



CAMARA DE ACUSACION

Protocolo de Autos

Nº Resolución: 110

Año: 2023 Tomo: 2 Folio: 443-457

EXPEDIENTE SAC: _____ – M., C. A. - CAUSA CON IMPUTADOS

PROTOCOLO DE AUTOS. NÚMERO: 110 DEL 23/03/2023

AUTO NÚMERO: CIENTO DIEZ.

Córdoba, veintitrés de marzo de dos mil veintitrés.

VISTOS: Los presentes autos caratulados “**M., C. A. p.s.a. Promoción a la corrupción de menores agravada**” (Expte. SACM nº _____), elevados por el Juzgado de Control de Carlos Paz, con motivo del recurso de apelación interpuesto por el Ab. Daniel Mazzoccone — apoderado del imputado A. J. M. —, en contra del Sentencia nº13 del 07/03/2022, por cuanto dispone: “...I) Hacer lugar a la oposición que ha sido interpuesta por los abogados Tomás Aramayo y Federico Gallardo, en carácter de defensores de C. A. M., en contra del requerimiento fiscal de citación a juicio dictado por laFiscalía el día 02 de marzo de 2022. II) En consecuencia, sobreseer a C. A. M., DNI _____, ya filiado, por prescripción de la acción penal por el transcurso del tiempo, por el hecho que se le atribuía acaecido en fecha que no se ha podido precisar con exactitud, pero que se podría ubicar en el lapso de tiempo comprendido entre el año 2002 y hasta el mes de abril del año 2004, que fue calificado como promoción a la corrupción de menores agravada (arts. 45 y 125 segundo párrafo del CP) -art. 350 inc. 4to. del CPP, arts. 2 y 62 inc. 2do del CP- ”.

DE LOS QUE RESULTA: Que la señora y los señores vocales de esta Cámara de Acusación, reunidos con el objeto de dictar resolución en estos autos, disponen que emitirán

su voto de manera conjunta.

Y CONSIDERANDO:

A) Que, conforme a lo resuelto en el punto que antecede, los vocales **Carlos Alberto Salazar; Patricia Alejandra Farías y Maximiliano Octavio Davies** dijeron:

I) Con motivo de la excepción de falta de acción interpuesta por la defensa del imputado, el juez de control sobreseyó por prescripción (art. 350 inc. 4 del CPP) a C. A. M., por el hecho que se le atribuía acaecido en fecha que no se ha podido precisar con exactitud, pero que se podría ubicar en el lapso de tiempo comprendido entre el año 2002 y hasta el mes de abril del año 2004, que fue calificado como promoción a la corrupción de menores agravada (arts. 45 y 125 segundo párrafo del CP).

En primer lugar, aludió a jurisprudencia y doctrina vinculada al instituto de la prescripción. Dijo que, al ser considerada la prescripción una condición de punibilidad, constituía una categoría de derecho material, lo que determinaba su inclusión en lo dispuesto en el art. 2 del CP y la aplicación de la ley más benigna. De acuerdo a este razonamiento, estimó que, en tanto los hechos en cuestión habrían acaecido hasta el año 2004, debía estarse a la ley más benigna para el imputado en materia de prescripción, esto es, la anterior a las reformas dispuestas por las leyes 26705 y 27206.

Específicamente en lo que respecta al abuso sexual infantil, expresó que estas últimas reformas en materia de prescripción habían tendido a garantizar a las víctimas el derecho de acceder en forma efectiva a la jurisdicción en el entendimiento de que, en esta tipología de casos, al momento de comisión de los eventos delictivos las víctimas se hallaban en una verdadera situación de indefensión por cuanto carecían de la suficiente madurez física y mental para interponer por sí mismas las acciones o las defensas correspondientes. Añadió que, frente a esta situación, las reformas habían extendido los plazos de prescripción: en el primer caso, dijo se dispuso que ese plazo debía comenzar a correr recién cuando la víctima cumpliera dieciocho años de edad (ley 26705); y en el segundo caso, se suspendió ese plazo

mientras la víctima fuera menor de edad y hasta que, habiendo cumplido la mayoría de edad, formulara por sí la denuncia o ratificara la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad (ley 27206). Destacó que los fundamentos para extender los plazos de prescripción atendían a los procesos internos que las víctimas transitaban desde la comisión del delito hasta tomar la decisión de poner el hecho en conocimiento de las autoridades judiciales, en tanto los niños y niñas víctimas solían adoptar mecanismos (psicológicos) de defensa para sobrevivir a la situación traumática que importa el delito. Puntualizó que, tratándose de niños y niñas, era más dificultoso la autodefensa, por lo que la suspensión de la prescripción en esta tipología de supuestos encontraba fuertes razones de protección y constituía una medida adecuada en orden a garantizarles a las víctimas el acceso a la jurisdicción y a la reparación.

