetrados contra menores de edad, los que se considerarán como delitos de acción pública previa instancia particular (conforme al

¹³⁵ Gavilanes Domínguez, Christian D. en III CONGRESO INTERNACIONAL “CIENCIA, SOCIEDAD E INVESTIGACIÓN UNIVERSITARIA” PUCE AMBATO TÍTULO DEL TRABAJO: LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS SEXUALES: <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2636/1/Prescripci%C3%B3n%20acci%C3%B3n%20penal.pdf>

¹³⁶ Ibidem 134.

¹³⁷ Citado en : CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3, Buenos Aires, 18 de diciembre de 2018, en la causa CCC 38644/2015/CNC1, caratulada “F., N. s/ violación de menor de 12 años”.Del Voto del Dr. Pablo Jantus.- [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Funicelli%20\(reg.%20N%C2%B0%201643%20y%20causa%20N%C2%BA%2038644\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Funicelli%20(reg.%20N%C2%B0%201643%20y%20causa%20N%C2%BA%2038644).pdf)

¹³⁸En: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1134001>

artículo 54 del Código Procesal Penal) desde que el ofendido por el delito haya cumplido los dieciocho años de edad, si no se ha ejercido antes la acción penal.

Para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal, que establece que la prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años y es inaplicable para delitos cometidos con anterioridad a la fecha de publicación en virtud de los tratados internacionales y de las garantías constitucionales vigentes.

La novedad que trae la ley es que expresamente establece que la aplicación no es retroactiva, dejando de lado cualquier tipo de discusión ni laguna legal, al establecerlo de modo explícito en su articulado.¹³⁹

En **Colombia**, el artículo 83 del Código Penal colombiano, introducido mediante reforma por el artículo 16 de la Ley 1719 de 2014, 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*»¹⁴⁰

Seguidamente, analizando la legislación de **Perú** se advierte que a través de la ley N° 30.838 de Agosto de 2018 incorporó *la imprescriptibilidad de los delitos de violación sexual, la trata de personas, la esclavitud y las ofensas al pudor público* (como por ejemplo la pornografía infantil). Tal es así que se ha adicionado el artículo 88-A al Código Penal, a fin de establecer que *"la pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos de trata de personas (art. 153), formas agravadas de trata de personas (art. 153-A), explotación sexual (art. 153-B), esclavitud y otras formas de explotación (art. 153-C); así como en los delitos de violación de la libertad*

¹³⁹ Ley 21.160 “Artículo transitorio.- Para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal.”.

¹⁴⁰ <https://www.conceptosjuridicos.com/co/codigo-penal-articulo-83/#:~:text=Termino%20de%20prescripci%C3%B3n%20de%20la,inciso%20siguiente%20de%20este%20art%C3%ADculo.>

*sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público, comprendidos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.*¹⁴¹

Finalmente, de acuerdo al Código Penal de **Uruguay** ¹⁴², artículo 119, “*el plazo de la prescripción de la acción penal derivada de los delitos previstos en los artículos 272, 272 bis, 272 ter, 273, 273 bis y 274 (relativos a violencia carnal, corrupción de menores, ultraje público al pudor) y en la Ley N° 17.815 de 2004 (sobre violencia sexual comercial o no comercial cometida contra niños, adolescentes o incapaces), en los cuales la víctima haya sido un niño, niña o adolescente, se suspende 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.* Asimismo, el artículo 119 dispone que *si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiere ocurrido la muerte de la persona menor de edad, comenzará a correr desde el día en que ésta hubiere alcanzado la mayoría de edad.* (Inciso agregado por: Ley N° 19.580 de 22/12/2017 artículo 84).

Se advierte que la problemática abordada en relación a la prescripción de la acción penal de los delitos contra la Integridad Sexual en perjuicio de NNyA es común a gran parte de los países de Latinoamérica y del mundo, que han ido adecuando sus legislaciones en estos últimos años a fin de garantizar los derechos de tal minoría vulnerable.

Habrá que tener en cuenta que, los países que han ratificado Tratados de Derechos Humanos necesariamente deberán atenerse a la protección en ellos establecida, principalmente en lo que respecta a la Declaración de los Derechos del Niño, y puntualmente en lo relativo al respeto por el Interés Superior del Niño.

¹⁴¹ <https://laley.pe/art/5894/modifican-codigo-penal-imprescriptibilidad-y-otros-importantes-cambios-en-violacion-sexual->

¹⁴² Código Penal de Uruguay, disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933> (mayo, 2018)

Capítulo Cuarto

“Jurisprudencia relativa a la prescripción de la acción penal en los Delitos contra la Integridad Sexual Infantil a partir de la sanción de las leyes N°26.705 Y N° 27.206 en Argentina”

A partir de la sanción de las Leyes N°26.705 y N° 27.206, y ante casos de planteos prescriptivos se han dictado diversas resoluciones, que pueden agruparse en dos grupos, con dos posturas absolutamente contrapuestas.

En primer lugar se analizará la jurisprudencia en Argentina, agrupada de conformidad con la postura a la que responde. Luego, se realizará el mismo trabajo con la Jurisprudencia en la Provincia de Mendoza, a fin de poner en conocimiento los precedentes que se han dictado en relación con cada postura de las esbozadas. Se advierte que existen dos posiciones bien diferenciadas, surgidas a partir de la causa Illarraz y sus argumentos pueden sintetizarse del siguiente modo:

4.1. Postura favorable a la prescripción de la acción penal

Quienes se enrolan en esta postura favorable, argumentan que el instituto de orden público de la prescripción de la acción penal hunde sus raíces en el principio constitucional de legalidad (art. 18 CN) y no es posible relativizar la vigencia de este último para convertirlo en una mera regla cuya aplicación dependa del discrecional arbitrio judicial.

Alegan que el principio de legalidad en materia penal se asienta en dos pilares esenciales: la irretroactividad de la ley y la prohibición de la analogía. Así, la legitimidad constitucional de la imposición de las penas depende de la vigencia estricta

de estos aspectos. En consecuencia, el comportamiento punible y la medida de la pena se deben determinar por anticipado y con validez general mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho. También aducen que la prescripción debe estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente.

Asimismo, se dice que se estaría instituyendo un nuevo paradigma jurisprudencial en mérito al cual todo juez puede considerar imprescriptible cualquier tipo de delito con sólo estimar que en el caso concreto existe una grave violación de los derechos humanos, desentendiéndose de todo el arco normativo, doctrinario y jurisprudencial que han considerado y establecido los caracteres propios que deben reunir los delitos de lesa humanidad, desaparición forzada de personas y genocidio para alcanzar la categoría de imprescriptibles. Se vulneran las garantías constitucionales de igualdad, defensa en juicio y debido proceso legal, el principio de legalidad y de supremacía constitucional.-

Que no es factible asimilar delitos contra la integridad sexual como los ventilados en dicha causa a los delitos imprescriptibles. Que los únicos delitos imprescriptibles son los contemplados en el Estatuto de Roma y el resto está sujeto a las normas comunes de prescripción de la acción.

Si bien muchas de las conductas tipificadas como delitos pueden calificarse como violatorias de derechos humanos, no todas ellas conllevan la excepción de la imprescriptibilidad.-

4.2. Postura favorable a la no prescriptibilidad-

Quienes se enrolan en esta postura estiman que resulta necesario que en estos casos la investigación penal continúe ya que estamos frente a la posibilidad de una *grave afectación a los derechos humanos de las posibles víctimas, siendo necesario que se tenga en cuenta el interés superior del niño y la tutela judicial efectiva.-*

Sin desconocer que el instituto de la prescripción es de orden público, cabe resaltar que, a partir de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación del artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna se amplió el "bloque de constitucionalidad", que no solamente está compuesto ahora por los derechos y garantías reconocidos en el articulado de la Constitución Nacional, sino que se completa con los derechos plasmados en los instrumentos supranacionales suscriptos por el Estado argentino.

Quienes abonan esta postura argumentan que todo magistrado al fallar acerca de una controversia que es sometida a su decisión debe realizar el análisis de constitucionalidad y el control de convencionalidad, requisito que ha sido exigido a los Estados parte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Almonacid Arellano vs. Chile" y "Gelman vs. Uruguay".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido como una obligación de los jueces el efectuar una fiscalización convencional de las normas domésticas, teniendo en cuenta no sólo la Convención Americana de Derechos Humanos sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fallos "Mazzeo" y "Rodríguez Pereyra").

Por ello, se afirma que la constitucionalización de los Tratados internacionales trae ínsita una *flexibilización en la aplicación de los principios liberales del derecho penal* (entre los que se encuentra el de legalidad) y de los institutos que derivan de ellos tales como la prescripción de la acción penal.

La incorporación a la Constitución Nacional de los Tratados Internacionales impone como prioridad garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos positivizados a través de esos tratados y convenciones internacionales y regionales, en particular en relación con los grupos minoritarios de personas vulnerables: los niños y las mujeres.

Al respecto, constituye un gran avance la vigencia del *principio pro homine*, que es un criterio interpretativo en virtud del cual debe estarse siempre a favor de la persona que el marco normativo protege e implica que se debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación

extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, tal como surge del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es sabido que tanto en el país como en lo que respecta al derecho internacional *se otorga a los niños una protección especial en miras a neutralizar la debilidad, desconocimiento e indefensión que naturalmente presentan quienes por su falta de madurez física y mental están en desarrollo.*

Así, la protección de la infancia surge de numerosos instrumentos internacionales, principalmente de la Convención de los Derechos del Niño.

En este sentido, la autora del Proyecto de Ley de respeto a los tiempos de las víctimas (Ley N° 27.206) Sigrid Kunath se refirió a un “amparo diferencial” de que goza la infancia, amparo que encuentra consagración legal en el denominado "interés superior del niño", principio rector que goza de reconocimiento universal y *obliga a los Estados a garantizar el ejercicio de los derechos humanos de los niños*, cuyo interés debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que los afecten. El mencionado Interés Superior del Niño (ISN) obliga a los magistrados a que, en los procesos judiciales, al decidir una cuestión en la que los niños estén involucrados, opten primordialmente por la plena satisfacción de sus derechos y garantías protegidos convencional y legalmente.-

Pese a que estos delitos de índole sexual no pueden encuadrar en la definición internacional de los delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, que por definición son imprescriptibles, debe señalarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos amplió los supuestos de imprescriptibilidad para aquellos casos que, *aunque no puedan ser calificados como de "lesa humanidad", denotan una grave vulneración a los derechos fundamentales, lo que obliga al Estado a investigarlos* (caso "Bulacio vs. Argentina").

En la misma línea se pronunció el citado Tribunal en la causa "Niños de la calle vs. Guatemala", precedente en el cual se determinó que investigar seriamente y sancionar toda violación a los derechos humanos es una obligación estatal, es un deber

jurídico, y se relaciona con el derecho a ser oído y a un recurso rápido y efectivo, que sea idóneo para establecer si se violaron o no los derechos humanos y en su caso, remediarlo.- Las consideraciones expuestas de modo sucinto en esos párrafos nos permiten concluir que de la conjunción armónica del interés superior del menor con la tutela judicial efectiva se sigue que *quienes denunciaron ser víctimas de delitos contra su integridad sexual tienen derecho a que se investiguen los hechos, sin que las normas internas acerca de la prescripción de la acción penal puedan limitar las prerrogativas que les han sido reconocidas internacionalmente.*

De lo manifestado ut supra surge como corolario que no resulta acorde a la justicia que quien cometió y perpetuó un delito sobre la base del seguro silencio de la víctima, luego se vea beneficiado por el instituto de la prescripción de la acción penal por el sólo transcurso del tiempo, durante el cual la víctima no tenía ni siquiera la edad legal para denunciar por sí misma, y probablemente tampoco las condiciones subjetivas para poder hacerlo.¹⁴³

4.3. Análisis Jurisprudencial en Argentina

Se ha realizado un recorrido por la Jurisprudencia de los diversos Tribunales de la República Argentina, a fin de delinear cuál ha sido la postura adoptada en cada caso. Puede afirmarse que el cambio de paradigma que se viene pregonando es posible sin vulnerar garantías constitucionales.-

¹⁴³ Kunath, Sigrid Elisabeth “Abuso sexual infantil y prescripción”, Editorial: Rubinzal Culzoni ~ Cita online: RC D 1204/2019

4.3.1. Resoluciones judiciales conforme Ley N° 26.705 y/o Ley N°27.206 en las que se ha determinado que la acción penal no se encuentra prescripta.

4.3.1.a) Provincia de Entre Ríos

1) Expte. “Fiscal c/ Ilarraz”

Resulta indispensable comenzar haciendo referencia a esta causa puesto que ha constituido un antecedente paradigmático en materia de Abuso Sexual Infantil.

La investigación en el proceso seguido contra "Ilarraz Justo José s/Promoción a la corrupción agravada" se inició en el mes de septiembre de 2012, fue una investigación de oficio que ordenó el Procurador General de la Provincia de Entre Ríos, Jorge Amílcar Luciano García.

Es importante mencionar que el sacerdote fue prefecto de disciplina en el Seminario Arquidiocesano Nuestra Señora del Cenáculo entre 1985 y 1993 y responsable de los dos primeros años de la secundaria con internado.

La investigación eclesial iniciada en 1995 derivó en una sanción que aplicó el exarzobispo Estanislao Karlic condenando al destierro a Ilarraz a la vez que estableció la prohibición volver a la diócesis. Fue así que el sacerdote se instaló en la Provincia de Tucumán donde fue puesto al frente de una parroquia en la localidad de Monteros, lugar en el que estuvo hasta que fue suspendido como sacerdote en 2012 como consecuencia del inicio del proceso penal.

En el proceso penal imputaron al sacerdote Justo José Ilarraz por delitos reprimidos con penas de 10 a 15 años de prisión por ser el encargado de la educación de las siete víctimas, quienes entre los años 1988 y 1992 (años en los que sucedieron los hechos) tenían entre doce y quince años de edad.

La defensa de Ilarraz alegó que la acción penal se encontraba prescripta al momento en que las víctimas acudieron a la justicia, y que en consecuencia, la causa debía archivarse y dictarse el sobreseimiento teniendo en cuenta que los últimos hechos

habrían ocurrido en el año 1992 y que el más joven de los denunciados tenía en aquel entonces 13 años de edad.

Ahora bien, el primer juez que tuvo en sus manos el expediente "Ilarraz Justo José s/Promoción a la corrupción agravada", Alejandro Grippo, rechazó la vía de la prescripción por cuanto entendió que se estaba frente a hechos que constituían "graves violaciones a los derechos humanos".

Dicha resolución judicial fue apelada por la defensa de Ilarraz y a principios de agosto de 2013 la Sala I de la Cámara del Crimen, con el voto de los vocales Daniel Perotti y Miguel Ángel Giorgio, revocó el fallo de Grippo, y sentenció el sobreseimiento del sacerdote admitiendo la pretensión defensiva.

Ante dicha resolución la Procuración interpuso recurso de Apelación, y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos anuló el fallo y ordenó que la causa volviera a la Cámara del Crimen, que esta vez integrada por los Doctores Ricardo Bonazzola (con voto en disidencia), Marcela Davite y Marcela Badano, rechazó el planteo de la defensa.

La Cámara consideró que la acción penal no se encontraba prescripta sustentando su postura no sólo en los preceptos enunciados en el Código Penal sino también en normas internacionales de índole convencional de respeto a los Derechos Humanos consagrados por nuestra Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 22.

En ese sentido, en la sentencia se afirmó que *"declarar prescripta la acción penal atentaría contra el principio del "interés superior del niño", que se erige como una pauta básica de interpretación en el sistema jurídico de la niñez y conforme al cual cuando se constate un conflicto entre los derechos e intereses de los niños y otros derechos e intereses igualmente legítimos correspondientes a personas mayores de edad, es obligatorio que los jueces hagamos prevalecer a los primeros"*.¹⁴⁴

El fallo estimó que, *"las disposiciones del Código Penal Argentino, que regulan los plazos previstos para la prescripción de la acción penal, son inaplicables porque*

¹⁴⁴ <https://www.elentrieros.com/actualidad/la-causa-illarraz-no-prescribio.htm>

*prevalecen otras normas de mayor jerarquía, en razón de su pertenencia al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.*¹⁴⁵

Continuando el íter de la causa, posteriormente el expediente Ilarraz llegó a la Cámara de Casación Penal que confirmó el rechazo a la prescripción.

Tras ello, el trámite llegó a la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia que en abril de 2015 en voto dividido confirmó esa tesis, y la decisión de que el caso de los abusos endilgados a Ilarraz continuara investigándose judicialmente.

Luego, en el mes de septiembre de 2015 el Superior Tribunal de Justicia habilitó la vía federal a partir de un recurso extraordinario, por lo que la causa llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El día 25 de abril de 2016 la Procuración General de la Nación aconsejó a la Corte de la Nación que rechazara el planteo de prescripción, con base en los artículos 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, sobre el cual dicho tribunal ha interpretado que *“... el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos...”* (Caso "Castillo González y otros vs. Venezuela")¹⁴⁶

¹⁴⁵ <https://www.elesqui.com/policiales/2019/11/20/la-imprescriptibilidad-del-abuso-sexual-infantil-341575.html>

¹⁴⁶ El precedente citado por la Procuración General de la Nación reconoce su antecedente en los lineamientos sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su primer fallo contencioso pronunciado en el año 1988 en el caso "Velázquez Rodríguez c/ Honduras", en donde se afirmó que "En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun 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". Estos principios han sido reiterados por la Corte a lo largo de los 30 años que pasaron desde aquella sentencia inicial.

El 7 de junio de 2018 la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso interpuesto por la defensa de Ilarraz por entender que no se dirigía "*contra una sentencia definitiva o equiparable a tal*",¹⁴⁷ dejando libre el camino para la continuación de las instancias judiciales correspondientes.

Por ello, con toda seguridad puede afirmarse que este pronunciamiento de nuestro Máximo Tribunal constituye un principio de reparación para las víctimas de Ilarraz en tanto ha allanado el camino para que continúen las instancias judiciales, sin perjuicio de que no se haya abordado la cuestión de fondo en relación a la prescripción o no de la acción penal.-

Posteriormente, en la Justicia de la Provincia de Entre Ríos, el *Tribunal de la Cámara I del Crimen, Sala II en transición de Paraná presidido por la Dra. Alicia Vivian e integrado por los Dres. Carolina Castagno y Gustavo Pimentel, dio a conocer el día 1 de Junio de 2018 la Sentencia completa en la Causa N° 5471, en la que resolvió por unanimidad declarar a Justo José Ilarraz autor material y responsable de los delitos de promoción a la corrupción de menores agravada y abuso deshonesto agravado en concurso real, y lo condenó a la pena de 25 años de prisión de cumplimiento efectivo y accesorias legales...*¹⁴⁸

Finalmente, en la Ciudad de Paraná, en fecha 7 de Marzo de 2019 los Sres. Vocales de la Cámara de Casación de Paraná, confirmaron la condena a la pena de 25 años de prisión en la causa No 1185/18 Fo179, caratulada "ILARRAZ, Justo José - Promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación y abuso deshonesto agravado por ser encargado de la educación s/Recurso de Casación"¹⁴⁹.