Luego, resaltó que la cuestión traída a estudio debía abordarse desde una perspectiva de los derechos fundamentales al encontrarse en tensión el derecho del imputado a liberarse de las persecuciones penales en un lapso de tiempo razonable y el derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación (arts. 8.1, 25 CADH, art. 3 y 19 de la CIDN). Expresó que la prescripción actuaba como límite máximo para la vigencia de persecuciones penales, por lo que importaba también un resguardo de la garantía que imponía la duración razonable de los procesos.

Seguidamente manifestó que, para resolver este conflicto entre derechos convencionales, debía tenerse en cuenta, primero, el impacto de la prescripción de la acción penal en el sistema regional de los derechos humanos y, tras reseñar diferentes precedentes del tribunal interamericano, concluyó que éste en cada caso había efectuado un juicio de ponderación entre los derechos del imputado y los de la víctima y que precedían los de la víctimas frente a violaciones graves de los derechos convencionales, que tenían como notas en común la naturaleza de los hechos (homicidios, torturas, esclavitud), el involucramiento en ellos de autoridades estatales y la negligencia de los órganos públicos en la investigación de esos

sucesos.

En este marco, analizó si este caso en concreto podía encuadrarse en una violación grave a los derechos convencionales según los estándares que manejaba la Corte IDH, que pudiera tornar inadmisibles las reglas sobre prescripción. En este punto dijo que el abuso sexual infantil revestía gravedad, habiéndose el Estado obligado, en el ámbito internacional, a cumplir con determinados deberes (calificados) en orden a la protección de las víctimas, pero que no toda violación en abstracto a un derecho convencional (por más que involucre a categorías de personas que merecen especiales deberes de protección) debía excluir las reglas (internas) en materia del principio de legalidad y, en particular, las que regulan las formas y los tiempos establecidos para la extinción de la acción penal. Por el contrario, sostuvo que la admisibilidad (o no) de las leyes que disponían la prescripción debía establecerse necesariamente en consideración de las concretas características de cada caso.

En el caso particular advirtió que este supuesto no podía catalogarse como una muy grave violación de derechos humanos, en cuanto no hubo involucramiento de agentes estatales, o investigaciones deficientes por parte del Estado ni se trató de prácticas generalizadas o sistemáticas o de hechos de notable e inusitada gravedad. Por el contrario, afirmó que, en este expediente, se trataba de un niño que estuvo expuesto a temprana edad a prácticas sexuales masturbatorias por parte de su padre adoptivo, que no era claro -siquiera- si esa práctica estuvo destinada a promover o a corromper el desarrollo de su sexualidad o si, en efecto, el imputado sólo actuó (exclusivamente) en pos de su autosatisfacción, habiendo expuesto al niño a esa situación lo que, ciertamente, pudo haberle provocado a la víctima un severo daño psíquico. Agregó que el hecho podría ser atribuido a título de dolo eventual, teniendo en cuenta que el damnificado contó que se levantaba y que el traído a proceso, no obstante, continuaba con esa práctica.

Concluyó, en base a lo expuesto, que sin perjuicio de que se trataba de hechos graves y de una víctima que pudo haber visto restringido su derecho a la jurisdicción, según los estándares

internacionales expuestos, los sucesos investigados no quedarían enmarcados dentro de los supuestos excepcionales en los que, para el sistema interamericano de derechos humanos, la prescripción resulta inadmisibles. De allí derivó que, en tanto los hechos investigados habían acaecido desde el año 2002 hasta el año 2004, esto es, en circunstancias en que no se encontraban vigentes las leyes que habían modificado la forma de computar los plazos de prescripción en materia de abuso sexual infantil (leyes 26705 del año 2011 y la ley 27206 del año 2015), se encontraba extinguida la acción penal por el transcurso del tiempo (art. 350 inc. 4to. del CPP, art. 62 inc. 2do del CP), al no haberse producido eventos suspensivos o interruptivos de la prescripción, tal como estaban reglamentados en esa época.

II) El querellante particular interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia mencionada, cuestionando la resolución que dispone la extinción de la acción penal por prescripción.

III) Concedido el recurso, recibidas las actuaciones por este tribunal e impreso el debido trámite de ley, la parte apelante informó oralmente sobre el fundamento de sus pretensiones. Comienzan por remarcar que los hechos se cometieron entre 2002 y 2004 y entiende que el juez de control, con la resolución que dispone el sobreseimiento por prescripción de C. A. M., incurre en una grave violación de DDHH. Sostienen que si bien se hacen mención de los obstáculos que enfrenta una persona víctima de abuso, soslayar tales circunstancias al resolver.

Criticando que el juez haya considerado que no hay una *grave violación a los derechos humanos* en los términos desarrollados por la Corte IDDH. Citan en apoyo a su postura la “Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso”, elaborado por UNICEF. Por el contrario, entienden que si estamos ante una grave violación a los derechos humanos y que el juzgado de control —con su resolución— pareciera justificar el accionar de C. A. M. Aduce que deben prevalecer los deberes del Estado

respecto a la temática relacionada al caso.

Remarcan que su representado todavía acude a psicología y psiquiatra para afrontar los efectos de este trauma y que fueron los años de terapia los que le dieron la fuerza para realizar la denuncia. Crítica que el magistrado haya considerado que se trataba de un conflicto de derechos, ya que no estamos hablando de una víctima mayor de edad sino de una víctima que al momento de los hechos era un niño.

Que en función de ello, entiende que corresponde armonizar las convenciones internacionales con jerarquía constitucional. Afirma que el juez de control ha hecho caso omiso a las convenciones internacionales y ha consagrado la impunidad. Cuestiona que se haya resuelto la inaplicabilidad de las convenciones al caso y, fundado en ello, la prescripción de la acción penal. Citan jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, relatan la postura del Dr. Pablo Jantus —vocal de dicha Cámara— y jurisprudencia del TSJ de la Provincia del Chaco, todo lo cual entienden aplicables al caso.

Menciona que su representado no ha tenido un adecuado acceso a la justicia. Relata que la situación salió a la luz en el juicio de divorcio del imputado y la madre de la víctima y que no se les brindaron las herramientas e información pese a que se supo en el juicio de divorcio.

Crítica que el magistrado de control haya cuestionado el tiempo en que la víctima no denunció ya que desconoce los tiempos propios de la víctima. Considera que el juzgado de control ha vuelto a producir gravámenes irreparables con su resolución y que su representado aumentó sus miedos al no encontrar respuestas por parte del magistrado. Relata que no es un trámite más y que hay pocos antecedentes de este tipo de causas. Aduce que no se ha tenido en cuenta la situación particular de este tipo de delitos.

Solicita que se tenga en cuenta la palabra de la víctima y se declare la nulidad de la sentencia que dispuso el sobreseimiento. Subsidiariamente solicita que se pueda acceder a la determinación de la verdad, mediante un procedimiento destinado a tal efecto. Entiende que si bien un juicio por la verdad no resuelve la situación, al menos permite legitimar la voz de

la víctima.

IV) Ingresando al estudio de las presentes actuaciones, entendemos que la resolución del juez de control debe ser revocada, en cuanto acoge la excepción de falta de acción por extinción de la acción penal. Consecuentemente, la presente causa deberá volver al juzgado de control a fin de que se pronuncie sobre la oposición a la requisitoria de elevación a juicio presentada por la defensa del imputado C. A. M. y que, atento el éxito obtenido en el primer planteo, no fue analizada por el a quo.

1. Ley vigente al momento del hecho

A la fecha de comisión del hecho, la ley vigente en materia de suspensión del curso de la prescripción establecía que: "La prescripción se suspende en los casos de 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" (Texto según Art. 67, primera parte del CP, conforme Ley n.º 25.188 — B.O 01/11/1999).

En la actualidad, la ley establece en este punto que: "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. 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. 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...”.

El máximo tribunal de la provincia se ha pronunciado en autos “Aquiles” (S. n.º 387, 2019) por la inaplicabilidad de la regulación actual del término de suspensión de la prescripción, en tanto implicaría una violación de todos los derechos y garantías que operan a favor del imputado, como son el derecho de defensa y debido proceso, el principio de legalidad y de reserva como también la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (art. 18 CN, art. 9 CADH y art. 15.1 PIDCP). Conforme a ello, el análisis de constitucionalidad y convencionalidad que corresponde efectuar —de acuerdo con el planteamiento defensivo— es sobre la ley que se encontraba vigente al momento del hecho, esto es, el Art. 67, primera parte del CP, conforme Ley n.º 25.188.