La resolución afirma que "...*el instituto de la prescripción no resulta aplicable al caso*" y que "*las normas del derecho internacional de los derechos humanos, de*

¹⁴⁷ <https://www.cij.gov.ar/nota-30557-La-Corte-Suprema-convalid--el-juzgamiento-penal-del-cura-Ilarraz.html>

¹⁴⁸ <http://www.jusentrerios.gov.ar/07/06/2018/dieron-a-conocer-la-sentencia-por-la-cual-condenaron-a-justo-jose-ilarraz-a-25-anos-de-prision/>

¹⁴⁹ <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.jusentrerios.gov.ar/wp-content/uploads/2019/04/ILARRAZ.rtf&hl=en>

mayor jerarquía que las normas de derecho interno, obligan al Estado Argentino a investigar, juzgar y sancionar los hechos denunciados, en cuanto implicaron una grave afectación a los derechos humanos de las víctimas, (...)habiéndoseles impedido (a las víctimas) el acceso oportuno a la justicia y a una tutela judicial efectiva en función del silenciamiento que de los mismos hechos realizara la propia jerarquía de la iglesia a la que pertenece el autor...”¹⁵⁰

Finalmente el 2 de marzo de 2020 el STJ de Entre Ríos, presidido por el Dr. BERNARDO IGNACIO RAMÓN, y con las Vocales, Dra. SUSANA ESTER MEDINA y Dr. JUAN RAMON SMALDONE confirmó la condena al sacerdote Ilarraz, y resolvió no hacer lugar a la impugnación extraordinaria interpuesta por la defensa.¹⁵¹

2)"ECKELL, Gustavo Rafael -ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA CONDICION DE GUARDADOR EN CONCURSO REAL CON CORRUPCION DE MENORES S/ RECURSO DE CASACION" - Legajo: N° 541/16 SENTENCIA N° 362, Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, en fecha 25/10/2017.¹⁵²

Del voto de la Sra. Vocal, Dra. MARCELA BADANO surgió que por auto de fecha 20/04/2016 emanado del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná (integrado en la oportunidad por los Dres. Ricardo BONAZZOLA, Alejandro GRIPPO y Elisa ZILLI), se resolvió CONFIRMAR el sobreseimiento de Gustavo Rafael ECKELL. Se había imputado al encartado hechos de abuso sexual en perjuicio de P.L.A. ocurridos en los años 1991 y 1992 aproximadamente.-

El itinerario procesal fue sencillo: el juzgado de instrucción dictó el sobreseimiento, los querellantes apelaron, la Cámara rechazó sus argumentos y confirmó el pronunciamiento, llegando a Casación.

¹⁵⁰ Ibidem 148.-

¹⁵¹ <https://www.cij.gov.ar/nota-30557-La-Corte-Suprema-convalid--el-juzgamiento-penal-del-cura-Ilarraz.html>

¹⁵² En: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZjgXRC9Y9AUJ:jurisprudencia.jusentrerios.gov.ar/download/ECKELL.RTF+&cd=24&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

En el caso, la denunciante, P. L. A., nacida el 17 de marzo de 1981, denunció el 15 de noviembre de 2013, que habría sido víctima de abusos sexuales en el año 1991, por parte de su tío, Gustavo Rafael Eckell, cuando ella contaba con 10 años de edad.

También explicó que luego de un proceso interno y de trabajar esa cicatriz en su vida, decidió hacer la denuncia. Que la Agente Fiscal en turno formuló requerimiento, el 18/11/13, en el que le solicita al juez que se avoque de inmediato a la instrucción formal de la causa, y se cite al imputado, en forma urgente, a prestar declaración indagatoria.

Finalmente, el 2/11/15, la defensa instó el sobreseimiento y el 11/11/15, *el Juez de Transición advirtió que los hechos endilgados ocurrieron cuando la víctima tenía 10 años*, en los años 1991/1992, o sea, "hace 24 o 25 años a la fecha", *por lo que declaró prescripta la acción* entendiendo que encuadrar los hechos en las leyes N° 26.705, 25.188, y 25.990 atentaría contra el principio de legalidad, en especial los institutos de ley previa, ley cierta y ley escrita, cimientos fundamentales del ordenamiento jurídico.

Indicó además que no es posible en la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontrar similitudes que permitan identificar y equiparar los supuestos tratados en los precedentes "Bulacio", "Arancibia Clavel", "Almonacid Arellano", y que no hay normativa internacional ni fallos de la CIDH que dispongan la imprescriptibilidad de delitos como los que son objeto de imputación en las presentes.

Esta resolución fue apelada por el representante de la parte Querellante.

La Dra. Badano en su voto citó la *Convención de los Derechos del Niño*. También citó su voto en el fallo "*Ríos*"-sent. del 22/06/2017-, en esta Cámara de Casación, y dejó sentada la necesidad de revisar, en tanto las normas a aplicar por los jueces atañan a derechos fundamentales de las personas, su conformidad con los Pactos Internacionales que al respecto ha firmado la República Argentina.

Respecto de la denunciante, además, en orden al debido control de convencionalidad, debe tomarse en cuenta su condición de mujer.

También en la causa "Ríos", la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que entró en vigor el 3/5/1995,

mediante la cual el Estado asumió el compromiso de actuar con la debida diligencia y adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, e incluir en su legislación interna la normativa y los procedimientos legales eficaces en relación a ese fin; que incluyan -entre otros- medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Expresó que está comprobado que la mayor proporción de los casos de delitos sexuales involucra, en carácter de víctimas, a mujeres y niñas. De allí la necesidad de tener en especial consideración todas las normas internacionales, que asumiendo esta particular situación de vulnerabilidad de las mujeres y de los NNyA, reconocen para todas las personas la misma dignidad, habilitando que las mujeres y las niñas se piensen con derechos y no como ciudadanas de inferior categoría.

Afirmó que toda niña abusada intrafamiliarmente, sin el auxilio de una persona adulta, no tiene ninguna oportunidad real de acceso efectivo a la justicia. Por ello, ese derecho debe permanecer intacto, hasta que una vez que alcance la mayoría de edad y las condiciones subjetivas se lo permitan, pueda ejercer las acciones legales por sí.

Adujo que si hay un principio de preservación del "Interés Superior del niño", consagrado internacionalmente, que debe tener prioridad sobre otras normas que lo contradigan, entonces la prescripción de la acción penal de un delito de abuso cometido contra niños, niñas y adolescentes, no le será oponible.

La Dra. Badano consideró que *“La atención al Interés Superior del Niño, no supone sin más la derogación de las leyes que determinan la prescripción de la acción penal, ni desconocer el principio de legalidad -lo que podría leerse de modo lineal con un modelo positivista-, sino que se traduce en una ponderación del juez de todo el ordenamiento vigente...”*.

Así, se efectiviza la responsabilidad asumida por el Estado al incorporar la citada Convención; más precisamente, el standard de Interés Superior del Niño, según el cual *“cuando existiere conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros ... Ese*

interés superior del menor reclama que quienes hayan sido víctimas de delitos contra su integridad sexual y/o libertad cuenten con normas que les permitan llevar a juicio a sus agresores, en el momento en que puedan hacerlo por derecho propio” -ROMERO VILLANUEVA, H. La Prescripción Penal, Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, p. 154-.

El nullum crimen sine pena y la consecuente prohibición de irretroactividad de las leyes penales, consagrado en nuestra Constitución Nacional es un principio que no se encuentra afectado aquí.

Las conductas atribuidas a Eckell estaban, a la época de su comisión, prohibidas por la ley que regía al momento, reformada por ley 25.087 del 14/5/99; no se trata de la prohibición de una conducta que al momento de la comisión no era delictiva, por lo que no puede pensarse que aquí se haya quebrantado el caro principio de la ley previa.

Y como también dijimos en "Ríos", es absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a una pérdida de interés por parte del Estado en la aplicación de una pena; como es irrazonable también que quienes no contaban con legitimación para denunciar (art. 72 CP) porque fueron víctimas siendo menores de edad, al momento de alcanzar la mayoría de edad tengan por delante un plazo reducido y diferente del que disponen las personas mayores de edad. Ello sin duda, violaría otro principio muy caro, el de la igualdad ante la ley.

Expresó que no se advierte que la garantía de la tutela judicial efectiva esté cumplida por el hecho de haberse comenzado a investigar una causa, y producido prueba, para después afirmar –a los dos años- que el hecho estaba prescripto desde el inicio (como lo dice en el resolutorio el Juez de primera instancia).

Finalmente estimó que el fallo recurrido debe revocarse, y proseguirse con la investigación, no haciendo lugar al sobreseimiento por prescripción de la acción penal, voto al que adhirió la Sra. Vocal Dra. Marcela A. Davite, ordenando remitir los autos al Juzgado de origen a fin de que se continúe con la instrucción. Por su parte, el Sr. Vocal

Dr. Hugo D. Perotti votó en disidencia, *aludiendo al principio de irretroactividad de la ley y a los fundamentos ya esgrimidos por quienes sostienen esta tesis.*

3) Sentencia de fecha 22/6/17 dictada por la Cámara de Casación de Entre Ríos en el fallo “RIOS”, con el voto de la Dra. Marcela Badano, que ha sido debidamente citado en ECKELL tratado en el punto anterior.

4.3.1.b) Provincia de Buenos Aires

1) CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4 CCC 191/2012/CFC1, Registro N° 310/16.4, en resolución de fecha 22 de Marzo de 2016 integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani (disidencia) como Presidente, y los doctores Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky como Vocales.

A fin de poder reseñar los fundamentos dados en la causa es menester mencionar que de las constancias de la causa se tiene que el último de los hechos a la víctima se habría cometido en el año 1997 aproximadamente.

Del voto del Dr. Gustavo Hornos (mayoría), aludió a “la reforma operada al artículo 63 del Código Penal, por la ley 26.705 (B.O. 5/10/11) y a la ley N° 27.206, promulgada el 9 de noviembre de 2015.

Explicó que “resulta fundamental considerar que, aún para la época de los hechos delictivos que han sido materia de imputación en lo que a este caso respecta, se encontraban ya vigentes los principios jurídicos fundamentales que motivaron la reforma en la norma nacional pues el Estado Argentino ya había adquirido, como Estado Parte, en convenciones internacionales de rango constitucional, particularmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (que entró en vigor el 03/05/95) (cfr. especialmente el artículo 7, incisos b., c. y f.).

Aludió a la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Ley ¹⁵⁵Nro. 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990), citando el artículo 19 y el artículo 3.1. de la citada Convención (ya mencionados a lo largo de la exposición).

Realizando una extensa cita de argumentos emergentes de los Tratados Internacionales de DDHH, expresó que *“A la luz de las consideraciones efectuadas corresponde concluir que en casos como el estudiado, resulta claro que una niña, de seis años, abusada por su propio cuidador, en el caso la pareja de su abuela, bajo cuyos cuidados y convivencia la dejaba su madre, no tuvo en su oportunidad acceso efectivo a la justicia, al menos hasta que alcanzó la mayoría de edad y pudo ejercer las acciones legales por sí misma; por lo que resolver la prescripción de la acción penal con motivo de que la concreta reforma legislativa operada al respecto, en cumplimiento del compromiso asumido por la República Argentina varias décadas atrás, fue dispuesta con posterioridad al agotamiento del plazo de extinción contenido en el artículo 62, inciso 2, del C.P. implicaría contrariar las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belém do Pará" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados, y procurarle a las víctimas legislación y procedimientos eficaces a esos fines; en desconocimiento, asimismo, del Superior Interés del Niño que se vería, en definitiva, también desconocido en el caso presente, de considerarse que la acción penal incoada respecto de la grave conducta de abuso sexual a la que fue sometida la niña, y que ella denunció habiendo alcanzado ya su mayoría de edad, se extinguió.*

Justamente, en los fundamentos que acompañaron al proyecto de la Ley de reforma Nro. 26.705, que en similares términos mantuvo la posterior Ley 27.206, se remarcó que *“cuando existiere conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros.”*

¹⁵⁵ [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/AJ%20\(causa%20N%C2%B0%20191\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/AJ%20(causa%20N%C2%B0%20191).pdf)

El magistrado afirmó que *“en el enjuiciamiento penal el concepto de ley vigente¹⁵⁶ abarca al Código Procesal Penal de la Nación, a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (C.N.C.P. Sala IV: causa Nro. 335: “Santillán, Francisco”, Reg. Nro. 585.4, del 15/5/96; causa Nro. 1619: “Galván, Sergio Daniel s/recusación”, Reg. Nro. 2031.4, del 31/8/99 y Causa Nro. 2509: “Medina, Daniel Jorge s/recusación”, Reg. 3456.4, rta. el 20/6/01; y mi voto en el Plenario Nro. 11 de esta Cámara: “Zichy Thyssen”, rto. el 23/6/06; entre varias otras).*

“En este escenario, la solución que corresponde adoptar como consecuencia de la interpretación armónica de la normativa vigente desde la Constitución Nacional, a la luz de la normativa internacional de rango constitucional que se encontraba vigente al momento de los hechos, es la que se corresponde con el adecuado compromiso asumido por nuestra Nación Argentina en salvaguarda de una efectiva protección del Interés Superior del Niño y, en pos de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, ...corresponde concluir que la acción penal incoada respecto del hecho del que fuera víctima la recurrente no se encuentra prescripta porque desde que formuló la denuncia penal, una vez alcanzada la mayoría de edad, no transcurrió el plazo previsto en el artículo 62, inciso 2, del C.P. Esta postura es la que mejor se armoniza con la interpretación que otorga mayor operatividad a las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el orden internacional.”, y en consecuencia se resolvió hacer lugar al recurso de Casación planteado por J.D.B (víctima)

2) Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de La Plata, sala IV, Expte: 07/03/2019 - O. L. s/ prescripción - abuso sexual con acceso carnal calificado.

Origen: Editorial: Thomson Reuters - Cita Online: AR/JUR/527/2019

De la citada resolución se lee que la Dra. Oyhamburu en su voto¹⁵⁷, tras realizar una cita del voto del Dr. Hornos ut supra detallado, y tras efectuar un racconto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y de los derechos y Garantías que en

¹⁵⁶ [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/AJ%20\(causa%20N%C2%B0%20191\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/AJ%20(causa%20N%C2%B0%20191).pdf)

¹⁵⁷ https://cijur.mpba.gov.ar/files/auctions/resolutions/Imprescriptibilidad_abuso_sexual..pdf (Consultado en el mes de noviembre de 2020)

ellos se acuerda a las víctimas menores de edad concluyó en relación a los *“Tratados reseñados con jerarquía constitucional que, si bien es cierto que ya se encontraban incorporados a nuestro bloque de constitucionalidad con anterioridad a las últimas reformas del Cód. Penal, en rigor de verdad, no fueron tenidos en cuenta por el ordenamiento interno, sino hasta hace pocos años, lo que me lleva a evaluar que si bien el imputado es parte esencial en el proceso, a la luz de la normativa internacional valorada, también lo es la víctima, produciéndose entonces un enfrentamiento de dos valores jurídicos y estos son la protección del imputado y la protección de la víctima, los que me imponen resolver lo más favorable a ambos, priorizando como en el caso de autos cuando no quede otra vía de solución el Interés Superior del niño”*

El fallo citado trae a colación además el voto del Dr. Pablo Jantus perteneciente en la causa “F., N. s/ violación de menor de 12 años”, CNCCC 38.644/2015/CNC1, Sala 3, Reg. N° 1643/2018¹⁵⁸, resuelta el 18 de diciembre de 2018 al sostener que: *“Así como no cabe discutir que el delito de abuso sexual...atribuido al imputado habrían ocurrido entre 1991 y 1992, durante un año y medio es decir que al momento de ocurrencia de los hechos denunciados, hasta 1994, regía la vieja versión del art. 57, Cód. Penal, según la cual la acción penal estaría prescripta, tampoco cabe cuestionar que por Ley N° 23.849, del 20 de noviembre de 1990, se incorporó 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 el caso, las derivadas del art. 19 que posteriormente fueron remarcadas en la Observación General N° 1.3. *De ese modo, si en el caso de autos, las niñas ahora adultas denunciantes 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*

¹⁵⁸ <https://www.mpf.gob.ar/coordinacion/files/2019/08/Reg.-n%C2%B0-1643.2018.pdf> (Consultada en el mes de noviembre de 2020)

argentino de cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, 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 sancionado 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..”

Finalmente, en el voto citado se afirmó “*el predominio que los Tratados¹⁵⁹ Internacionales firmados por nuestro país tienen en el derecho positivo interno, los que aparecen como directamente operativos.*

3) Especial consideración merece la resolución dictada por la CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3, Buenos Aires, 18 de diciembre de 2018, en la causa CCC 38644/2015/CNC1, caratulada “F., N. s/ violación de menor de 12 años” .

En primer lugar se pone de resalto el brillante voto del Dr. Jantus que citando al Dr. Mahiques se pronunció por la protección de los derechos de la infancia, exponiendo con sólidos argumentos por qué estima que la acción penal no se encuentra prescripta.

Luego, tras citar jurisprudencia de la CIDH, y las normas aplicables en el ámbito nacional, refiriendo a la ley 26.061 aludió a las leyes 26.705 del año 2011 y 27.206 del año 2015 .

Al respecto mencionó que “*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–...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*

¹⁵⁹ https://cijur.mpba.gov.ar/files/auctions/resolutions/Imprescriptibilidad_abuso_sexual.pdf (Consultado en el mes de noviembre de 2020)

que cuenten con normas que les permitan llevar a juicio a sus agresores, en el momento en que tengan el poder propio de hacerlo...» (fundamentos del proyecto de ley S-2288, de Sigrid Kunath, Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria)”.

“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.”(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)”.

Seguidamente, y tras citar al Dr. Maiques, el Dr. Jantus expresó en su voto que *“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, 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...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– denunciaron 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...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”.

Seguidamente el Dr. Magariños expresó que el agravio relativo a la aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas al artículo 67 del Código Penal por las leyes N° 26.705 y 27.206 debe ser rechazado, ya que derivaría en una vulneración del principio de legalidad, e hizo referencia a que el caso en estudio no constituye una violación de derechos Humanos fundamentales que justifique la aplicación de la jurisprudencia de la CIDH.