2. Consideraciones sobre la prescripción

Sabemos que la prescripción es una causa extintiva de la acción penal que opera de pleno derecho por el paso del tiempo. Constituye un límite temporal al ejercicio del poder punitivo estatal que permite la desvinculación del eventual traído a proceso para evitar su sujeción por tiempo indeterminado. Transcurrido el plazo que determina la ley, tiene el efecto de impedir el inicio o la prosecución de la persecución penal de los supuestos responsables (Baigún/Zaffaroni, 2002:653). Sobre su fundamento, se han identificado razones políticas criminales vinculadas a la pérdida de interés social del delito —prevención general— y la innecesariedad del castigo por la falta de reiteración de nuevos delitos en ese plazo —prevención especial— (De la Rúa/Tarditti, Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires,

Hammurabi, 2014, T2, p. 432). También se la ha fundamentado en razones procesales relacionadas con las dificultades probatorias que se acrecientan con el paso del tiempo y en razones de seguridad jurídica, ya que pone un fin a la situación de incertidumbre en las relaciones jurídico-penales entre el delincuente y el Estado (Baigún/Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, T.1 p. 654). Como bien se ha señalado —y que puede advertirse de lo antes expuesto—, la prescripción no borra el delito, sino que elimina su punibilidad (Zaffaroni/De Langue, Código penal y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2019 T.2, p. 854). Éste no es un dato menor, ya que permite ver con claridad que no existe un restablecimiento del orden jurídico alterado, sino que, en atención a valores extrapenales que exceden al disvalor de acción y resultado, se prescinde de la acción penal mediante su extinción.

Los tres fundamentos antes expuestos han sido puestos en duda recientemente por trabajos principalmente especializados en género y derecho penal. La pérdida de interés social no puede ser considerado un argumento convincente, si antes no se distingue el delito del que estamos hablando. Existe un grupo de delitos —entre ellos los que afectan la integridad sexual— en los que el acallamiento de la alarma social no es una razón válida para fundamentar la prescripción, en tanto que hoy se advierte una demanda continua de investigación, resolución y reparación, como medio y posibilidad de avanzar y llevar adelante una vida plena. La innecesariedad del castigo por la falta de reiteración delictiva ha sido especialmente controvertida en el ámbito de los delitos que aquí nos ocupa, ya que no es posible afirmar que ello efectivamente haya sido así en delitos que tienen entre sus principales características que generalmente son cometidos en un ámbito de intimidad y sin testigos presenciales. Finalmente, sobre el fin de la situación de incertidumbre en las relaciones jurídico-penales entre el delincuente y el Estado, se ha puesto de relieve que es necesario observar también a la persona que sufrió el delito, ya que desde la concepción tradicional de

la prescripción como garantía del imputado, ninguna consideración existe a los intereses de la víctima quien, al operarse el término de la prescripción, ve frustrada su posibilidad de obtener una resolución definitiva que contemple sus intereses (Al respecto, véase, Romero Díaz, D. “Cuestionamiento a la prescripción penal en determinados delitos”, en A. Tarditti y N. Monasterolo, Género y Derecho Penal. Debates Actuales de la Parte General).

3. Estándares de protección de la víctima del delito

Lo dicho en el párrafo anterior, respecto a la necesaria ponderación de los intereses de la víctima, toma mayor trascendencia en el esquema constitucional actual. Autorizada doctrina ha puesto de relieve que: “...la incorporación de la normativa supranacional a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, CN), influye fuertemente sobre las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal preexistentes, a la vez que precisa mejor los alcances de los derechos y sus salvaguardas que reconoce a la víctima del delito y al sujeto penalmente perseguido...” (Cafferata Nores, J. I., 2011. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. 2da. Edición, Editores del Puerto, p. 13). El redimensionamiento de las garantías individuales, logrado en las últimas reformas constitucionales e incorporados al bloque de constitucionalidad por los pactos internacionales, ha afianzado el derecho del ciudadano a merecer del Estado respuestas adecuadas y, entre ellas, se encuentra el reconocimiento como sujeto legitimado para reclamar un trato digno, la efectividad del sistema y la contemplación de sus intereses en la resolución del conflicto (Al respecto, FERRER, Carlos F., “El querellante particular en el CPP de Córdoba” en *Revista de Derecho Penal Argentino, Año II, n.º 2, 2001*, p. 53).