Finalmente, el juez Alberto Huarte Petite expresó que la solución más adecuada para el caso, en consonancia con la jurisprudencia ya citada y los demás fundamentos dados hasta aquí, *es emitir su voto en el mismo sentido que el Juez Magariños. No obstante ello, entiende que la consideración primordial del interés superior del niño lleva indefectiblemente, en el “sub lite”, a que 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.*

En vista de ello, es que se traduce la parte resolutive que textualmente expresó “...I. *DECLARAR PARCIALMENTE INADMISIBLES los recursos de casación interpuestos...II. ...en consecuencia, CONFIRMAR la resolución impugnada...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”.*

En relación con la solución dada al caso, las víctimas de abuso sexual sufrido en la infancia conocen la verdad de lo ocurrido, ya que recuerdan los hechos y tienen registro sensorial de los mismos, padecieron los abusos sexuales. Por ende, “HABILITAR una instancia EXCLUSIVAMENTE para determinar la verdad” no proporciona ningún tipo de reparación. Por el contrario, solamente implicaría una revictimización innecesaria.

Es decir, implicaría someter a las víctimas a pericias psicológicas y demás “medidas de prueba” que en definitiva no arribarán a ninguna solución más *que a la declaración de una verdad que la víctima ya conoce pues constituye su vivencia.*

Además, una vez “determinada” la verdad de los hechos no podrá imponerse castigo ni sanción penal alguna al abusador, que seguirá siendo impune como lo fue desde el mismo momento de la comisión de las agresiones sexuales a su víctima, revictimizándola, por lo que resulta a todas luces una solución incongruente con la protección de la infancia y sus derechos.

4.3.1.c) Provincia de San Luis

1- Superior Tribunal de San Luis en fecha 6 de Mayo de 2020

El 6 de mayo de 2020¹⁶⁰ el Superior Tribunal de Justicia puntano emitió un fallo y resolvió la inconstitucionalidad de una sentencia emitida por la Cámara Penal de la Tercera Circunscripción Judicial, con asiento en la localidad de Concarán.

¹⁶⁰ <http://www.periodicojudicial.gov.ar/?p=406792> (Prensa del Poder Judicial de San Luis)

Esa sentencia había confirmado una resolución del Juzgado de Instrucción Penal, Correccional y Contravencional de la Tercera Circunscripción Judicial que en el 2017 había declarado la prescripción de la acción penal en un caso de abuso contra una menor. Esto significa que se declaró el agotamiento del plazo para que la víctima pueda actuar ante la justicia y así solicitar la reparación de un derecho vulnerado.

El referido caso llegó a conocimiento y decisión del Alto Tribunal a raíz de la presentación de un “recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad de sentencia” interpuesto por el abogado patrocinante de la denunciante, contra la sentencia dictada por la Cámara de Concarán. A través de esta sentencia, la Cámara confirmó la resolución que declaró la prescripción de la acción penal y rechazó el recurso de apelación presentado por la denunciante.

Cabe aclarar que el caso se inició en el Juzgado de Instrucción Penal, Correccional y Contravencional de la Tercera Circunscripción Judicial en el 2017. La víctima, quien al momento de la presentación tenía 18 años, denunció los abusos sufridos por parte de su tío en octubre del 2005, cuando tenía 6 años de edad. El informe pericial psiquiátrico-psicológico confirmó que existían indicadores de Abuso Sexual Infantil.

Posteriormente el Agente Fiscal, concluyó que existían motivos de sospecha y solicitó la continuación de la investigación. Asimismo, se citó a declarar al imputado y se ordenó su detención.

Por su parte, el Defensor del imputado petitionó la prescripción de la acción penal y el Juzgado de Instrucción hizo lugar a esta solicitud, valiéndose del principio de la retroactividad de la ley. Es decir, que las leyes N° 26.705 (Ley Piazza) y N°27.206 (Respeto a los tiempos de las víctimas), beneficiosas para las víctima promulgadas en el 2011 y 2015 respectivamente no podían utilizarse para encuadrar un hecho sucedido en el 2005, porque en este caso, no benefician al imputado.

En consecuencia, la denunciante solicitó que esta resolución fuera revisada por la Cámara de Concarán, pero el recurso fue rechazado y la resolución del Juzgado confirmada. En estos casos la normativa prevé que se pueda recurrir a la interpretación

del Superior Tribunal y se interpuso un recurso de “inconstitucionalidad por arbitrariedad de sentencia”.

En esta instancia, el Alto Cuerpo Judicial se abocó al análisis del hecho que giró en torno al alcance de la prescripción penal. En este sentido, el Superior Tribunal tuvo en cuenta la jerarquía de las normativas y consideró que quien juzga debe realizar una interpretación armoniosa de las mismas, buscando un equilibrio entre las normas nacionales y los tratados internacionales. En definitiva, lo que se encuentran en tensión es el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable y el de la víctima a ser protegida por la institución judicial.

El Alto Tribunal Judicial consideró que, ¹⁶¹*al momento de los hechos denunciados, ya se encontraban en vigencia diferentes instrumentos legales internacionales (Convención de los Derechos del Niño, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) que contaban con jerarquía normativa superior a los artículos del Código Penal. En definitiva, estas normativas internacionales establecen prioridades y disponen que el interés superior del niño es el que debe prevalecer sobre otras normas que lo contradigan.*

Teniendo en cuenta este principio la Corte Provincial afirmó que *la niña de 6 años no tuvo en su oportunidad el acceso efectivo a la justicia hasta que pudo ejercer acciones legales por sí misma.* Entonces, la prescripción de la acción penal debe correr a partir de ese momento. Mediante el fallo N° 81/20 el Superior Tribunal determinó la inconstitucionalidad de la sentencia de la Cámara Penal de Concarán, dejándola sin efecto y determinando que continuara la investigación en el Juzgado de Instrucción.

¹⁶¹ <http://www.periodicojudicial.gov.ar/?p=406792> (Prensa del Poder Judicial de San Luis)

4.3.1. d) Provincia de Chaco

1) CAMARA DE APELACIONES CRIMINAL Y CORRECCIONAL PODER JUDICIAL CHACO, FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCION N° 131/18, de fecha 09 de Agosto de 2018 en autos caratulados: "DE FRANCISCHI, P. H. M. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL REITERADO", Expte. N° 28665/2016-1.-

La Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional de la Provincia del Chaco, en el fallo “De Francischi” 26 del año 2018, resolvió revocar la decisión del Juez de Garantías N° 3 que declaraba extinguida la acción penal por prescripción en la presente causa en la que se sobresee total y definitivamente el proceso por Abuso Sexual en favor de “De Francischi”.

En el caso, el hecho del imputado tuvo lugar entre el año 2000 a 2003 y a ese tiempo no estaba vigente la Ley N° 27.206 (B.O. 10/11/2015).El fiscal expresó que debían tenerse en cuenta los fundamentos del nuevo art. 67 del CP, en el caso concreto la denuncia fue efectuada por la victima mayor de edad en el año 2016 (cuando sufrió los hechos era menor de edad).

De la atenta lectura de la resolución surge que ¹⁶²“*Avogados al tratamiento del recurso y del caso en estudio, encontramos, no obstante, que según el Art. 67, cuarto párrafo, del C.P.,...es de aplicación al delito investigado y proceso seguido en contra de Pedro De Francischi, en el que la denunciante relata que los abusos se habrían cometido entre los 6 y 9 años de edad de la víctima contando con 22 años al momento de formular la denuncia.*”

“...Observamos por una parte, que la denuncia fue efectuada al cumplir la mayoría de edad, por la víctima, aún existiendo otras personas que años antes fueron anoticiadas del suceso...el deber de cuidado de personas mayores de edad, que podrían haber denunciado el hecho no lo hicieron, dejando a la víctima en estado de

¹⁶² Véase "DE FRANCISCHI, P. H. M. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL REITERADO", Expte. N° 28665/2016-1, CAMARA DE APELACIONES CRIMINAL Y CORRECCIONAL PODER JUDICIAL CHACO

vulnerabilidad...A este respecto, la Corte Suprema ha expresado que ".....se encuentra en condiciones de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales..." (in re "GALLO LOPEZ , Javier s/causa N°2222 "Expte.G.1359 XLIII, Consid.5° del voto de la Dra. Highton de Nolasco).-

“En este sentido, se aludió al Art. 7° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), aprobada por ley 24.632, “(...) esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (cfr. el inciso "f", del artículo citado)" (CSJN, 23/04/2013, Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa N° 14092), criterio que fue receptado por nuestro Máximo Tribunal Provincial, entre otros, en los siguientes autos: "Sánchez, Anibal René... (Sent. N° 10/2014)"; "Jara, Néstor... (Sent. N° 48/2013)"; "Cabañas, Hugo... (Sent. N° 114/2014)"; "Sosa, Maximiliano... (Sent. N° 54/2014)"; y más recientemente, en "Duré, Juan Bautista... (Sent. N° 136/2016)". ...“Esta circunstancia impone considerar que si bien el imputado es parte esencial en el proceso, también lo es la víctima, produciéndose al respecto la colisión de dos valores jurídicos, la protección del imputado y de la víctima, que imponen al magistrado, decidir resolviendo lo más favorable a ambas partes, priorizando el interés superior del niño, cuando no quede otra vía de solución”

Finalmente la resolución citada expresa “...Consideramos que la solución que corresponde adoptar,...debe consistir en aquella que respete el efectivo compromiso asumido por nuestro país como Estado Parte en las convenciones internacionales de Derechos Humanos, en particular, relativas a la salvaguarda de los derechos de los

colectivos más vulnerables, esto es, la víctima mujer y el niño, promoviendo y garantizando el efectivo acceso a la Justicia y el procedimiento eficaz”¹⁶³

Resta mencionar que en el caso la resolución fue dictada con el voto unánime de los Jueces, Dres. GUSTAVO M. J. SERRANO HECTOR FELIPE GEIJO y MERCEDES NOEMI RIERA para finalmente aludir a que en fecha 21 de Octubre de 2020 el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco confirmó tal resolución.-

2)La Sala Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia del Chaco determinó en el **fallo N° 88/19** en el expediente *N° 1-24422/17* caratulado: **"NÚÑEZ MANUEL EDUARDO S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** en fecha 13 de mayo de 2019, que corresponde la aplicación retroactiva de la ley 27.206 de respecto a los tiempos de las víctimas (conocida como “ley Kunath”), para juzgar hechos ocurridos previos a su promulgación.¹⁶⁴

De esta manera las juezas María Luisa Lucas e Iride Isabel Grillo confirmaron la sentencia N° 245 de la sala unipersonal de la Cámara Primera en lo Criminal de Resistencia en la que el acusado fue condenado a nueve años de prisión efectiva por los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda, en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda, contra una menor que al momento de los hechos tenía siete años de edad.

El análisis introducido por la sala penal está orientado proteger el Interés Superior del niño, garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en los en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Entre sus fundamentos, las ministras del STJ, aseguraron que *“admitida pacíficamente la especial característica traumática de los abusos sexuales infantiles, sus tiempos, con todas las consecuencias destructivas para la estructura de la personalidad, los términos de la prescripción no pueden ser los generales previstos por el código de fondo”*.

¹⁶³ Ibidem 159, aportado por el abog. Dr. Leandro Ramírez, desde la provincia de Chaco.-

¹⁶⁴ <http://prensa.justiciachaco.gov.ar/node/3791>

Asimismo, afirmaron que no puede soslayarse lo expresado en términos generales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Favela Nova Brasilia vs Brasil” cuando señaló que: *“la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”*.

También recordaron el precedente de la sentencia "V.R.P, V.P.C y otros vs. Nicaragua"¹⁶⁵ en la que la CorteIDH afirmó: *“los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual”*.

Además consideraron que no correspondía abordar aisladamente la aplicación o no retroactiva de la ley *“sino que la solución emerge al conjugarla con los principios jurídicos fundamentales ínsitos en los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), vigentes en nuestro orden interno en épocas de ocurridos los abusos sexuales”*¹⁶⁶.

Por todo ello, sostuvieron, la aplicación de la nueva normativa tuvo como objetivo *“cumplir convenientemente con el compromiso internacional asumido en esas oportunidades de salvaguardar la efectiva protección de los intereses en juego, sin que ello conduzca a una afectación del principio de legalidad penal”*¹⁶⁷.

Así, concluyeron que: *“resulta evidente que no se sacrifica el derecho del imputado de ser juzgado sin dilaciones en un plazo razonable, toda vez que este proceso desde su inicio hasta la sentencia condenatoria ha sido tramitado con rapidez”*.

¹⁶⁵ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

¹⁶⁶ Aportado por el Abogado querellante en el Expte. N° 32692/2017-1 caratulado "FRUTOS, MIGUEL ANGEL..."

¹⁶⁷ Ibidem 163.-

3) Sentencia N°107/19, Resistencia, Capital de la Provincia del Chaco, 18/6/2019, Sala Unipersonal N° 3 de la Cámara Primera en lo Criminal, a cargo de la Dra. Lucía Ester Martínez Casas, en Expte. N° 32692/2017-1 caratulado "Frutos Miguel Angel s/Abuso sexual gravemente ultrajante en concurso real con abuso sexual con acceso carnal reiterado .-Tres Hechos-ambos delitos agravados doblemente por ser cometidos por un encargado de la guarda y por ser cometidos sobre un menor de dieciocho aprovechando la situación de convivencia”

El proceso se inicia con la denuncia de V el 23 de octubre de 2017, ante la Unidad de Atención a la Víctima y al Ciudadano, y expresó que entre los años 1992 y 1995, quien en dicho período contaba con una edad de entre 6 y 9 años, la pareja de su madre la abusaba sexualmente.

“Aún cuando el último planteo aludido por la defensa de la inconstitucionalidad de la Ley ¹⁶⁸de imprescriptibilidad, tomando como base los Derechos del Niño, incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, con el argumento que viola lo dispuesto por el art. 18, 28 y 31 de la Constitución Nacional que habla sobre el término razonable; en primer término abordaré esta cuestión, aún cuando los argumentos vertidos sean insuficientes para una tacha de esta índole. La Ley 27.206 modifica el art. 67 del Código Penal...La Ley fue publicada el 10/11/2015. La denuncia tratada en el proceso fue radicada por la víctima en el año 2018. Cabe decir que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, tiene carácter restrictivo, debe ser empleado como último recurso...La legislación examinada de la ley de fondo sin duda debe ser interpretada dentro del contexto de los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, ...y los Estados Partes deben tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido atendiendo a su interés superior...”

“Por las razones dadas, queda claro las razones del rechazo de la inconstitucionalidad de la norma de fondo aplicable. Se trata de cumplir con el compromiso internacional asumido por la República Argentina en salvaguarda de la

¹⁶⁸ <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20190701104504191>

efectiva protección de los intereses en juego, sin que ello conduzca a una afectación del principio de legalidad penal (art. 18 de la CN, arts. 9 y 27.2 de la CADH, el art. 15.1 del PIDCyP y el art. 11.2 de la DUDH).

Según explicaron diversos medios periodísticos ¹⁶⁹“Se trata de la primera aplicación de la ley N° 27.206, sancionada en 2015. En el caso, el imputado había abusado de la hija de su entonces pareja, mientras quedaba a su cargo, entre 1992 y 1995, cuando la niña tenía entre 6 y 9 años. En 2017 ella pudo presentar la denuncia.

La justicia de Chaco lo condenó a 17 años de prisión. Con esta condena, Chaco se convirtió en la primera provincia en aplicar la ley nacional de “Respeto a los Tiempos de las Víctimas (27.206)”, sancionada en 2015.

“Este tipo de crímenes son cometidos sin la presencia de testigos y el pacto de silencio es la característica típica de estos delitos. El niño siente la responsabilidad de las consecuencias de estos hechos...cuando crece y encuentra las herramientas para poder romper ese silencio ya es tarde para la justicia”¹⁷⁰, dijo Leandro Ramírez, abogado de la querrela.

Durante más de 25 años, Frutos gozó de impunidad mientras V sufría de insomnio, problemas para relacionarse, cambios de humor, intentos de suicidio y dolor.

«Cuando me creyó el fiscal y llevó mi caso a juicio sentí un beso de la justicia a la infancia y el abrazo contenedor de la lucha de todas las sobrevivientes», dijo V. “En particular, sentí el abrazo a mi propia niña que pedía ayuda desconsoladamente”¹⁷¹

En este caso se está a la espera de la Resolución del STJ de Chaco.

De la lectura del fallo citado surgió la inquietud de realizar una entrevista a su abogado Querellante, teniendo en cuenta la importancia y resonancia de la resolución

¹⁶⁹ <https://www.pagina12.com.ar/202324-un-abusador-condenado-25-anos-despues-de-haber-cometido-el-d>

Fecha 24 de Junio de 2019

¹⁷⁰ Ibidem 166.-

¹⁷¹ Ibidem 166

aludida. Por ello, contacté al Dr. Leandro Javier Ramírez en forma telefónica, querellante en esta causa (realizada en fecha 4 de Febrero de 2021) a fin de valorar su experiencia en el presente trabajo de tesis poniendo énfasis en que su pensamiento comparte la línea investigativa aquí desarrollada.

En honor a la brevedad se transcriben a continuación los puntos más relevantes que el Dr. Ramírez transmitió *“El rechazo o no de la prescripción depende de la aplicación retroactiva de la ley, es difícil sortear esa valla pero el andamiaje argumental no tiene que ver con la aplicación estricta de esa ley (en referencia a la ley N° 27.206) sino que esa ley responde a compromisos que asumió Argentina y que no los ha cumplido en tiempo y forma dejando desamparada a esa franja etárea que estaba expuesta” (sic)*

El doctor agregó que *“Tienen mayor peso los Tratados internacionales de Derechos Humanos pero como esos mismos tratados pueden ser esgrimidos en contra de esta postura por las garantías que tiene el imputado acá lo central es ahondar en cuestiones particulares de este tipo de delito y la inequidad que genera el subsumir un proceso psicológico a un plazo procesal que corre de prescripción por eso se la llama comúnmente “Ley de respeto a los tiempos de las víctimas” porque una persona que padeció este trauma si sobrevive a él puede tardar en hablar de esa cuestión doce años, quince, veinte, no hay un plazo para ese proceso interno que hace esa persona afectada. (sic) A ello debemos sumar todas las dificultades que tiene un menor para verbalizar este tipo de cosas, si bien no entiende la sexualidad adulta si entiende la violencia y el secreto y las cosas que genera o puede generar en su familia, el pacto de silencio, etc.(sic)*

Asimismo expresó que *“Si un niño veinte años atrás hablaba de ese tema estaba mintiendo no le creían y supongamos que le creían ese padre esa madre esa persona a la que le contaba e iba a hacer la respectiva denuncia generalmente la mandaban a la casa como que se iba a olvidar, “déjelo pasar”, como que había una resistencia de los operadores del sistema y “si pasaba el primer filtro no pasaba el segundo”, estaba la idea de que el niño podía mentir acerca de la sexualidad adulta” (sic).*

Explicó que a grandes rasgos son todas estas ideas las que sustentan estos fallos, y resaltó la necesidad de hacer cumplir los *“compromisos del Estado Argentino al firmar esos tratados de subsanar las desigualdades y hacer efectivo el ejercicio de los derechos consagrados”* (sic).

4)El caso más antiguo en la Argentina (AÑOS 1979-1986) Contextualización Histórica

Transcurría el año 1976 y el 24 de marzo, tres comandantes de las Fuerzas Armadas (FF.AA), corporaciones y una porción de la sociedad opositora derrocaron a María Estela Martínez de Perón, estableciendo una Junta Militar. Fueron violados de manera masiva y sistemática los Derechos Humanos. Durante la dictadura se implementó el terrorismo de Estado, miles de personas torturadas y desaparecidas, estimativamente 30.000 según la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP).

Este contexto duró hasta 1983 posteriormente se llamó a elecciones presidenciales, cuya victoria la obtendría Raúl Alfonsín.

Así las cosas, con esta reseña histórica quedan evidenciadas las particularísimas circunstancias de vulnerabilidad en las que se encontraban las sobrevivientes de estos delitos: R y B. Por ser niñas, R además por ser sobrina de los victimarios y Belén porque, aunque logró contarle en el momento, su familia no logró accionar judicialmente. También debe ser ponderada la vulnerabilidad económica de ambas, todo esto dentro del contexto político y social de la época. Este caso, es sin dudas, el más paradigmático en la actualidad y que mayor complejidad presenta.

R¹⁷² nació en 1974 en Resistencia y por razones de persecución política, con su familia compuesta por sus padres y su hermano, se vieron obligados a mudarse al interior de Corrientes. En el año 1978 regresan a Resistencia, a la casa de su abuela paterna, a la vuelta de donde vivían sus tíos Alvarado-Pacce. Por aquel entonces, Daniel

¹⁷² Amira Nahir Barud, Sergio Paulo Pereyra, Maria Silvana Perez, Carolina Mercedes Fule. (2020). El Sentido de la Ley Para Sobrevivientes de Abuso Sexual en las Infancia pág.74/75. <https://www.libreriacontextodigital.com.ar/reader/el-sentido-de-la-ley-para-sobrevivientes-de-abuso-sexual-en-las-infancia?location=74>

Pacce se desempeñaba activamente en la política. Por la proximidad de las casas, por el buen trato que recibía en un principio por sus tíos y porque sus padres trabajaban todo el día, acostumbraba a pasar tiempo allí. A la edad de seis años, comienza en un momento, a vivenciar situaciones que no podía comprender por su corta edad y que tenía como autores a sus tíos. Recién a los 19 años pudo contarlos. Ella temía por la salud endeble de su padre. Recién al fallecer él y al enterarse que lo mismo le había sucedido a B es que deciden denunciar estos hechos. Esto ocurre el 15 de junio del año 2016, en el marco de la entrada en vigencia de la Ley N° 27206 (Ley de Respeto al Tiempo de las víctimas).

Por su parte, B durante el año 1984, ella tenía 3 años y concurría al domicilio donde vivía Noemí junto a Daniel Pacce. Esto se debía a la amistad que tenían ellos con sus padres. La madre de B era docente en el colegio donde Noemí se desempeñaba como directora, y por ese entonces se encontraban en una situación de vulnerabilidad económica. Ella recuerda que el matrimonio Alvarado-Pacce ayudaba económicamente a su familia, por lo que había un sentimiento de confianza y lealtad hacia ellos. B pudo contarle a su maestra de jardín los hechos llevados a cabo por el matrimonio Alvarado-Pacce, que informó a la familia y realizaron las averiguaciones para radicar la denuncia pero al consultar de manera informal con psicólogos y un Juez de Familia les aconsejaron que no hicieran la denuncia para no generar más daños en B, también recomendaron que no se hablara del tema. Por lo expuesto¹⁷³, el proceso tenía como victimarios a Daniel Pacce y Noemí Alvarado. El 03 de julio del año 2018, Pacce fallece.

Luego de varias cuestiones procesales tales como el archivo de la causa, el planteo de nulidad por parte de la Querrela ante la notificación negligente de este accionar, la posterior audiencia de oposición a su archivo, finalmente en el año 2019 se eleva la causa a juicio.

– En el Requerimiento de Elevación a Juicio de R: se le imputa a Noemí Alvarado el delito de abuso deshonesto en concurso ideal con corrupción de menores en calidad de autora en concurso real con corrupción de menores en calidad de autora: arts. 127 en

¹⁷³ Amira Nahir Barud, Sergio Paulo Pereyra, María Silvana Pérez, Carolina Mercedes Fule. (2020). El Sentido de la Ley Para Sobrevivientes de Abuso Sexual en las Infancia pág.76.-

función del art. 119 inc. 1, 45, 54, 125 inc. 1, 45, 55, 125 inc. 1 y 45 todos del Código Penal ley 11.179.

– Mientras que en el Requerimiento de Elevación a Juicio del Expte de B: el delito de Corrupción de menores, previsto en el art. 125 inc. 1º y 45, ambos del Código Penal – Ley N° 11.179–.

El desarchivo de la causa se dispuso fundándose el magistrado en que *“a la época ¹⁷⁴de la probable prescripción de los hechos delictivos denunciados (1986 los últimos), ya se encontraban vigentes los principios jurídicos fundamentales que motivaron la reforma de la Ley N° 27.206. Se considera que ello es así porque el Estado Argentino ya había adquirido como Estado Parte y Signatario en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Ley N° 24.632 y mod., en vigencia desde el 01/04/96), el compromiso de actuar con la debida diligencia y adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, e incluir en su legislación interna la normativa y los procedimientos legales eficaces en relación a ese fin; que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (art. 7º incs. b, c y f)”* citando asimismo *La Convención sobre los Derechos del Niño* (Ley N° 23849 y modif., promulgada de hecho el 16/10/90) en su art.19, aludiendo al deber del Estado de adoptar medidas que les conciernan a los Niños /as como también refiriendo al Interés superior del Niño.

Además, ponderó que *“gran parte de los delitos cometidos contra la integridad sexual de menores quedan, con frecuencia, impunes en función de que la víctima – incapaz de hecho– no está en condiciones de defenderse a sí misma y porque depende de la representación legal forzosa de algún adulto integrante del grupo familiar primario quien, en muchos casos, podría identificarse como el propio agresor.*

¹⁷⁴ Amira Nahir Barud, Sergio Paulo Pereyra, Maria Silvana Perez, Carolina Mercedes Fule. (2020). El Sentido de la Ley Para Sobrevivientes de Abuso Sexual en las Infancia pág. 90.- <https://www.libreriacontextodigital.com.ar/reader/el-sentido-de-la-ley-para-sobrevivientes-de-abuso-sexual-en-las-infancia?location=90>

Asimismo la víctima, al alcanzar la mayoría de edad –o la madurez personal necesaria para accionar– se enfrenta, muchas veces, a una acción penal prescripta”.¹⁷⁵

Asimismo, estableció que “El concepto de ley vigente no se limita al Código Procesal Penal, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional”

Ello motivó que el Procurador General del Chaco emitiera la Resolución N° 8 del ¹⁷⁶ 15/2/18 del MPF, por la que resolvió:“(I) DICTAR LA PRESENTE INSTRUCCIÓN GENERAL para todos los FISCALES DE INVESTIGACIÓN DE LA PROVINCIA, *haciéndoles saber que en todos los casos de abuso sexual infantil y de adolescentes, deberá agotarse la investigación penal hasta una decisión total y definitiva en el marco procesal correspondiente, entendiéndose ésta como única forma de garantizar y asegurar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, conforme los ex-puestos en los considerandos”*.

En primera instancia nos encontramos con que el principio de ley previa tiene su base en la conducta desplegada por quien fuera acusado, en este caso por Alvarado, y la pregunta sería ¿Era delictiva la conducta al momento de los hechos? La respuesta será afirmativa sin dudas. Hoy encuadraría en abuso sexual (art. 119 primer párrafo) y en aquel momento se encontraba tipificada bajo la denominación de abuso sexual deshonesto (artículo 127)¹⁷⁷

Comprendiendo que el accionar desplegado en su momento por Pacce y Alvarado estaba tipificado por la ley, y que en aquel momento también el Estado había ratificado los instrumentos internacionales de: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscripto por Argentina en el año 1969 y por Ley N° 19865 comenzó a formar parte de nuestro ordenamiento interno en el año 1972; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Ratificado en 1984; Convención sobre la Eliminación de todas las

¹⁷⁵ Ibidem 169, pág. 91

¹⁷⁶ Ibidem 169 pág.94

¹⁷⁷ Ob Cit. 169 pág 96/97.

Formas de Discriminación contra la Mujer (1985); Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo (1986) Ley N° 23313, podemos concluir que *el uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado sólo es posible si se da la determinación previa de lo punible* (reiteramos en este caso artículo 127 del Código Penal según Ley N° 11179).

El Código Penal interpretado conjuntamente con los instrumentos internacionales ya había facilitado el injusto, determinaba la conducta reprochable. A su vez, los instrumentos internacionales le brindaron un marco coherente cuyo fin es siempre la protección de los Derechos Humanos.

Los expedientes siguieron su curso, y con ellos, la lucha de R y B por acceder al momento cúlmine del proceso. Por ello la defensa técnica de la Sra. Alvarado se opuso a la Elevación a Juicio, esgrimiendo como fundamento la prescripción de las causas, entendiendo que Alvarado no es más que una víctima, al tener 80 años y continuar inculpada de los delitos de Abuso Sexual y Corrupción de Menores.

A su vez, el Fiscal explicó en la audiencia que no son delitos comunes y que tampoco sucedieron en un momento histórico común.

La denunciante R que estuvo allí presente, expresó su voluntad de ser escuchada en un juicio.

La conclusión a la que arribó la Jueza de Garantías Subrogante del Juzgado de Garantías N° 2, fue el rechazo al planteo de oposición al requerimiento de elevación a juicio y no hacer lugar al sobreseimiento por extinción de la acción penal.

La Magistrada en primer término se refirió a la Ley N° 27206, de Respeto a los tiempos de las víctimas, remarcando entre otros fundamentos ya vertidos que “corresponde ¹⁷⁸efectuar un abordaje de forma aislada en términos de su aplicación o no retroactiva, sino que *la solución surge de conjugar los principios jurídicos fundamentales ínsitos en los Tratados de Derechos Humanos vigentes en nuestro país en época de ocurridos los hechos investigados*. De esta manera, se adecuó las

¹⁷⁸ Op. Cit.169 pág.99-

previsiones de la ley penal con el orden público convencional, orientado a proteger el interés superior del niño.

“La Ley N° 27206 se erige como una medida legislativa de acción positiva en los términos del art. 75 inc. 23 CN que mejor armoniza con lo preceptuado en los arts. 3.1 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 23849, promulgada el 16/10/1990, BO 22/10/1990); de esta manera se da cumplimiento con el compromiso internacional asumido en esas oportunidades de salvaguardar la efectiva protección de los intereses en juego, sin que ello conduzca a una afectación del principio de legalidad penal”.

Cabe concluir que la solución a adoptar es consecuencia de la interpretación armónica de la normativa vigente desde la Constitución Nacional (“afianzar la justicia” Preámbulo), en consonancia con la normativa internacional ya que, a la época de los hechos, ya se encontraban vigentes los principios jurídicos fundamentales que motivaron la reforma de la Ley N° 27.206.

“Es que la Nación Argentina ya había adquirido como Estado parte y signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el compromiso de implementar decisiones judiciales que impliquen garantizar el derecho de los menores de edad que han sido víctimas de delitos sexuales a la tutela judicial efectiva o derecho a la protección judicial a pesar del tiempo transcurrido desde el hecho hasta la denuncia; esto implica al acceso a procedimientos legales, justos y eficaces, a ser oídas ante un Tribunal, a medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (artículos 8.1, 19 y 25). Además, debe atenderse conjuntamente a una efectiva protección con carácter primordial del Interés Superior del Niño según lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3°. Esta postura es la que mejor se armoniza con la interpretación que otorga mayor operatividad a las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el orden internacional”¹⁷⁹

¹⁷⁹ Op. Cit.169 pág. 100

A raíz de las demoras producidas en la justicia por el contexto de Emergencia Sanitaria por pandemia de COVID-19, recién a fines del mes de julio del año 2020 se elevó la causa a Juicio¹⁸⁰.-

4.3.1.e) Provincia de Formosa

1) EXPTE. N° 429/19, Registro de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal (de Origen n.º 79/19 de la Fiscalía n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial- Formosa), caratulado: “B.J.D. s/Denuncia” FORMOSA, 31 de julio de 2019.-

En este caso los sucesos denunciados habrían ocurrido en el año 1995 o época cercana, cuando la menor tenía 13 años de edad y se encontraban vigentes y aplicables al caso con el fin proteccionista de niños en situación de desprotección, numerosos instrumentos legales internacionales, suscripto por la Argentina de “status” constitucional reconocidos como complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna (art.75 inc.22 operada en el año 1994) citando *los diferentes instrumentos*¹⁸¹, los que considera de aplicación obligatoria por los Estados Partes, conforme los principios internacionales que rigen sobre el derecho de los Tratados sentados en la Convención de Viena (suscripta el 23/05/1969 y ratificada por nuestro país mediante Ley 19865 del 01/10/1972)...”

*Aludió a “... las diversas situaciones en las que se ven inmersos los niños quienes debido a su escasa edad quedan en una posición marcadamente desigual (de facto y de iure) a la de los adultos, quienes debido a la superioridad física, psíquica e intelectual cuentan con los recursos y artilugios necesarios para vulnerar sus derechos, haciéndolos objetos de toda clases de abusos, malos tratos y explotación”*¹⁸².

Que en relación al estado particular de los niños víctimas y la necesidad de protección suplementaria del Estado antes reseñado, el Fiscal también hizo mención a la

¹⁸⁰ Op. Cit. 169 pág. 101

¹⁸¹ <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/085/497/000085497.pdf>

¹⁸² <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/085/497/000085497.pdf>

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictado en el caso “Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay”, donde el Máximo Tribunal Americano ha exaltado que tales víctimas tienen *“...los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y tiene además derechos especiales derivados de su condición a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.”*

Que como corolario del especial sistema de protección que se instaura en favor de los derechos de los niños referido textualmente por el Fiscal de esta instancia, resaltó que *“... el art.3° de la CIDN introduce una directriz vital otorgando supremacía al interés superior del niño ...”*.

Remarcando en este punto, la obligación que impone nuestro Máximo Cuerpo Judicial Nacional (caso “Mazzeo”, Fallos 330:32348) a los Tribunales de nuestro país “de adoptar la doctrina que emerge de la Corte IDH. Así expresaron que *“...la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso “Ekmekdjian” (Fallos 315:1492)*

Que además el Fiscal puso empeño en remarcar el avance que significó la sanción de la llamada Ley “Piazza” N° 26705 y posteriormente la N° 27206, llamada “Ley de respeto a los tiempos de la víctima”, afirmando que *“la sanción de esta norma significó un reconocimiento al penoso, y a veces, silencioso, proceso interior que transita la víctima hasta que logra exteriorizar el suceso traumático vivido y decide acudir a la justicia. No se trata por ello de instaurar la imprescriptibilidad de dichos delitos sexuales sino de respetar y esperar los tiempos que cada víctima tiene para volcar o traducir en palabras la agresión sufrida y la manera en que ella marcó su vida dejando secuelas física, psíquicas y emocionales de difícil superación”*. Refirió además el Fiscal que *“en el supuesto bajo tratamiento, la denunciante es además mujer. Y en tal sentido, esa calidad le asigna un nivel de doble protección...”*.

“Que tocando ahora decidir sobre el tema que nos ocupa, desde ya me inclino de lleno por afianzar el criterio de la habilitación investigativa, “le asiste a la denunciante considerada víctima en autos, la oportunidad de averiguación del injusto que

denuncia, ...con la finalidad del esclarecimiento del hecho cuya investigación se pretende, y arribar a una decisión ajustada a derecho ...en el entendimiento que con la posición concebida, no se atentaría, ni se generaría un conflicto con los principios y garantías esenciales establecidas a favor de todo encausado y los derechos fundamentales reconocidos a las víctimas, por cuanto cada sujeto una vez en el proceso, tendría habilitada el pleno derecho las vías, igualdad de armas y mecanismos legales para hacer valer sus derechos de acceso a la verdad y a la justicia,

Que amerita traer a la luz el citado voto emitido por el *Dr. Carlos Mahiques* como juez de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa «*T., C. J.*» del 4 de diciembre de 2017 (CCC 14888/2007/2/CFCl, Reg. n° 1620/17), en el citado Fallo ...“*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...”*

“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)...ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación ...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” ...“Este mismo criterio fue seguido por los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión IDH, Informe del caso n° 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»)”.

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”. “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 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 n° 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 n° 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”

Así, la nueva norma viene a dar una respuesta cierta y eficiente a la problemática que atañe en torno a esos tipos delictivos que tienen como víctimas a menores de edad, ...relacionándose directamente a la capacidad de la víctima de denunciar, es decir,

cuando se sienta con la voluntad y preparación de hacerlo, habilitando de ese modo el derecho de la víctima al acceso a la justicia que le posibilitaría obtener la determinación de la verdad del hecho que denuncia y en su caso el castigo al culpable, *aún frente al obstáculo que importa la prescripción operada en los términos del art.62 inc.2º del C.P., que debe ser interpretado en consonancia con los derechos internacionales invocados vigente al tiempo de comisión del suceso anoticiado y en consideración que la aplicación de la ley invocada que aboga por la prolongación del plazo perentorio, no representa una agravación en la situación procesal del imputado ni detrimento al principio de retroactividad imperante para las normas en general (cf.art.2 del C.P.), como tampoco la violación del plazo razonable, toda vez el inculpado recién estaría sometido a un proceso a partir de la activación de la acción penal, en consideración a la viabilidad de la denuncia de la víctima, desde la cual correría el término para la resolución del litigio que acaba de gestarse y que marca a su vez el inicio del cómputo prescriptivo de la acción que se ha instaurado.*

“Por todo lo expuesto, se puede inferir a modo conclusivo, que la acción penal impetrada en relación al hecho que denunciara ser víctima la recurrente no se encuentra prescripta...”¹⁸³.-

Esta resolución citada rebate uno de los principales argumentos esgrimidos por la tesis que aboga por la prescripción: el relativo a la duración razonable del proceso. Lo hace de manera absolutamente razonada y empleando sólidos fundamentos en pos de la postura de la no prescripción.