Por ello, hoy toma fuerza el concepto de *bilateralidad de las garantías*, a fin de potenciar los derechos de la víctima del delito en la ponderación de todos los intereses que se encuentran en juego en un caso penal. Puede decirse que hoy el sistema de garantías procura también asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el

delito) y reclamar su reparación (incluso penal) ante los tribunales de justicia (Cafferata Nores, 2011). Consecuentemente, la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas” a las que se reconoce la atribución de reclamarla ante los tribunales, en una clara manifestación de los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, lo arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH).

En esta dirección, se ha puesto de resalto que: “...La situación de la persona infractora no puede ser considerada de manera aislada, sino que, obligatoriamente, debe ser analizada en relación a las circunstancias de quien padeció el accionar delictivo puesto que las garantías operan de manera efectiva tanto para una como para la otra. Es allí donde el juzgador deberá observar con una nueva perspectiva, donde los derechos humanos y la situación de ambas personas involucradas deberá ser considerada para encontrar una solución más justa y reparadora para quien ha padecido la conducta infractora, en un marco de equilibrio en la tensión entre los derechos de la persona infractora y de su víctima. Ante determinados delitos como los reseñados precedentemente, opera una tensión entre los derechos de una y otra personas involucradas, en las que se encuentran en juego no sólo la de la razonabilidad del proceso en favor de una de ellas sino también garantías de la víctima tales como su integridad física, psíquica y moral, su salud, su dignidad, su autodeterminación, su tutela judicial efectiva y su derecho a reparación por el daño sufrido...” (Romero Díaz, D. Ob cit, p. 238).

4. Los procesos de victimización

El redimensionamiento del estatus jurídico de la víctima ha llevado a las ciencias penales y otras ciencias auxiliares del derecho penal a profundizar el conocimiento que tenemos sobre este sujeto de la relación delictiva que durante mucho tiempo tenía un rol claramente secundario. Uno de los temas que ha tenido gran desarrollo en la victimología, y que aquí nos interesa remarcar, es el estudio del proceso al que quedan expuestas las personas cuando sufren un delito y a partir del cual llegan a ser víctimas, y que se conoce como *proceso de*

victimización.

Este proceso comienza a partir de que la persona sufre la acción lesiva del autor o las consecuencias nocivas de la infracción, etapa conocida como *victimización primaria*. Luego, a partir de la intervención del sistema de justicia en la investigación y juzgamiento del delito, se abre camino a la victimización secundaria, que justamente se produce a causa del contacto con el proceso judicial. Esta ha sido entendida como el conjunto de “...consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, supone, un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional...” (Gutierrez de Pineres Botero, Carolina; Coronel, Elisa y Andrés Pérez, Carlos. *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*. En línea, 2009, vol. 15, n. 1 pp. 49 - 58. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006&lng=es&nrm=iso. ISSN 1729-4827.). No quedan dudas que el sistema de justicia penal cumple una función esencial para el respeto, defensa y reparación de los derechos vulnerados. Sin embargo, un contacto innecesario o excesivo con dicho sistema también puede crear nuevos perjuicios a las víctimas, produciendo lo que se conoce como una “re-victimización” (Palacios D.L., *Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología*, Revista IIDH, N°. 50, 2009, pp. 209-226 Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25535.pdf>)

Pues bien, las reglas de la experiencia y la psicología nos enseñan que no todos los procesos de victimización resultan iguales entre sí. No solo varían en función de la persona que los afronta, sino que también dependen del tipo de delito sufrido y del contexto en el que se dan. Por ello, resulta necesario que en el análisis de un caso se tengan en cuenta estas particularidades. Caso contrario, se pueden invisibilizar circunstancias que influyen en un verdadero reconocimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal.

5. La niñez y su estatus privilegiado en el sistema constitucional

Sabemos que el derecho reconoce que determinadas personas o grupos de personas se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad por razón de su edad, género, estado físico o mental, circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales. Esto los enfrenta a especiales dificultades para ejercitar en igualdad de condiciones los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y, en función de ello, la ausencia de un tratamiento diferenciado destinado a paliar estas barreras se puede tornar discriminatoria.

En el caso, estamos ante un hecho en el que la presunta víctima tenía al momento de los hechos entre ocho y diez años de edad, lo que lo hacía sujeto titular de los derechos que el Estado le reconocía por su condición de niño. Por ello, es necesario resolver la constitucionalidad y convencionalidad de la norma que, al momento del suceso, no contemplaba ninguna diferenciación por edad en el plazo de prescripción.

La CSJN se ha encargado de delinear el contenido de las obligaciones convencionales asumidas por el Estado en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. Así, el supremo tribunal ha puesto de relieve que: "... Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de ellos debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto. Dicho principio encuentra consagración constitucional en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en los arts. 639, inciso a y 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación..." (Fallos: 344:2669; 344:2901). Conforme a ello, sostuvo que: "... cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional..." (Fallos: 335:1838).

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha puesto de resalto que: “...Las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar. En lo que se refiere a la respuesta institucional con miras a garantizar el acceso a la justicia para víctimas de violencia sexual, este Tribunal nota que las niñas, niños y adolescentes pueden enfrentarse a diversos obstáculos y barreras de índole jurídico y económico que menoscaban el principio de su autonomía progresiva, como sujetos de derechos, o que no garantizan una asistencia técnica jurídica que permita hacer valer sus derechos e intereses en los procesos que los conciernen. Estos obstáculos no solo contribuyen a la denegación de justicia, sino que resultan discriminatorios, puesto que no permiten que se ejerza el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad. De lo anterior se colige que el deber de garantía adquiere especial intensidad cuando las niñas son víctimas de un delito de violencia sexual y participan en las investigaciones y procesos penales, como en el presente caso” (Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 15614).

6. Particularidades del abuso sexual infantil intrafamiliar

El abuso sexual de menores es un fenómeno antisocial complejo, presente en todo el mundo y extendido como amenaza al correcto desarrollo de la infancia por las graves secuelas que produce, las que tienen capacidad de perpetuarse para toda la vida (Pipino, Ana Valeria, “La retractación en niñas y niños víctimas de abuso sexual” en Altamirano, M. (Dir.), Delitos sexuales en la infancia, Alveroni, 2019, p. 63). Está clasificado dentro de las tipologías del

maltrato infantil y, además de ser considerado un delito, implica una vulneración a los derechos fundamentales de los NNA y una experiencia traumática cuyo impacto puede ser grave y difícil de tratar (Unicef, *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos*, En línea, 2018, p. 5 Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/abuso-sexual-contra-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes>). Constituye una de las peores formas de violencia contra la niñez y adolescencia y un problema creciente en el mundo, máxime cuando la mayoría de los casos no son detectados ni denunciados...” (Ibídem).

Si bien no quedan dudas que toda vivencia de abuso sexual está ubicada entre las ofensas más graves que el derecho penal ha captado en su catálogo de delitos, entendemos que los abusos sexuales infantiles que se dan en el ámbito intrafamiliar constituyen un flagelo delictivo que posee ciertas características que lo distinguen de otros fenómenos delictivos, incluidos los casos de abuso sexual que no se dan en contra de NNA o en el ámbito intrafamiliar. No solo resultan cuantitativamente superiores, en tanto constituyen la mayor cantidad de casos que llegan a los estrados judiciales, sino que también resultan especiales por su dañosidad, por el contexto en el que se desarrollan, por las barreras adicionales que reportan al momento de alcanzar el descubrimiento de la verdad y por los procesos de victimización específicos que involucran. Es todo ello lo que justifica un tratamiento diferenciado, conforme se verá en lo subsiguiente.

Para comenzar, se destacan por las **mayores facilidades** que el autor experimenta **para su comisión**. El acceso a situaciones de soledad con los NNA y la confianza generada a partir del vínculo afectivo o de convivencia, hacen que su comisión y reiteración no ofrezca dificultades. En esta línea, se ha puesto de relieve que los NNA suelen ser “...sorprendidos, confundidos y engañados, ya que los abusos sexuales se dan en forma progresiva en el contexto de una relación de afecto cimentada previamente. El agresor sexual suele emplear atenciones especiales, demostraciones de afecto, juegos y regalos para lograr la confianza de

los NNyA...” (Unicef, Ob. cit, 2018, p. 9). Por su parte, estas mayores facilidades también se explican por las relaciones de poder presentes en las situaciones de abuso, en la que es frecuente identificar el binomio superior-inferior entre víctima y victimario.