¹⁸³ <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/085/497/000085497.pdf>

4.3.1.f) Provincia de Salta

1) Incidente de apelación presentado por el Dr. F. J. R. en representación de L. E. R. s/ apelaciones garantías con preso - Origen: Tribunal de Impugnación de Salta Sala IV, 19/12/2018 - Editorial: MicroJuris ~ Cita online: MJ-JU-M-116647-AR | MJJ116647 | MJJ116647

En la resolución se afirma que ¹⁸⁴*Vinculado a las consideraciones vertidas, es necesario señalar que es en la fase del plenario, dada la inmediación propia de ella, y en base a las probanzas de autos, que la jurisdicción podrá determinar si el injusto acaeció y si el imputado ha participado en su comisión. Solo a través de la sentencia concebida como "derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa" (CS - 24/3/1992, "Rivarola, Juan A." - L.L. 1992-D, 648, caso n° 8221) se podrá resolver la situación penal del encartado de autos.*

Respecto al juicio propiamente dicho, iluminado por los *principios de oralidad e inmediación*, el Dr. Víctor Manuel Rodríguez Rescia, Secretario Adjunto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destaca en su artículo "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", al interpretar el artículo 8.5 de la Convención Americana, referido al derecho a un proceso público que: "Es generalizada la opinión de que es durante la fase oral del debate que la participación del imputado, en resguardo de su derecho de defensa adquiere su mayor vigencia, pues es allí donde se tendrá la ocasión de someter la prueba al proceso contradictorio, así como de exponer a viva voz las razones jurídicas y fácticas en virtud de las cuales él pueda pedir el rechazo de la acusación. No obstante, ello no quiere decir que durante la etapa procesal preparatoria anterior a la fase oral, no deba también el imputado ejercer una activa participación fiscalizadora.

Por otra parte, la oralidad es una forma de establecer una actividad contralora de las decisiones judiciales por medio de su transparencia."Es claro que el artículo 8 de la Convención en general, vigila porque el proceso legal tenga un corte acusatorio

¹⁸⁴ Editorial: MicroJuris ~ Cita online: MJ-JU-M-116647-AR | MJJ116647 | MJJ116647

(garantismo, contradicción, oralidad, etc.), lo que *le otorga al imputado la facultad de participar en forma activa en la producción de la prueba*, particularmente interrogando, repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos. Ello evidencia, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, salvo una absoluta imposibilidad material.

Es además, un derecho del imputado, fiscalizar la legalidad de la prueba para determinar su veracidad e imparcialidad, hacer las observaciones pertinentes e impugnarla en la etapa procesal correspondiente. *Esta garantía importa el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo*".

En efecto, *no se advierte afectación ni vulneración del derecho al debido proceso legal en relación al acusado, ya que las garantías se instituyen en su propio interés, en un franco equilibrio con los derechos de la contraria. Tampoco se evidencia menoscabo alguno al principio de "plazo razonable" que debe observar toda tramitación penal, al haberse presentado la denuncia contra el acusado recientemente, en el año 2017, de lo que se colige que no estuvo sometido a proceso durante el tiempo en que la víctima se vio imposibilitada instar la acción, como se ponderó en la presente*"

"...en la exposición de motivos de la ley 26705 el principal argumento esgrimido por los legisladores para fundamentar la modificación pretendida ha sido la perpetuación en el tiempo de los efectos de delitos sexuales, respecto de los cuales la víctima no ha tenido la posibilidad de ejercer sus derechos en el entendimiento de que los delitos sexuales sufridos por menores de edad, los daños producidos se perpetúan en el tiempo y se mantienen vigentes en la medida en que no hubo en oportunidades reales de denunciar el hecho" ...el hecho de limitar la prescripción de la acción de acuerdo al artículo 63 primer párrafo del C.P. significaría declarar dichas conductas virtualmente impunes". (Exposición de Motivos: Ley 26705, Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones Ordinarias 2011, Orden del día N° 2283).

En efecto, cabe entonces tener presente que *“no se trata de retrotraer la aplicación de una ley, sino de ajustar la legislación a la vigencia de los valores resguardados por normas superiores”*.

“...los legisladores en el informe legislativo citado -exposición de motivos- adujeron que la acción penal correspondiente a un determinado delito prescribe cuando el hecho deja de ser conflictivo para la sociedad, es decir cuando "la herida cicatrizó"; por lo que para justificar la flexibilidad del plazo de prescripción consideraron que en los casos de delitos sexuales contra menores, la herida permanece abierta hasta tanto la víctima no cuenta con posibilidades reales de ejercer su derecho a denunciar.

Que...”esta Alzada entiende que el *eje central del conflicto es una colisión de derechos y garantías que surgen de normas con igual jerarquía*, por lo que la solución no resulta fácil...lo se que busca en un fallo justo, es la *aplicación de normas que mejor se adecuen al caso particular que se revisa*, mediante una interpretación armónica del derecho y de los principios que lo rigen, sobre todo *teniendo en cuenta los nuevos paradigmas que surgen de los tratados y convenciones internacionales que hoy tienen en nuestro derecho interno jerarquía constitucional -antes supralegal- en relación a los delitos contra la integridad sexual cometidos contra niños y niñas.*

Se produce así, una colisión de dos valores jurídicos, la protección del imputado y de la víctima, que imponen a los magistrados decidir resolviendo lo más favorable a ambas partes, sin olvidar, en el caso, que la víctima era un menor, por lo tanto, cuenta con un plus de protección a partir del interés superior del niño.

De esta manera, la preservación del interés superior del niño se erige como el concepto eje a partir del cual se edifica la doctrina de la protección integral.

La solución que corresponde adoptar en el caso en estudio es la de una interpretación armónica y respetuosa, no solo de la normativa interna sino también de los principios que del ordenamiento legal se desprenden, y como consecuencia de que la normativa internacional se encontraba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, debe consistir en aquella que respete el efectivo compromiso asumido por nuestro país, como estado parte en las convenciones internacionales de Derechos

Humanos, en particular de las relativas a la salvaguarda de los derechos de uno de los sectores más vulnerables, esto es, el niño. *Este criterio es el que mejor se armoniza con la interpretación tendiente a generar una mayor operatividad de las obligaciones asumidas por el Estado argentino, en pos de la efectivización de los derechos y obligaciones asumidas a nivel interno e internacional.*

Al ser ello así, el interés superior del niño deberá primar ante el resto de los intereses que puedan verse comprometidos; pero como tampoco se trata de un derecho absoluto al igual que todos, en caso de colisionar con otros intereses igualmente importantes, también se encuentra sujeto al correspondiente contrabalanceo.

A partir de este razonamiento cabe abordar la solución del presente caso, considerando que se trata de un delito realizado contra un menor de edad que al momento de su comisión le estaba vedado su derecho de accionar por sí; ahora es un hombre adulto, al cual no puede ponerse más obstáculos procesales para promover el proceso que el mero ejercicio de su voluntad, materializado a través de su denuncia.

4.3.1.g) Provincia de Santa Fe

En este caso, Ramón Alberto Ullua¹⁸⁵, fue condenado a nueve años de prisión por delitos contra la integridad sexual cometidos en perjuicio de dos niñas menores de edad en Venado Tuerto. Días antes del 19 de junio de 2020 se realizó el juicio oral. La sentencia fue resuelta por unanimidad por los jueces Mauricio Clavero, Silvina Marinucci y Lorena Garini

En el inicio del debate, la defensa ejercida por el abogado Arsenio Domínguez realizó un planteo de prescripción que mereció un voto particular del juez Mauricio Clavero, en relación a unos de los hechos ocurridos en 2007, cuando la demandante tenía siete años de edad y fue abusada por el acusado. La denuncia fue realizada cuando la víctima cumplió 16 años de edad y pudo confiar a sus padres su calvario. El tiempo

¹⁸⁵<https://www.diarioelinforme.com.ar/2020/06/19/-fallo-de-tribunal-local-rechaza-prescripcion-de-accion-penal-en-causa-por-delitos-sexuales>

transcurrido fue tomado por la defensa para solicitar la prescripción del delito, que bien cabe recordar fue concedida por el juez Benjamin Revori, pero rechazada en segunda instancia por el camarista Pablo Lavini Rosset.

Posicionado en el juicio, Mauricio Clavero consideró que al momento de realizar la denuncia la víctima quedan suspendidos los plazos y en este caso estaría dentro de los previstos para enjuiciarlos. Esta opinión fue considerada en el fallo, generando jurisprudencia al respecto, ya que pone a los delitos de índole sexual en el campo de los imprescriptibles, validando de esa forma el derecho de estas víctimas particularmente vulnerables a una "tutela judicial efectiva".

El magistrado fundó su voto en abundante jurisprudencia, leyes y tratados internacionales en defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes, señalando entre otros conceptos: *"He de postular que el abuso sexual infantil configura una grave violación a los derechos humanos de un sector especialmente vulnerable de la sociedad: los niños, niñas y adolescentes; y por ello se encuentra alcanzado por la protección de la Convención Americana de Derechos Humanos, además de la especial salvaguarda de la Convención de los Derechos del Niño. Esta cobertura jurídico-convencional obliga al Estado Argentino a darle plena operatividad a las garantías jurídicas que recaen sobre tales víctimas, entre las que se halla la 'tutela judicial efectiva' y el acceso a un juicio a la verdad en aquellos hechos de abuso sexual perpetrados con posterioridad a su puesta en vigor a los instrumentos internacionales supra mencionados compatibilizando con las garantías especiales previstas por la CADH y la CDN".*¹⁸⁶

¹⁸⁶ <https://www.diarioelinforme.com.ar/2020/06/19/-fallo-de-tribunal-local-rechaza-prescripcion-de-accion-penal-en-causa-por-delitos-sexuales>

4.3.2) Resoluciones Judiciales en las que se ha determinado que en casos como el analizado la acción penal resulta prescripta. Breve reseña de casos que sostienen dicha postura

1) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, CCC 12490/2015 “B. J.M. s/ prescripción” (MB/50) mediante resolución dictada en fecha 12 de Agosto de 2016 en Buenos Aires.

2) CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1 CCC 37295/2014/CNC1, Reg. 1128/2017, de fecha 8 de noviembre de 2017

3) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5 CCC 12490/2015 “B., J. M. s/ prescripción” (MB/50), Buenos Aires, 12 de agosto de 2016.

4) CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2 CCC 40677/2017/1/CNC1 Reg. n° 39/2019, Buenos Aires, 01 de febrero de 2019

5) Cám. Nac. Crim. y Correcc. Sala VI, Expte: 11/10/2019 - P., S. G. s. Abuso sexual- Origen: Editorial: Rubinzal Culzoni ~ Cita online: RC J 13029/19

Con similares fundamentos a los ya expuestos al explicar ambas posturas en el inicio del capítulo, los dres. MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO y MAGDALENA LAÍÑO se pronunciaron por esta postura, con el voto en disidencia del Dr. JULIO MARCELO LUCINI (en disidencia) -.

6) Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, los jueces Víctor Violini y Ricardo Borinsky en la causa del Instituto Próvolo seguida en la ciudad de La Plata contra Nicola Corradi, detenido en Mendoza por delitos similares cometidos en el Próvolo de esa provincia; Eliseo Primati, quien fue localizado en un asilo en Italia y cuya extradición se había pedido; y José Brítez, profesor de informática del Instituto Próvolo, ubicado en las calles 25 y 47 de La Plata, determinaron que “en el presente caso no opera la exclusión de prescripción”. Asimismo, se pone de resalto que *aún “queda la vía recursiva por parte del fiscal de Casación para ir ante la Suprema*

*Corte de Justicia bonaerense*¹⁸⁷ y apelar la prescripción de la causa, que en la práctica desvincula a los acusados de los hechos investigados.

¹⁸⁷ <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2020/11/07/la-justicia-declaro-prescripta-la-causa-por-abusos-sexuales-de-menores-en-el-instituto-provolo-de-la-plata/> (7 de Noviembre de 2020)

Capítulo Quinto

“Jurisprudencia relativa a la prescripción de la acción penal en Delitos contra la Integridad Sexual Infantil a partir de la sanción de las leyes N°26.705 Y N° 27.206. Situación Jurisprudencial en la Provincia de Mendoza”

Análisis de las posiciones adoptadas por la Jurisprudencia de los tribunales mendocinos en torno a la temática abordada.

5.1. Jueces y Tribunales que en casos como el planteado consideran que la acción penal no se encuentra prescripta.

1)En primer lugar, en relación al **Expte. N° P-102.681/15, Apel. N° 5868/3/U caratulados “F.c/Ramírez Agudo, Simón...” resuelto por la Cámara de Apelaciones de Mendoza¹⁸⁸.**-

No es azaroso que analice en primer término esta causa, sino que a partir de su instrucción en la Unidad Fiscal Departamental de Guaymallén por el año 2015 cuyo Fiscal instructor fue el Dr. Juan Ticheli surgió la inquietud, la iniciativa de ahondar mucho más en este tema de la Prescripción en los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de NNyA.

En el caso, que resolvió la Excma. Cámara de Apelaciones de Mendoza en el mes de Abril de 2016 la defensa de Ramírez planteó la prescripción de los delitos sexuales ocurridos años atrás, alegando que la aplicación de la ley penal más benigna en materia penal constituye uno de los corolarios basilares que arraigan el principio de legalidad y que ostenta raigambre constitucional. En dicha oportunidad la Jueza de Garantías hizo lugar y declaró prescripta la acción, pese a que la víctima aún era menor de edad.

¹⁸⁸ Datos obtenidos de la consulta del expediente N°P-102.681/15, que se encuentra actualmente en etapa de instrucción en la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual.

Fue apelada la resolución por el Ministerio Público Fiscal y la Excma. Cámara de Apelaciones resolvió revocando la decisión de la Jueza de Garantías expresando *“comparto el criterio jurisprudencial invocado por el Fiscal de Instrucción, el cual ha sido ratificado recientemente por un tribunal de mayor jerarquía, como es la Cámara Federal de Casación Penal (Sala 4).*

La Cámara de Apelaciones citó el voto del Dr. Hornos, afirmando que si bien la entrada en vigencia de las leyes 26.705 y 27.206 ocurrió con posterioridad al momento en que se agotó el plazo máximo de prescripción de doce años dispuesto por el art. 62 del Código Penal, *“resulta fundamental considerar que, aún para la época de los hechos delictivos que han sido materia de imputación en lo que a este caso respecta, se encontraban ya vigentes los principios jurídicos fundamentales que motivaron la reforma en la norma nacional pues el Estado Argentino ya había adquirido, como Estado Parte, en convenciones internacionales de rango constitucional”.*

Como plantea en su voto el Dr. Hornos, el punto clave a considerar en esta temática deriva de que *“en el enjuiciamiento penal el concepto de ley vigente abarca al Código Procesal Penal de la Nación, a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.”* (Causa N°. 191/2012/CFC1, “A., J. s/recurso de casación”, Registro N° 310/16.4, 22/03/2016).

En otro orden de ideas, cabe acotar que esta decisión no genera ninguna tensión con el principio de extra-actividad de la ley penal más benigna, mencionado por la defensa en su informe a fin de propiciar la confirmación del resolutivo cuestionado, pues como ya ha sentado posición la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“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....”* (Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia 18/09/2003).

Luego, se ratificó esta postura, al señalarse que *“el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no*

puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado” (Caso Bueno Alves vs. Argentina, Consid. 90, Sentencia, 11/05/2007).

Finalmente, expresa que en el caso que analizara la Corte Interamericana de Derechos Humanos se trataba de un presunto delito de torturas, en tanto que aquí estamos ante un delito de abuso sexual contra un menor de edad que de ninguna manera podía consentir el acto, estimando que constituye también al igual que el primero, una grave violación de los derechos humanos.

Así, creemos que es factible arribar a la solución adoptada por la Excma. Cámara de Apelaciones aún cuando los abusos sexuales contra menores de edad no fueran encuadrados como una “grave violación a los derechos humanos”, ya que si bien son situaciones graves y aberrantes, técnicamente no encuadran en aquel concepto.

La Resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones fue objeto de Recurso de Casación interpuesto por el defensor del imputado y finalmente en el año 2019 la Excma. Suprema Corte de la Provincia de Mendoza declaró que la acción penal no estaba prescripta, aunque sin entrar en el análisis profundo de la cuestión álgida que aquí se plantea, sino resolviendo una controversia sobre la presunta fecha de materialización de los hechos.

2)Expte. P-126.839/16 caratulado “F. c/ FUNES DIAZ MIGUEL ANGEL P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL” General San Martín, Mendoza, abril de 2017 ¹⁸⁹

De la resolución surgió que con la nueva reforma, se busca *“ampliar las posibilidades para que las víctimas puedan denunciar en cualquier momento, cuando puedan, cuando sientan que están en condiciones de hacerlo y que la acción no esté prescripta.”* *“Es un tema muy complejo”*, añadió, *“que tiene consecuencias brutales y nos parece que cuando la víctima puede asumir el proceso de acudir al servicio de justicia la respuesta del Estado no puede ser negativa con el solo argumento de la prescriptibilidad.”* (Cfr. GRISSETTI, Ricardo y MERILES, David; “Delitos contra la integridad sexual y la trata de personas. Reforma de la ley 27.206. Lucha frontal contra la impunidad. Las normas y los principios.” DPy C 2.016 (abril), 6/4/2016; 27. Cita Online: AR/DOC/713/2016. Autor citado en el voto del Dr. Eduardo OROZCO, Juez de la Primera Cámara del Crimen esta Tercera Circunscripción Judicial en la Sentencia N° 4.206, dictada el 26 de diciembre de 2.016, en el Expediente N° P-120.760/15, caratulado: “F .c./ Fernández Pedro Augusto, Flores Hilda Isabel p./ Promoción a la Prostitución de Menores”).

Surge de la resolución que en nuestra provincia la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en lo que atañe a la protección de los derechos de la infancia en los autos n° 110.561, caratulados *“F c. / Díaz, Hugo Javier p./ Abuso Sexual Agravado”* entendió, compartiendo el razonamiento vertido en el dictamen del Sr. Procurador que resulta aplicable el art. 63 de la ley 26.705, (que computaba el plazo de la prescripción de la acción penal a partir de la mayoría de edad de la víctima), aún cuando los hechos objeto del proceso se habían cometido antes de la sanción de dicha ley.

Es decir que en dicho expediente el Superior Tribunal de la Provincia denegó el planteo defensivo, el que se encontraba entronizado en la prescripción de la acción y en la aplicación retroactiva de la ley más gravosa para el imputado, confirmando la

¹⁸⁹ Obtenido mediante archivo enviado vía e-mail desde la dependencia en que tramitó el expediente referenciado.-

Sentencia condenatoria dictada al acusado el 16/8/2.013, por la Segunda Cámara del Crimen, de esta Tercera Circunscripción Judicial.