Además, **poseen un proceso de victimización específico y mecanismos de retractación que pueden obstaculizar el descubrimiento del abuso.** Por las mismas razones, son delitos que **permanecen ocultos mucho tiempo**, situación que puede extenderse durante toda la etapa de niñez y adolescencia e, incluso, ser develados en la edad adulta de la víctima. Como ya ha remarcado esta Cámara en “Carro” (Auto n.º 102, 2022), las reglas de la experiencia y la psicología —ambas integrantes de una adecuada sana crítica racional— nos indican que luego de una denuncia de abuso sexual intrafamiliar, son comunes ciertos mecanismos destinados a restablecer el equilibrio del grupo familiar. Así, se ha destacado que tras la develación del abuso subyacen en los NNA sentimientos de culpa por denunciar a un familiar y por no cumplir con el mandato de mantener unida a la familia, lo cuales se acrecientan con el paso del tiempo y la exposición con el sistema de justicia. Asimismo, es normal que las dinámicas familiares se vean alteradas con la actuación de la justicia, circunstancia que se potencia en el caso del encarcelamiento del denunciado. En este marco, si el NNA no recibe un apoyo significativo de su entorno y, por el contrario, recibe presiones de la familia, el acusado o, incluso, de las propias circunstancias, es normal que intente retractarse a fin de mitigar las aparentes consecuencias desfavorables de la denuncia (En esta línea, véase Pipino, Ob. cit., pp. 63 – 78). Claro está que en casos en los que haya efectuado la denuncia, esta retractación no siempre tendrá efectos en el proceso penal, ya que es común que se le quite relevancia, gracias al apoyo probatorio que ofrecen las pericias psicológicas y el resto de evidencia reunida. Sin embargo, este mismo mecanismo puede actuar como barrera para que las personas que deban efectuar la denuncia no lo hagan o para que el NNA escoja no exteriorizar el abuso.

Como bien se ha señalado, los NNyA lidian con el abuso sexual tratando de hacer sus

mayores esfuerzos para no pensar y hacer como que no ocurrió, lo que obstaculiza su investigación en la justicia (Unicef, Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso. En línea, 2013, p. 76

Disponible

en:

<https://www.unicef.org/argentina/media/1746/file/Guia%20de%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20derechos%20y%20el%20acceso%20a%20la%20justicia%20de%20ni%C3%B1os%20v%C3%ADctimas%20de%20abuso%20sexual.pdf>

.pdf). En este sentido, se ha puesto de relieve que: “...el abuso sexual de una NNyA puede pasar desapercibido por mecanismos psicológicos de acomodación frente a lo traumático. La pequeña víctima o el/la joven adolescente suele mantenerlo en secreto, por miedo a ser castigado, responsabilizado, no creído, a posibles represalias por parte del perpetrador ante amenazas y en ocasiones también por parte del núcleo familiar y sobre todo por los desbordantes sentimientos de vergüenza y culpa que le generan este tipo de situaciones al involucrar su psicosexualidad...” (Unicef, Ob. cit, 2013, p. 74). En la misma línea se ha remarcado que “...los NNyA víctimas de abuso sexual con frecuencia callan: por miedo, culpa, impotencia, desvalimiento, vergüenza. Suelen experimentar un trauma peculiar y característico de este tipo de abusos: se sienten cómplices, impotentes, humillados y estigmatizados...” (Unicef, Ob. cit, 2018, p. 9). Asimismo, constituye una forma de agresión que **genera daños psicológicos a largo plazo**, al punto tal que su impacto ha sido asimilado al padecer de una enfermedad crónica. Esta circunstancia también incide en las efectivas posibilidades de la víctima del delito de develar el abuso y, consecuentemente, implica una barrera al ejercicio de los derechos de los NNA víctimas de estos delitos. La Corte IDH ha resaltado que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias difícilmente superables por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas

(cita). La experiencia y la psicología nos muestran que exteriorizar una vivencia de abuso sexual infantil intrafamiliar puede llevar años, lo que se debe a múltiples factores relacionados a estos daños psicológicos de largo plazo. Se ha destacado que: “...los efectos deletéreos del abuso sexual infantil no se extinguen cuando finalizan los actos abusivos. La respuesta psicológica a la agresión sexual es un proceso que se desarrolla en el tiempo...” (Unicef, Ob. cit, 2013, p. 74). No puede perderse de vista que el abuso sexual intrafamiliar implica **la ruptura de las expectativas de contención y seguridad del entorno afectivo, lo que** “...supone una desestructuración de la conducta y de las emociones y, en ocasiones, una interferencia grave en el desarrollo evolutivo...” (Unicef, Ob. cit, 2013, p. 77) de los NNA víctimas.