En los autos F. c/ Díaz Hugo Javier, se aludió en primer lugar a los *argumentos esgrimidos por el Sr. Procurador General*, quien aconsejó el rechazo del planteo defensivo, al igual que lo hizo la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.(cuyos fundamentos son transcritos más adelante, en el apartado tercero, a los que se remite en honor a la brevedad)

Luego de citar Jurisprudencia que avala su postura (Exptes. Ilarraz, Fernández y Flores), la magistrada continuó su argumentación explicando por qué considera los delitos sexuales contra menores como “graves violaciones a los derechos humanos”.

A su respecto vale recordar que el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Además estimó que la Corte IDH ha desarrollado la doctrina de la tutela judicial efectiva prevista en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuyos conceptos se ven reforzados por las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad" mediante las cuales se exhorta a las autoridades judiciales para que dentro del ámbito de sus respectivas competencias promuevan medidas que hagan efectivo el contenido de sus propuestas a fin de garantizar que aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Del voto de la Dra. Davite en el fallo "Ilarraz, Justo José s/promoción a la corrupción agravada", c. 6170, Sala I de la Excm. Cámara Primera en lo Criminal de Paraná, 11/6/14).

La Corte IDH al señalar que *"El Tribunal considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, que sus 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 se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, que hacen*

recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción” [Corte IDH, Caso "Hermanos Gómez Paquiyaurí vs. Perú".]

De esta manera, podemos concluir que *las nuevas reglas de prescripción de la acción penal en materia de delitos sexuales y trata de personas cuando las víctimas sean menores de edad remueven todo obstáculo que impida la investigación y sanción de los responsables de tales agresiones a derechos humanos básicos como la libre disposición de la sexualidad y el proceso de formación de la misma.* (Cfr. Las nuevas reglas de prescripción de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes Autor: Álvarez, Javier Teodoro. Editorial: Rubinzal Culzoni ~ Cita online: RC D 120/2016.)

3)Expediente N° P-120.760/15, caratulado: "F .c./ Fernández Pedro Augusto, Flores Hilda Isabel p./ Promoción a la Prostitución de Menores.”), sentencia de la Excma. Primera Cámara del Crimen, de la Tercera Circunscripción Judicial, Mendoza (Cfr. Fundamentos de sentencia n° 4.206 de la Primera Cámara del Crimen de la 3ª C.J.

En los fundamentos de dicha sentencia, el Dr. Eduardo Orozco concluyó *“Los hechos delictivos sufridos por la víctima a los 16 años, ocurrieron en abril y mayo del año 2000. A partir de esa fecha, la prescripción quedó suspendida hasta que, ya mayor C.M., hizo la denuncia, lo que sucedió en el mes de octubre de 2015 determinando que es aplicable, por lo tanto, el art. 67 del C.Penal*

Lo que le acontece a la víctima de estas tipologías delictivas es un arrasamiento de su subjetividad; un arrasamiento que se erige en vivencia, que no deja de sucederle, día a día, en su transcurso existencial...Una de las consecuencias de este estado es el tiempo que este proceso le lleva a la persona para estar en condiciones de hacer la denuncia. Por esta razón, la espera de la ley hasta que la persona, “habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia...”, es digna de los mejores elogios.

“La verdadera memoria se guarda en silencio y provoca un desmantelamiento de la lógica existente, sin tiempo ni preparación para la creación de una lógica nueva, situación que produce un efecto desubjetivante que no implica la institución de nuevas

marcas, sino la destitución de todas ellas; tiene lugar, así, una especie de borramiento subjetivo.” (Las negritas me pertenecen)”.

Asimismo, parece sumamente interesante destacar que el Dr. Orozco citó un precedente jurisprudencial de su decisión, en el cual la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza tuvo un rol muy importante en lo que respecta a la posición que sustenta en relación con el caso en análisis.

Así, explicó que “En nuestra provincia, en lo que hace a protección de los derechos de la infancia, contamos con un antecedente de relevancia: “*Fc. c./ Díaz, Hugo Javier p./ Abuso Sexual Agravado*” -Autos N° 110.561, antecedente que desarrolla con cierto detalle, justamente porque su fundamentación respalda nuestra posición.

En “Díaz”, Procuración y Corte, consideraron aplicable el art. 63 de la ley 26.705, (que computaba el plazo de la prescripción de la acción penal a partir de la mayoría de edad de la víctima), aun cuando los hechos objeto del proceso se habían cometido antes de la sanción de dicha ley.

Procuración y Corte rechazaron así el planteo defensivo, y confirmaron la Sentencia condenatoria dictada al acusado.¹⁹⁰ Sintetizo a continuación los argumentos que dieron, respectivamente.

A.) El Procurador basó su resolución en los siguientes argumentos:

a.1) La “*naturaleza procesal*” del régimen de la acción penal. Criterio que determinó que considerara sustancialmente improcedente el recurso defensivo.

Del dictamen del Procurador Dr. González, surgió: “*1. En primer lugar, este Ministerio reitera su posición en relación a la naturaleza “procesal” que le asigna a la acción penal (v. Autos N° 83.449 “F. C/Sosa Morán). Atento a ello, la normativa vinculada a la extinción de la acción penal, aunque se encuentre contenida en el Código Penal para asegurar su aplicación igualitaria en todo el territorio Argentino, conservaría la*

¹⁹⁰ Sentencia N° 76, dictada el 16/8/2013, por la Segunda Cámara del Crimen, (T.C.J.) Voto Preopinante de la Doctora Viviana Patricia Moricci.

naturaleza procesal correspondiente al régimen de la acción penal. Este punto de partida determina la improcedencia sustancial del recurso con sus planteos de prescripción y agravio sobre la aplicación retroactiva de la ley 26.705, puesto que, admitiendo que se trata de una norma de naturaleza procesal, corresponde la aplicación de la norma vigente al tiempo de computar el plazo de prescripción, lo que implica aceptar que encuentra operatividad el dispositivo aplicado en la sentencia que mantiene inerte el curso de la prescripción de la acción penal intertanto la víctima menor de edad de delitos contra la integridad sexual adquiriera la mayoría de edad (art. 63, segundo párrafo, del Código Penal; redacción según ley 26.705).” (El resaltado me pertenece).

Las reglas de prescripción, dijo el Procurador, “al no expresar el juicio de disvalor que subyace al ilícito y a la culpabilidad, su eventual modificación no altera la reprobación social del hecho, y por ello no se encuentran a cubierto por la *ratio* de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.”

a.2) Consideró que la ley 26.705, de reformas al C.P., era aplicable al caso referido en virtud de que daba cumplimiento a la obligación de adoptar especiales “medidas de protección” a la infancia, contenida en el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

a.3) Sostuvo, además, la improcedencia del recurso porque en el conflicto jurídico suscitado entre el principio de irretroactividad de la ley penal y el Interés Superior del Niño, correspondía dar preeminencia al último.

“El llamado ‘Interés Superior del Niño’ es un concepto relacional o referencial que significa que en caso de conflicto de derechos, prima el derecho del niño. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios cuando se encuentren en pugna con los derechos de los niños, niñas y adolescentes.”

a.4) Entendió que de acceder a la pretensión defensiva, el efecto jurídico sería la *impunidad* de un hecho que no había podido ser denunciado en su momento, “en razón de la incapacidad relativa de la víctima por su menor edad y la indiferencia de los

representantes legales de la entonces menor de edad, en evidente infracción al principio de protección especial de la infancia...” (Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea Gral de Naciones Unidas, el 20/11/1959).

a.5) Finalmente, citó el señor Procurador, en respaldo de su posición, otros textos legales:

Opinión Consultiva 17/2, 28/08/2002, CIDH (“...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”).

La ley 24.632, que aprobó la “Convención de Belém Do Pará”; y la ley 26.485, de Protección Integral a las Mujeres, que reglamentó los postulados de la aludida Convención de Belém Do Pará.

B.) La Corte provincial, como adelanté, también se pronunció por la aplicabilidad de la ley Piazza (Ley N° 26.705), en base a los siguientes argumentos:

b.1) Consideró que el entonces art. 63 del Código Penal era concordante con la normativa internacional incorporada al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

b.2) Tuvo en cuenta el estatus jurídico de los niños y las obligaciones del Estado Argentino hacia la infancia. En tal sentido, dijo:

“La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, que los reconoció “como sujetos de derecho”, y que “dispuso la protección integral de esos derechos como único objetivo de intervención estatal”, le impuso al “Estado Argentino la obligación de adoptar medidas tendientes a asegurar al menor la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, sean las mismas de orden administrativo, legislativo o de otra índole, para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (arts. 3 apartado 2 y art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño).”

b.3) Citó la ley 26.601 en respaldo del deber de adecuación de la legislación interna al paradigma de la Protección Integral de los derechos del niño.

“La Ley 26.061 (art.1),...es una legislación interna que adecua la normativa nacional con el paradigma de la protección integral de los derechos del niño, reconocido internacionalmente.

b.4) Invocó el Interés Superior del Niño.

“Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del Interés Superior del Niño; entendiéndose el mismo como ‘la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley (art. 3).’”

b.5) Invocó el derecho de la infancia a protecciones específicas.

“La normativa dispone sobre el derecho del niño, niña y adolescente a proteger su integridad física, sexual, psíquica y moral (art.9), y establece que cuando existiere conflicto entre los intereses de los menores frente a otros derechos e intereses de igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros (art. 3, último párrafo).”

b.6) Invocó prioridad de protección de la infancia en relación a intereses jurídicos de los adultos.

Lo expuesto, debe interpretarse en concordancia con lo regulado en el art. 5, apartado 2, que establece que los menores tienen “Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas.”

b.7) Tuvo en cuenta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém Do Pará”), ratificada por Ley N° 24.632. Instrumento que consideró fundamental en la jurisdicción interna a “efectos de interpretar los derechos humanos de las mujeres.”

b.8) Finalmente, la Corte mencionó la Resolución 2002/14, Sección III, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, orientada a la protección de los derechos humanos de la infancia.

(Se les solicitó) “...a los Estados Miembros que hicieran todo lo posible para garantizar, de conformidad con su legislación interna, que el plazo para entablar acciones penales en los casos que implicaran abuso o explotación sexual de un niño no obstaculizara el enjuiciamiento eficaz del delincuente, por ejemplo considerando la posibilidad de aplazar el comienzo del plazo hasta que el niño hubiera alcanzado la mayoría de edad civil.”

Ello fue lo que ocurrió en el expediente “*F. c/Díaz Hugo Javier p./ Abuso Sexual Agravado*” -Autos N° 110.561.

Sin embargo en esta oportunidad, al llegar el expte. de Fernández y Flores a resolución de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la misma expresó “*La prescripción de la acción penal es un instituto que se encuentra comprendido dentro del concepto "ley penal", razón por la que las consecuencias sistemáticas que se desprenden de la plena vigencia del principio de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal, también deben aplicarse a los supuestos en que se pretende aplicar un plazo de prescripción de manera retroactiva*”.

Asimismo, los magistrados establecieron que “La aplicación de las causales de suspensión de la acción penal introducidas por leyes distadas con posterioridad a la fecha en que concluyen los hechos configurativos del delito de promoción a la prostitución de menores denunciados por la víctima, acarrea la violación de los derechos que han adquirido jerarquía constitucional.

Así, la aplicación de la ley N° 27.206 (Prescripción delitos sexuales a menores) no constituye desde el punto de vista de los derechos del imputado una ley más benigna, sino que su aplicación empeora considerablemente la situación de éste”¹⁹¹

4) Autos N° **110.561**, “**Fc. c./ Díaz, Hugo Javier p./ Abuso Sexual Agravado**” resuelto por la Dra. Viviana Patricia Morici, citados en el apartado precedente, cuyos fundamentos fueron transcritos allí.

¹⁹¹ Expte.: 13040963760 - FISCAL C/ FERNANDEZ PEDRO AUGUSTO Y FLORES PEREZ HILDA ISABEL P/ PROMOCION A LA PROSTITUCION DE MENORES P/ CAS.Fecha: 30/08/2018 – SENTENCIA Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2Magistrado/s: VALERIO - NANCLARES – LLORENTE Ubicación: LS565-176 Fuente.: Oficina de Jurisprudencia de la S. Corte de Mendoza.

5) Actualmente en etapa de instrucción se encuentra el expte. N° P- 78.786/18 caratulado “Fiscal c/ Ortubia Norma p...”¹⁹²

Es un caso típico de abuso crónico y sistemático ocurrido en el transcurso del plazo de veinte años aproximadamente, el Fiscal de Instrucción que está investigando la causa ha empleado como un recurso útil y válido la calificación de los Abusos sexuales perpetrados en la modalidad de Delito continuado.

De las constancias del expediente se tiene que Norma Ortubia fue imputada como presunta “cooperadora” en los abusos sexuales sufridos por su hija a lo largo de décadas por el “Chacal” de la Cuarta ya fallecido.

En el proceso, el Sr. Juez, Dr. Mateo Bermejo al resolver el recurso de Apelación planteado por el defensor de la imputada no hizo lugar al pedido de prescripción de la acción penal formulado por éste.

Durante años la víctima C soportó los sometimientos de su padre. Ella quedó embarazada siete veces, dando a luz por primera vez en el año 1989 hasta que en el año 2009 se formuló denuncia, habiendo ocurrido el último hecho denunciado en ese año 2009.-

La calificación adoptada- y que fue ratificada por el Dr. Bermejo- es la de “Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en un número indeterminado de veces en concurso real en modalidad de delito continuado”

En la audiencia de apelación el magistrado, ratificando los argumentos del juez de primera instancia Dr. Pina expresó que en los delitos contra la Integridad Sexual se ha aceptado la existencia de delito continuado citando en este punto a D’Alessio.

El Sr. Juez de la apelación mencionó en audiencia oral celebrada en el mes de diciembre de 2020 que los requisitos para que proceda tal calificación son: Que exista una unidad Jurídica de Acción, Unidad de Designio o “dolo global” siendo éste el aspecto subjetivo del hecho y como requisitos objetivos: que exista Homogeneidad de

¹⁹² Obtenido de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, cuyo Fiscal titular es el dr. Gustavo Stroppiana, a cargo de la Fiscalía N°14.-

bienes jurídicos afectados, Equivalencia o semejanza en la forma de comisión de los hechos y que el afectado sea el mismo Titular de los bienes jurídicos.

El magistrado continuó manifestando que en el caso en examen estamos ante hechos que presentan un carácter sistemático y prolongado en el tiempo, estos hechos tienen un mismo autor y una misma víctima titular de los bienes jurídicos amparados por el art. 119 y sgtes del C.P., hay equivalencia o semejanza en la forma de comisión y dio cuenta de la presencia de los elementos ut supra referenciados.

Explicó que en estos casos de Delito Continuado el término prescriptivo comienza a correr desde el último acto de ejecución y que en el caso analizado siendo el último hecho en el año 2009 prescribiría en el mes de enero de 2021, circunstancia que no ocurrió debido a la presencia de actos interruptivos (avoque e imputación) previos a tal fecha.

En el caso analizado, si bien no se ha hecho referencia alguna a la Ley N° 27.206 y a los planteos que su aplicación podría generar, el Fiscal de Instrucción ha utilizado un recurso válido y eficaz en pos de la persecución penal a fin de que tales hechos de larga data no queden impunes, lo que ha sido validado por el magistrado al resolver la apelación. Esta circunstancia que no hace más que ratificar que los fundamentos de la prescripción no deben regir en casos como el examinado.

En lo que respecta a delitos contra la Integridad Sexual, se mantiene absolutamente vigente la alarma social, el recuerdo de los abusos perpetrados, la necesidad de castigo del responsable penalmente y por sobre todo los elementos de prueba que se hallan fundamentalmente en la psiquis del NNA que fue abusado y no olvida.

5.2. Jueces y Tribunales que sostienen que la acción penal en los casos de delitos contra la integridad sexual infantil luego de transcurrido el plazo legal se encuentra prescripta

En primer término encontramos la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el expediente N° P-120.760/15, caratulado: "F .c./ Fernández Pedro Augusto, Flores Hilda Isabel p./ Promoción a la Prostitución de Menores.") que revocó la sentencia de la Excma. Primera Cámara del Crimen, de la Tercera Circunscripción Judicial, Mendoza n° 4.206¹⁹³

Igual lineamiento fue esbozado en autos N° P-31.675/17 caratulados “Fiscal c/ Lemos Delfino Luis Ricardo p/ Abuso sexual con acceso carnal”¹⁹⁴.

La sentencia dictada, tras haber interpuesto la Fiscal de la causa Dra. María Virginia Rumbo el respectivo Recurso de Casación contra la resolución del inferior, fue suscripta por dos Ministros de la Suprema Corte de Mendoza, Dr. José Valerio y Dr. Pedro Llorente, no hizo lugar al mismo, y en consecuencia estimaron que la acción penal se encontraba prescripta.

El Sr. Juez Valerio mencionó en su voto que el 14 de diciembre de 2017 la Cuarta Cámara del Crimen confirmó el sobreseimiento de Luis Ricardo Lemos por haberse operado la prescripción de la acción, ya que el acusado había sido intimado por delitos que habrían cesado en el mes de Octubre de 2002, sin que hubiera operado causal interruptiva del curso de la prescripción.

Refirió que la prescripción tiene carácter material, por lo que resulta aplicable necesariamente el principio sustancial de la ley penal más benigna previsto por el art. 2 del C.Penal.

Finalmente, indicó que el *Tribunal a quo* advirtió que no se encontraban presentes los presupuestos que el Máximo Tribunal de la Nación y que la Corte

¹⁹³ Ibidem 188.

¹⁹⁴ Obtenido de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, cuyo Fiscal de Instrucción es la Dra. María Virginia Rumbo, a cargo de la fiscalía N° 8.-

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han calificado como excepciones a la regla de prescriptibilidad, que son los supuestos en que exista una grave vulneración de los derechos fundamentales del hombre.

Ahora bien, tras los razonables y sólidos fundamentos vertidos por la Fiscal de Instrucción, por la Querellante particular y tras el Dictamen del Procurador de la Suprema Corte de Justicia, el Dr. Valerio estimó en su voto que *“de avalarse la aplicación de las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal introducidas por las leyes N° 06.705 y 27.206 a supuestos acontecidos con anterioridad a dichas reformas legislativas se violaría el principio de legalidad, lo que redundaría en una clara violación a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio”* (sic)

También expresó que *“tras recordar la importancia del principio de legalidad como postulado fundamental de nuestro Estado Constitucional de Derecho entiende que debe asentarse como primera premisa que los tratados de derechos humanos incorporados a la carta magna no derogaron artículo alguno de su primera parte y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75 inc 22)”* (sic)

El Dr. Valerio en su voto estima que la Convención sobre los derechos del Niño y la Convención “Belen do Pará” gozan de igual jerarquía que la CADH y que el PIDCYP que en sus artículos 9 y 15.1 consagran la garantía de irretroactividad de la ley, y que ante este panorama debe traerse a colación la regla contenida en el art. 29 de la CADH que prohíbe interpretar sus normas de modo tal que impliquen supresión del ejercicio de los derechos por ella reconocidos o limitar el goce y ejercicio de otro que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de un Estado.

Agregó que *la prescripción de la ley penal es un instituto que se encuentra comprendido en el concepto de ley penal*, razón por la que las consecuencias sistemáticas que se desprenden de la plena vigencia del principio de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal también deben aplicarse a los supuestos en que se pretende un plazo de prescripción de manera retroactiva.

Concluyó que no es posible aplicar la ley N° 26.705 y/o la ley N° 27.206 de manera retroactiva ya que empeoran considerablemente la situación del imputado, y que las agresiones sexuales denunciadas “no pueden ser consideradas “graves violaciones a los derechos humanos” en los términos de la jurisprudencia interamericana, y que de hacerlos se realizaría una interpretación extensiva de las normas y jurisprudencia internacionales en perjuicio del imputado, es decir, se avalaría la aplicación de una analogía *In mala partem* contraviniendo así, paradójicamente, los tratados de derechos humanos.

En relación con esta sentencia de la Suprema Corte de Justicia, la Fiscalía interpuso Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo que se encuentra a espera de una resolución de la Corte Nacional.

5.3. Entrevista relativa a la temática abordada:

A partir del tratamiento y abordaje en relación con la aplicación de la Ley N° 27.206 surgieron interesantes puntos de investigación e interrogantes en relación con los mismos y por ello, atento los sublimes conocimientos acreditados se realizó una entrevista a la Dra. María Virginia Rumbo, titular de la Fiscalía de Instrucción N° 8 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, a fin de compartir su experiencia en el presente trabajo de tesis haciendo hincapié en que su pensamiento comparte la línea investigativa aquí desarrollada.

Así, se formularon a la Dra. Rumbo las siguientes preguntas en relación con la prescripción en los Delitos contra la Integridad Sexual en perjuicio de NNyA quien respondió de la siguiente manera:

*E: entrevistadora; D: Dra. Rumbo

1)E:Cuál es la postura adoptada en relación con el tema analizado y en qué fundamentos se basa?

D: Mi postura como Fiscal de instrucción a cargo de la investigación de delitos contra la integridad sexual de niños y niñas y adolescentes es que debe prevalecer en la merituación del caso concreto, el interés superior de éstos frente al de cualquier otra parte del proceso, en especial, del imputado. Ergo, entiendo que si de las circunstancias del caso surge la imposibilidad de el NN/A de efectuar la denuncia por la víctima en su oportunidad, sea por la escasa edad en el momento de los hechos, inmadurez para entender la situación a la que estaba siendo sometido, dependencia económica de la familia con el agresor, etc., se debe dar curso a la investigación y tomar las medidas útiles a tales fines, asegurando de tal modo el derecho de acceso a la Justicia y tutela Judicial efectiva de esa persona, toda vez que en caso contrario quedaría absolutamente excluida de la posibilidad de ejercer tales prerrogativas. Tal postura, entiendo que a su vez no vulnera derechos y garantías del imputado ya que la Ley que se le aplica es la vigente al momento de los hechos, entendiendo el concepto de “Ley” en sentido amplio, abarcativo de todo el ordenamiento jurídico en su totalidad (Leyes Nacionales y Pactos Internacionales vigentes al momento de los hechos). Ello en base a los Tratados Internacionales que rigen en la materia y que tienen fuerza de ley desde 1994 (Convención Internacional de los derechos del Niño, Belem Do Para, etc) y Leyes Nacionales que adhieren a los mismos y regulan los derechos y garantías de las víctimas de delitos. Asimismo, me baso en argumentos jurisprudenciales a los que adhiero, tales como el fallo de la Cámara Federal de Casación Penal - SALA 4 CCC 191/2012/CFC1, Registro N° 310/16.4, en resolución de fecha 22 de Marzo de 2016 (voto Hornos).

2)E: Algún caso emblemático del que haya tomado conocimiento y qué se resolvió al respecto

D: Si, claramente el caso más emblemático en la Provincia de Mendoza fue Lemos Delfino, donde ante la denuncia de dos mujeres por graves ultrajes perpetrados durante su niñez por su padrastro, se procedió a su imputación y detención, pero la Jueza de Primera Instancia denegó la prisión preventiva y sobreseyó al imputado por prescripción, siendo ello apelado por el MPF, instancia también denegada por el Tribunal de Alzada, corriendo la misma suerte el Recurso de Casación interpuesto, donde la Suprema Corte de Justicia de Mendoza confirmó la postura de los Jueces de

inferior instancia, dando prevalencia al derecho del imputado de aplicación de la ley más benigna y al principio de legalidad. Dicha sentencia fue objeto de recurso extraordinario y en la actualidad no se encuentra resuelto, es decir que dicha sentencia de la Corte no está firme. Igualmente, esta postura de la Corte de Mendoza, también ha sido sostenida en el fallo Flores, sentencia que adquirió firmeza.

También puedo traer a colación el caso Miranda Díaz, expediente N° P-765.077/19 donde la Jueza A Quo hizo lugar a la prisión preventiva pero en la instancia de apelación se revoco dicho decisorio y se ordenó la libertad y sobreseimiento del imputado. Actualmente está pendiente el recurso de casación del MPF.

Es importante considerar que la postura de la Corte de Mendoza en los antecedentes referidos ha sido sostenida por el Dr. Valerio en una Sala constituida por otros jueces que no son los naturales de la Sala penal (Dr. Palermo y Adaro), en razón de lo cual, es de suma importancia que se pronuncie sobre la cuestión la Sala Penal en pleno, con sus 3 integrantes naturales.

3)E: Cuál considera que debería ser el punto de partida a fin de garantizar la protección de los tratados internacionales?

D: El punto de partida debe ser dar estricto cumplimiento al principio de prevalencia del interés superior del NN/A frente a otros intereses, previsto en la Convención Internacional de los Derechos del niño y en el art. 3 de la ley N° 26.660, sumado a lo cual, debe ponderarse que ningún derecho es absoluto y en esa inteligencia, todas las prerrogativas de las personas están limitadas por los derechos de los demás, máxime cuando están contemplados y tienen salvaguarda en el orden constitucional de los Estados, tal como lo es este derecho de los NN/A de prevalencia de su interés frente a la colisión de derechos que se presente.

4)E: Si cree que en casos de abusos crónicos es posible calificar el abuso como delito continuado y si considera que ésta puede ser una herramienta a emplear para poder sortear el escollo de la prescripción

D: Entiendo que si, pero no obstante ello, debe analizarse con suma prudencia el caso concreto y sus circunstancias particulares toda vez que si bien mi postura es respetar y hacer valer los derechos del NN/A, claramente ello debe aplicarse con profundo respeto a las normas de forma y de fondo previstas en la Ley Penal.

5)E: Si considera que atento la normativa internacional es posible acudir a un tratamiento especial de las situaciones que afectan los derechos humanos de la infancia tal como se protege a otras minorías por ejemplo en situaciones de violencia de género.

D: Si, creo que es posible ya que los NN/A pertenecen a un sector vulnerable de la población que debe ser tratado y resguardado desde esa mirada, es decir, cualquier ultraje sexual a un NN/A implica una grave lesión a derechos humanos fundamentales de las personas, afectan profundamente su dignidad y las conductas sexuales perpetradas en su contra, entiendo que afectan normas constitutivas de la sociedad, por su gravedad.

Ante ello, se les *debe otorgar una protección reforzada que considere esta situación de vulnerabilidad de los menores*, siendo ello una obligación del Estado Argentino en pos del cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas, es decir, entiendo que hay un interés social en que se les de este tratamiento y un interés individual de cada una de las víctimas que tienen derecho a una condena justa a sus agresores, a modo de reparación del daño causado y de reconstitución de su dignidad personal.

Conclusión

Durante el desarrollo del presente trabajo se ha procurado reflejar que el Acceso a la Justicia constituye un área primordial dentro de la política pública en materia de Derechos Humanos.

Resulta trascendente posicionar a las víctimas de delitos como el actor o actora principal del proceso penal a fin de que tenga una participación activa y significativa.

La concepción de Acceso a la Justicia se encuentra determinada más allá de la representación letrada a las víctimas de delitos y el cumplimiento cabal de la legislación vigente; ésta representa un área de la política pública conducente a la combinación de un acervo de herramientas institucionales hacia el goce de derechos civiles, económicos y sociales para una protección integral y efectiva de la niñez y adolescencia.

La implicancia de velar por la protección de los derechos de los NNyA nos interpela en el quehacer cotidiano. Así, desde la Justicia es necesario abogar por la adopción de buenas prácticas en las intervenciones con énfasis en evitar una victimización secundaria en los casos de Abuso Sexual, particularmente de ASI.

Atento las circunstancias de la sociedad actual, los cambios culturales y sociales, la jerarquía de los derechos en pugna, situaciones como la planteada en el presente trabajo necesariamente deben resolverse incorporando una perspectiva de niñez y de género, teniendo en cuenta el Corpus Iuris de Protección de los Derechos Humanos de la Infancia.

Se trata de cambiar las gafas y ser capaces de abordar la temática desde otra perspectiva ya que los delitos de carácter sexual no son delitos comunes. Por eso la necesidad de aplicar esta nueva perspectiva protectora de la infancia en los procesos penales en que intervengan NNyA.

Los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de NNyA no comparten las mismas características que otro tipo de delitos, por ejemplo los delitos contra la propiedad, sino que por el contrario tienen particularidades que les son propias y que los diferencian del resto.

En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia de Chaco en el expediente “Toledo Mónica Patricia s/ Promoción a la Corrupción de menores calificado”¹⁹⁵ ha expresado que *“La diferencia, en el tratamiento de las causas que se tramitan en el ámbito de la justicia respecto de las víctimas de DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD de las de los DELITOS SEXUALES, resulta notable. Los estándares que se aplican sobre las víctimas de delitos sexuales no son los mismos que los tenidos en cuenta con respecto a las víctimas de los delitos contra la propiedad. Cuestionamientos que a lo largo de las actuaciones se realizan sobre los primeros, nunca se perciben respecto de los segundos...De la conciencia de la complejidad del fenómeno y de la aceptación de las dificultades que tienen todos los operadores, dependerá que el resultado jurídico se aproxime a fallos “injustos” –en el sentido del sistema de protección-, o por el contrario, que se continúe legitimando institucionalmente la violencia y abuso de género”*.

Siguiendo esta línea de pensamiento, una de las particularidades de este tipo de ilícitos se centra en las consecuencias del Abuso Sexual Infantil.

En este sentido, compartiendo las palabras de la autora Irene Intebi quien ha expresado de modo contundente que el ASI *“es un balazo en el aparato psíquico”*¹⁹⁶, podemos afirmar que el abuso sexual infantil constituye uno de los traumas psíquicos más intensos y sus consecuencias son sumamente destructivas para la estructuración de la personalidad, produce heridas de tal magnitud en el tejido emocional que hacen muy difícil predecir como reaccionara el psiquismo y cuáles serán las secuelas.

¹⁹⁵ Remitido por el D. Ramirez Leandro J. abogado litigante en la Provincia del Chaco.

¹⁹⁶ Intebi, Irene, “Abuso Sexual Infantil en las mejores familias, 1º Edición, 2º Reimpresión, Buenos Aires, Granica, pág. 173.-

En pos de hacer efectivos los Derechos Humanos de la infancia el Congreso de la Nación dio el puntapié inicial al ampliar la prescripción de la acción penal en los delitos contra la Integridad Sexual. Esta “Ley de respeto a los tiempos de las víctimas” debe aplicarse respecto de los adultos que fueron silenciados en su niñez y se vieron impedidos de denunciar en su momento, a fin de garantizar el efectivo acceso a la justicia y sobre todo el derecho a la igualdad de las personas de esa franja etárea que de otro modo quedaría en un estado de absoluta desprotección por parte del Estado.-

Ha sido muy clara la autora del proyecto Sigrid Kunath quien expresó enfáticamente *“Con esta ley que está vigente, una persona puede denunciar un delito contra la integridad sexual independientemente de la edad que tenga la víctima y de los años que hayan pasado desde la comisión del delito. Esto significa, que desde el servicio de justicia no se le puede contestar a nadie a priori que no se puede investigar a nadie porque esta prescripto”*.¹⁹⁷

Por su parte, la diputada provincial Rosario Romero, abogada querellante en la Causa Ilarraz, celebró la sanción de la ley con la cual *“el Congreso de la Nación, por unanimidad, ha trazado una norma que desde el punto de vista de la política criminal, para las víctimas, es simbólicamente importantísima. Es decirle a las víctimas cuando puedan sacar su verdad afuera, que nosotros a partir de ahí recién le vamos a contar el término de prescripción”*.¹⁹⁸

De la lectura de la bibliografía para poder realizar el presente trabajo, y luego de un análisis pormenorizado del tema desarrollado estoy convencida de que es posible encarar una política criminal que no deje impunes delitos sexuales cometidos contra los NNyA con anterioridad a la sanción de la Ley N° 27.206. Es decir, su aplicación a casos anteriores a su entrada en vigencia es posible. No se vulneran las garantías procesales del imputado, quien será sometido a un proceso justo, tendrá garantizado el derecho de defensa, se respetará su derecho a ser oído.

¹⁹⁷ <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-10666-2016-06-24.html> de fecha 24/6/2016

¹⁹⁸ Ibidem 194.

Tampoco se viola al imputado la garantía del Plazo Razonable del proceso, ya que éste recién se inicia con la denuncia formulada por la víctima que es el primer acto de impulso. No puede computarse como plazo razonable del proceso todo el tiempo durante el cual el reo no estuvo sujeto a éste, plazo durante el cual no hubo proceso alguno y durante el cual la víctima sufrió las consecuencias físicas y psicológicas de los abusos perpetrados por aquél.

Es esencial mencionar que con la aplicación de la norma referida no se vulnera el principio de Legalidad. En efecto, las conductas abusivas estaban, a la época de su comisión, prohibidas por la ley que regía al momento, reformada por Ley N° 25.087 de fecha 14/5/99; no se trata de la prohibición de conductas que al momento de la comisión no eran delictivas, por lo que no puede pensarse que se haya quebrantado el principio de la Ley Previa.

Asimismo, resultaría absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a una pérdida de interés por parte del Estado en la aplicación de una pena; como es irrazonable también que quienes no contaban con legitimación para denunciar (art. 72 C.P.) porque fueron víctimas siendo menores de edad, al momento de alcanzar la mayoría de edad tengan por delante un plazo reducido y diferente del que disponen las personas mayores de edad. Ello sin duda, violaría otro principio muy caro, el de la igualdad ante la ley.

Tanto la Ley N° 27.206, como la Ley N° 26.705 han venido a cristalizar normas de protección de los Derechos Humanos de la Infancia que ya existían, aunque de modo disperso.

Dicho en otras palabras, se deja planteado el siguiente interrogante: *“¿no será “la Ley N° 27206” aclaratoria e interpretativa de lo que siempre fue “Ley”¹⁹⁹*

Así, los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en relación con los Derechos Humanos de la Infancia son visiblemente anteriores a la

¹⁹⁹ Amira Nahir Barud, Sergio Paulo Pereyra, Maria Silvana Perez, Carolina Mercedes Fule. (2020). El Sentido de la Ley Para Sobrevivientes de Abuso Sexual en las Infancia, pág. 108 <https://www.libreriacontextodigital.com.ar/reader/el-sentido-de-la-ley-para-sobrevivientes-de-abuso-sexual-en-las-infancia?location=108>

sanción de la ley. Ergo, Argentina se encontraba en la obligación de cumplir con tales compromisos desde tiempo antes de la sanción de las leyes de 2011 y /o de 2015.

Si se tiene en cuenta que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos están incluidos en el concepto amplio de Ley Penal, las normas que obligaban al Estado Argentino a proteger los derechos de la infancia son ostensiblemente previas.

Compartiendo las palabras de la autora del proyecto de Ley de Respeto a los tiempos de las víctimas, Sigrid Kunath cabe afirmar que²⁰⁰ *“siempre debe primar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes por sobre cualquier otra cuestión, postura que es avalada por la existencia de instrumentos normativos de derecho interno e internacional que priorizan el acceso a la justicia a las víctimas por sobre ciertas garantías penales de los imputados”*.

En lo que respecta al papel de la Justicia (Poder Judicial), claro está que los operadores/as judiciales deben estar especialmente capacitados para atender casos de este tipo, pero por sobre todo deben tener la empatía para comprender el tiempo que le demanda a una víctima desarrollar el proceso psicológico hasta lograr poder hablar de los abusos padecidos.

En este sentido cabe traer a colación las palabras del Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal I de La Plata, Dr. Carlos Rozanski, quien aseguró *“A mí me impresionó siempre cómo hay personas en cualquier poder del Estado que sin ninguna dificultad pueden comprender lo que significa el tiempo de una víctima y otras que no lo van a comprender nunca y la diferencia entre una y otra es la empatía”* aludiendo a la necesidad de avanzar en la elaboración de *“algún tipo de ley que garantice el perfil de juez que necesitamos como sociedad, que sea acorde al paradigma actual en materia de derechos humanos”*.²⁰¹

²⁰⁰ Kunath, Sigrid Elisabeth, “Abuso sexual infantil y prescripción”, Editorial Rubinzal Culzoni ~ Cita online: RC D 1204/2019 en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47958-abuso-sexual-infantil-y-prescripcion>

²⁰¹ <https://www.diarioelargentino.com.ar/noticias/164431/Abuso-sexual-infantil-debatieron-en-el-Senado-la-Ley-de-Respeto-a-los-Tiempos-de-las-Victimas>

En tanto, Virginia Berlinerblau, médica especialista en Psiquiatría Infanto Juvenil y en Medicina Legal y médica Forense de la Justicia Nacional de Buenos Aires sostuvo que *“para algunas víctimas la recuperación no solo pasa por la psicoterapia, los grupos de autoayuda, la confesión o la charla íntima. La denuncia es un acto de otro orden, es un llamado a poner las cosas en su lugar, a reinstaurar la ley y solo la institución judicial tiene la función privilegiada para hacerlo. La denuncia en la adultez puede ser entendida como un insistente reclamo a la legalidad que le fue negada de niño, la que le otorga la esperanza de pasar de objeto a sujeto”*.²⁰²

Los operadores/as judiciales además de capacitarse deben garantizar que haya igualdad en el debido proceso, nivelando la situación de los imputados pero sin desconocer la posición de la víctima y sus garantías en el proceso penal, que son igualmente dignas de hacerse valer y no pueden ser desconocidas en pos de aquellos.

Si bien en apariencia hay una colisión de valores jurídicos entre víctima e imputado, debe tenerse presente en la ponderación el plus que en este tipo de casos está dado por el respeto del Interés Superior del Niño como una prioridad absoluta.

Ahora bien, existen posibilidades disímiles respecto de la aplicación de la Ley N° 27.206. Mientras una parte de la doctrina y de los operadores/as de justicia entienden que por principios del derecho penal clásico y según su estricta y literal interpretación, los casos de abusos acontecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma se encuentran prescriptos, otro sector ha sostenido la posición contraria.

Al día de hoy son todos debates pendientes y la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha pronunciado aún.

Si bien el Congreso de la Nación ha sancionado leyes que se encuentran a la altura de las circunstancias en el sentido de que han receptado la posición tomada por la sociedad en su conjunto en tanto generan un principio de reparación a las víctimas de estos delitos aberrantes al priorizar el acceso a la justicia, de ahora en más será responsabilidad del Poder Judicial fijar una clara postura al respecto, que no de lugar a

²⁰²<https://www.parlamentario.com/2016/06/17/debatieron-sobre-la-ley-de-respeto-a-los-tiempos-de-las-victimas-de-abuso/>

dudas, asegurando que las víctimas no tendrán la necesidad de transcurrir largos y dolorosos años por los pasillos de los tribunales para que su caso pueda ser atendido y sus victimarios reciban una justa condena.

Asimismo, Kunath expresó, *“hoy existe la certeza de que el derecho al acceso a la justicia para todas las personas menores de edad que desde el 9 de noviembre de 2015, (fecha de entrada en vigencia de la ley) hayan sido víctimas de abuso sexual, se hará efectivo y el Poder Judicial deberá poner todos sus esfuerzos en realizar la investigación correspondiente, sin la necesidad de transcurrir años dilucidando si la acción penal se encuentra o no prescripta. De ahora en más, el desafío estará en que la misma regla sea aplicada a los casos sucedidos con anterioridad, colocando así a todas las víctimas en una situación de igualdad y posibilitando que el respeto a los tiempos de las víctimas no sea sólo una expresión que da nombre a una Ley, sino que represente un real entendimiento de todas aquellas situaciones que impiden que una persona acuda a la justicia durante un determinado tiempo a manifestar los hechos a los que se vio sometida, comprendiendo que si no lo denunció con anterioridad no fue porque no quiso sino porque no pudo.”*²⁰³

Si bien la Justicia pretende poner tiempo al daño producido por el delito sexual, ello no sucede porque no hay posibilidad alguna de poner tiempos, el trauma no es cronológico. No podemos someter un proceso psicológico (que es el que realiza la víctima hasta que logra hablar de lo acontecido) a los términos previstos en el proceso penal.

En supuestos de abuso sexual lo que ocurre es un arrasamiento de la personalidad del niño que se encuentra en proceso de constitución, sin herramientas para comprender, discriminar, elaborar y mucho menos denunciar lo que le pasó. Ello indudablemente debe ser valorado al examinar este tipo de casos.

²⁰³ Ibidem 197.-

Por ello, *para que la víctima hable, tiene que haber un camino allanado hacia la posibilidad 'de elaborar lo vivido y solo existe esa posibilidad de elaboración, si hay justicia.*²⁰⁴

En conclusión, en manos de los operadores y operadoras judiciales se encuentra la tarea de revalorizar el papel de las víctimas en el proceso penal, particularmente en lo que respecta a las víctimas NNyA de delitos contra la integridad sexual y de velar porque el reconocimiento de los Derechos Humanos de la Infancia sea efectivo y no una mera proclamación, respetando el efectivo compromiso asumido por nuestro país como Estado Parte en las convenciones internacionales de Derechos Humanos, en particular, relativas a la salvaguarda de los derechos de los colectivos más vulnerables, esto es, la víctima mujer y el niño/a promoviendo y garantizando el efectivo acceso a la Justicia y el procedimiento eficaz.-

Este es el desafío que se nos presenta. Emprendamos entonces la ardua pero seguramente fructífera labor de ser la coraza que proteja la infancia y seamos garantes de sus derechos, en particular del Acceso Efectivo a la Justicia.

En nuestras manos se encuentran todas las herramientas jurídicas para hacerlo.//

²⁰⁴Fulé Carolina, Lic. en Psicología, “Imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de menores de edad” en <https://es.scribd.com/document/467181610/Imprescriptibilidad-de-la-accion-penal-en-delitos-contra-la-integridad-sexual-de-menores-de-edad>

-Bibliografía:

*Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas, Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia, JUFEJUS, Asociación por los Derechos Civiles –ADC-, Unicef.-

*Amira Nahir Barud, Sergio Paulo Pereyra, María Silvana Perez, Carolina Mercedes Fule. (2020). El Sentido de la Ley Para Sobrevivientes de Abuso Sexual en las Infancia. <https://www.libreriacontextodigital.com.ar/reader/el-sentido-de-la-ley-para-sobrevivientes-de-abuso-sexual-en-las-infancia>

* Arocena, Gustavo A., “Sobre la prescripción de la acción penal que nace de los delitos sexuales.PRINCIPIOS GENERALES DEL CÓDIGO PENAL Y DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DE LA LEY 26.705”, en:<https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/download/3987/3627>

*Baita Sandra, Moreno Paula, “Abuso Sexual Infantil, Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia” Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, CEJU, Ed. Mastergraf, Uruguay, primera edición: octubre de 2015 <http://www.unicef.org/uruguay/spanish/AbusoSexualInfantildigital.pdf>

*Beloff Mary, “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado” en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en [http://www.unicef.org/argentina/spanish/ OriginalLibroVictimas.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf)

*Bregantic Jonatan L. en su exposición “LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: UNA NORMA INTERCONECTADA”, pág. 6/7, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46927-accion-penal-delitos-contra-integridad-sexual-ninos-ninas-y-adolescentes-norma>

“Prescripción de la acción penal respecto de Delitos contra la Integridad Sexual en perjuicio de Niños, Niñas y Adolescentes”

*Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional- SALA 3, Buenos Aires, 18 de diciembre de 2018, en la causa CCC 38644/2015/CNC1, caratulada “F., N. s/ violación de menor de 12 años”. Del Voto del Dr. Pablo Jantus.- [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Funicelli%20\(reg.%20N%C2%B0%201643%20y%20causa%20N%C2%BA%2038644\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Funicelli%20(reg.%20N%C2%B0%201643%20y%20causa%20N%C2%BA%2038644).pdf)

*Código Penal Argentino, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#11> (consultado en el mes de enero de 2021)

*Código Penal de Uruguay, disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933> (mayo, 2018)

* Couture, Eduardo J. (2004), Vocabulario jurídico (3a edic.), Montevideo-Buenos Aires. Edición actualizada y ampliada por Angel Landoni Sosa.

*D’Alessio Andrés J., (2011), “Código Penal de la Nación Comentado y Anotado”, Buenos Aires, Ed. La Ley .

*Freedman, Diego y Terragni, Martiniano “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el Derecho argentino” en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>

*Gavilanes Domínguez, Christian D. en III CONGRESO INTERNACIONAL “CIENCIA, SOCIEDAD E INVESTIGACIÓN UNIVERSITARIA” PUCE AMBATO TÍTULO DEL TRABAJO: LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS SEXUALES <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2636/1/Prescripci%C3%B3n%20acci%C3%B3n%20penal.pdf>

*Grisetti, Ricardo Alberto (2011), “La ley 26705. Un nuevo plazo de prescripción para las acciones derivadas de los abusos sexuales contra menores”. En: “elDial.com”, del 13/10/ 2011, DC1703. Disponible en: www.eldial.com.

*Guía de abordaje integral ante situaciones de Violencia Sexual hacia Niños, Niñas y Adolescentes, Programa Provincial para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y de Género, Área de Políticas de Género, Ministerio de Salud – Provincia de Buenos Aires autoras: Magister en Salud Pública María Eugenia Bagnasco Abogada Estefanía Gelso, Licenciada en Trabajo Social María Guadalupe Recio, Noviembre de 2015.-

*Guía práctica sobre la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos - Ley N°27.372- Documento elaborado por la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC) Titular de la dependencia: Malena Derdoy, Septiembre 2018 Diseño: Dirección de Comunicación Institucional, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación.

*Gutiérrez, Pedro A, (2015) “Delitos sexuales sobre menores”, Ed. La Rocca, 2° Edición, Buenos Aires, 2015.

*Imprescriptibilidad de acciones civiles y/o penales por delitos sexuales contra menores de edad en el derecho comparado, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES 23 DE AGOSTO DE 2016, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=130127&prmTIPO=DOCUMENTO>
[COMISION](#)

*Intebi, Irene, (2008) , "Abuso sexual en las mejores familias", Capítulo 8. Sin testigos: el relato de las víctimas. Ediciones Granica S.A. (Argentina). 2da reimpresión.

*Intebi, Irene, (Noviembre de 2009), “Intervención en casos de Maltrato Infantil”, Ed. Dirección General de Políticas Sociales, www.serviciossocialescantabria.org, Cantabria, España.

*Kunath, Sigrid Elizabeth, “Abuso sexual infantil y prescripción” , Editorial Rubinzal Culzoni ~ Cita online: RC D 1204/2019 También <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47958-abuso-sexual-infantil-y-prescripcion>

* Lascano, Carlos J. (h) (2007), “Artículos 62/63”. En: AA.VV (2007), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial (2a edic.), Buenos Aires: Hammurabi.

“Prescripción de la acción penal respecto de Delitos contra la Integridad Sexual en perjuicio de Niños, Niñas y Adolescentes”

*López, F. (1997). Abuso sexual: un problema desconocido. En J. Casado, J.A. Díaz y C. Martínez (Eds.) (1997). Niños maltratados. Madrid. Díaz de Santos.-

* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Resolución 2002/14, del 24/7/2002, “Promoting effective measures to deal with the issues of missing children and sexual abuse or exploitation of children” . Disponible en: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-14.pdf> (accedido el 16 de diciembre de 2011).

*Páginas web consultadas en Capítulo Primero

http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>

<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>

Publicado en: LL 2004-F, 906. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación CS] – 2004/08/24 – Arancibia Clavel, Enrique L. – Cita Online: AR/DOC/2540/2004.

*Páginas web consultadas en Capítulo Segundo:

<https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/08/Gu%C3%ADa-ante-situaciones-de-violencia-sexual-hacia-NNyA-MSalud-PBA.pdf>

<https://www.pagina12.com.ar/240771-la-esi-permitio-que-el-80-por-ciento-de-los-ninos-y-ninas-ab#:~:text=Educaci%C3%B3n%20Sexual%20Integral,La%20ESI%20permiti%C3%B3%20que%20el%2080%20por%20ciento%20de,y%20ni%C3%B1as%20abusados%20pu>dieran%20contarlo&text=La%20asesora%20General%20Tutelar%2C%20Yael,les%20permiti%C3%B3%20contar%20lo%20sucedido%E2%80%9D>

<https://dle.rae.es/mito>

*Páginas web consultadas en Capítulo Tercero

<https://www.unicef.org/spanish/crc/>

<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

<https://robertopiazzafundacion.blogspot.com/>

https://www.clarin.com/sociedad/sanciono-Piazza-amplia-prescripcion-menores_0_SkU7LPanw7g.html

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/135796/20151110>

<https://www.parlamentario.com/2016/06/17/debatieron-sobre-la-ley-de-respeto-a-los-tiempos-de-las-victimas-de-abuso/>

<http://www.saij.gob.ar/9139-local-mendoza-regimen-juridico-proteccion-personas-menores-edad-lpm0009139-2018-12-20/123456789-0abc-defg-931-9000mvorpyel>

<https://www.unir.net/derecho/revista/politica-criminal-criminologia/#:~:text=La%20expresi%C3%B3n%20%E2%80%9CPol%C3%ADtica%20Criminal%E2%80%9D%20se,Derecho%20natural%20de%20sus%20s%C3%ABditos%E2%80%9D>

<https://www.unicef.org/spanish/crc/>

https://www.unicef.org/spanish/why/why_rights.html (consultado en el mes de Octubre de 2020)

<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/index.html>

[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Funicelli%20\(reg.%20N%C2%B0%201643%20y%20causa%20N%C2%BA%2038644\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Funicelli%20(reg.%20N%C2%B0%201643%20y%20causa%20N%C2%BA%2038644).pdf)

https://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t7.html

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1134001>

<https://www.conceptosjuridicos.com/co/codigo-penal-articulo-83/#:~:text=Termino%20de%20prescripci%C3%B3n%20de%20la,inciso%20siguiente%20de%20este%20art%C3%ADculo.>

<https://laley.pe/art/5894/modifican-codigo-penal-imprescriptibilidad-y-otros-importantes-cambios-en-violacion-sexual->

*Páginas web consultadas en Capítulo Cuarto y Quinto

<https://www.elentrerios.com/actualidad/la-causa-ilarraz-no-prescribio.htm>

<https://www.lesquiui.com/policiales/2019/11/20/la-imprescriptibilidad-del-abuso-sexual-infantil-341575.html>

<https://www.cij.gov.ar/nota-30557-La-Corte-Suprema-convalid--el-juzgamiento-penal-del-cura-Illarraz.html>

<http://www.jusentrerios.gov.ar/07/06/2018/dieron-a-conocer-la-sentencia-por-la-cual-condenaron-a-justo-jose-illarraz-a-25-anos-de-prision/>

<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.jusentrerios.gov.ar/wp-content/uploads/2019/04/ILARRAZ.rtf&hl=en>

<https://www.cij.gov.ar/nota-30557-La-Corte-Suprema-convalid--el-juzgamiento-penal-del-cura-Illarraz.html>

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZjgXRC9Y9AUJ:jurisprudencia.jusentrerios.gov.ar/download/ECKELL.RTF+&cd=24&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/AJ%20\(causa%20N%C2%B0%20191\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/AJ%20(causa%20N%C2%B0%20191).pdf)

https://cijur.mpba.gov.ar/files/auctions/resolutions/Imprescriptibilidad_abuso_sexual..pdf (Consultado en el mes de noviembre de 2020)

<https://www.mpf.gob.ar/coordinacion/files/2019/08/Reg.-n%C2%B0-1643.2018.pdf> (Consultada en el mes de noviembre de 2020)

https://cijur.mpba.gov.ar/files/auctions/resolutions/Imprescriptibilidad_abuso_sexual..pdf (Consultado en el mes de noviembre de 2020)

<http://www.periodicojudicial.gov.ar/?p=406792> (Prensa del Poder Judicial de San Luis)

<http://prensa.justiciachaco.gov.ar/node/3791>

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/fallos47801.pdf#viewer.action=download>

<https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20190701104504191>

<https://www.pagina12.com.ar/202324-un-abusador-condenado-25-anos-despues-de-haber-cometido-el-d> Fecha 24 de Junio de 2019

<https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/085/497/000085497.pdf>

<https://www.diarioelinforme.com.ar/2020/06/19/-fallo-de-tribunal-local-rechaza-prescripcion-de-accion-penal-en-causa-por-delitos-sexuales>

<https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2020/11/07/la-justicia-declaro-prescripta-la-causa-por-abusos-sexuales-de-menores-en-el-instituto-provolo-de-la-plata/> (7 de Noviembre de 2020)

<https://www.diarioelargentino.com.ar/noticias/164431/Abuso-sexual-infantil-debatieron-en-el-Senado-la-Ley-de-Respeto-a-los-Tiempos-de-las-Victimas>

<https://www.parlamentario.com/2016/06/17/debatieron-sobre-la-ley-de-respeto-a-los-tiempos-de-las-victimas-de-abuso/>

*Pedrido Nanzur, Victoria, Licenciada en Ciencias de la Comunicación (UBA). Posgrado en comunicación, géneros y sexualidades. Maestranda en Políticas Sociales. Integrante del área de Diversidad Sexual del PNSSPR- MSN. Tallerista de ESI. Activista , “El derecho a la educación sexual integral (ESI)”, en: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/106>

*Pereda Beltrán, Noemí y Gómez Martín, Víctor, (2018)“La prescripción de delitos sexuales con niños víctimas: un análisis multidisciplinar”, (texto completo se encuentra disponible en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca.->)

*Pereda Noemí, Greco Ana M., Hombrado Jaime y Segura Anna *Grupo de investigación en Victimización Infantil y Adolescente (GReVIA) Universitat de Barcelona* Víctor Gómez-Martín *Universitat de Barcelona*, ¿Qué factores inciden para romper el silencio de las víctimas de abuso sexual? en “Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 12, Número 16 (2018) www.criminologia.net ISSN: 1696-9219

*Programa Nacional de Educación Sexual Integral -Ley 26.150, promulgada en el mes de Octubre de 2006 en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=121222>

*Programa Provincial de Prevención y Atención de la Violencia Familiar y de Género, Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires “Registro de asistencia a personas en situación de violencias en instituciones del subsector público de la salud. Un análisis cuanti-cualitativo quinquenal, sobre mujeres, niñas y niños”-. Disponible en: http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/violencia/files/2012/11/REGISTRO_QUINQUENAL.pdf

*Programa Provincial para la prevención y atención de la violencia Familiar y de Género, Area Políticas de Género, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.Guía de abordaje integral ante situaciones de Violencia Sexual hacia Niños, Niñas y Adolescentes, (pág. 10/12)

“Prescripción de la acción penal respecto de Delitos contra la Integridad Sexual en perjuicio de Niños, Niñas y Adolescentes”

*Reinaldi, Víctor F. (1999) “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino: Ley 25.087, Marcos Lerner Editora, Córdoba.

*Rigui E., (20089, “Derecho Penal Parte General”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Argentina.

*Rigui, Esteban, (1996), “Los límites de la persecución penal y la tutela de los derechos fundamentales”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Año II, N°3, Ad. Hoc, pág. 195/196.

*Rozanski, Carlos (2009). "La intervención del Estado y la protección de los derechos en los casos de abuso sexual infantil". En "Acceso justicia niños/as víctimas protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia" (pp. 157-162). Argentina: Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires(JUFEJUS) y UNICEF.

*Santangelo María Victoria, “La protección de la víctima en los juicios de abuso sexual” En Revista Jurídica UCES

http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1958/Proteccion_Santangelo.pdf?sequence=1

*Summit, Roland C. "El síndrome de acomodación del abuso sexual de menores"., Rev. Child Abuse and Neglect, 7. 1983.

*UFEM-Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, Jurisprudencia y Doctrina sobre violencia sexual. Ministerio Público Fiscal. Procuración General de la Nación. República Argentina.