En definitiva, comprender las particularidades del proceso de victimización y las consecuencias o secuelas de este flagelo cobra especial relevancia en el análisis de la constitucionalidad de la norma. De esta forma, se visibilizan las barreras que existen al momento de denunciar este fenómeno delictivo y se pueden tomar medidas específicas y diferenciadas para el pleno reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas.

7. Fundamentos de la regulación actual del instituto de la prescripción

Si bien ya hemos sostenido que la regulación actual no resulta aplicable al caso, nos resulta de utilidad analizar los fundamentos que le dieron origen, lo que nos permitirá advertir cómo han influido las particularidades antes mencionadas.

En efecto, en los fundamentos del proyecto original de la ley n.º 26.705 se puso de resalto 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. 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...” Por su parte, se lo sustenta en la CDN, por cuanto “...impone al Estado Argentino la adopción de medidas tendientes a asegurar al menor la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...”, y en la ley N.º 26.061 que reafirma: “...el derecho del niño, de la niña y del adolescente a proteger su integridad física, sexual, psíquica y moral” y la prevalencia de los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos.

Lo mismo sucede con la discusión Parlamentaria que se dio al momento de la sanción de la ley antes mencionada. En la sesión del Senado, la senadora Escudero destacó que “...estamos abarcando todos los delitos posibles contra menores que son doblemente aberrantes: primero, por la naturaleza física y psicológicamente destructiva que tiene esta agresión. Segundo, por aprovecharse de la vulnerabilidad de los menores, que, a veces, no alcanzan a comprender la magnitud de lo que les está sucediendo. A veces, comprenden, pero tienen dificultad para transmitir qué es lo que les está pasando; otras veces, tienen temor a requerir ayuda. Por eso, señor presidente, este tema ha sido ampliamente tratado a lo largo de dos años, tiene suficiente consenso y debe ser aprobado. Además, está en línea con la Convención Internacional y con la Ley Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes...” Por su parte, de los dictámenes de comisión de la Cámara de Diputados también se advierte similar fundamentación. En efecto, en uno de los dictámenes se expresó 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. La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la República Argentina por ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990 y publicada en el B.O. el 22 de octubre de 1990, con jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, introdujo una nueva concepción de

la infancia, una nueva mirada sobre los niños y las niñas, y un nuevo paradigma de intervención estatal. El reconocimiento de los niños y las niñas como sujetos plenos de derechos y la protección integral de esos derechos como único objetivo de la intervención estatal obligaron a repensar y rediseñar las políticas públicas destinadas a la infancia. La sanción de la ley 26.061 es una respuesta normativa para adecuar la legislación de acuerdo con el paradigma de la protección integral de derechos. La inclusión del párrafo propuesto en el artículo 63 del Código Penal es la remoción de un obstáculo, además del reconocimiento de limitaciones reales en la persecución de los delitos contra la integridad sexual y por lo tanto el cumplimiento de una obligación estatal asumida en el marco del derecho internacional”.

En la misma línea se pronunciaron los diputados Barro y Gambaro en sus propuestas de agregado a los dictámenes de comisión. El primero sostuvo que: “...Entendemos que los delitos sexuales cuyas víctimas son personas menores de edad justifican un plazo diferencial de prescripción de la acción, ya que los daños producidos se perpetúan en el tiempo y se mantienen vigentes en la medida en que la víctima no tuvo oportunidades reales de denunciar el hecho...”. El segundo afirmó que: “...Venimos a dar respuesta a un problema procesal concreto que se traduce en una vulneración clara a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El abuso sexual contra los niños y niñas es, en efecto, un problema que necesita de medidas continuas de prevención y protección. Las convenciones y tratados de derechos humanos han permitido, en nuestro país como en otros tantos, despejar ciertos velos, abrir ciertas puertas para que quienes hayan padecido mayor maltrato, indiferencia, discriminación y necesidades, encuentren con mayor rapidez soluciones eficaces y eficientes a sus necesidades. Ni más ni menos que garantizar a través de las herramientas estatales el respeto de sus derechos más elementales. La Convención de los Derechos del Niño, como sabemos, es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos y marca pautas claras y precisas en la materia...”

Como puede advertirse, una simple lectura de los fundamentos del proyecto que culminó con

la sanción de ley 26.705 y su discusión parlamentaria, permiten vislumbrar que las modificaciones legislativas que formaron el régimen actual, tuvieron en miras establecer un cómputo diferencial del plazo, en atención a las características especiales de este tipo de delitos y en cumplimiento de los estándares fijados en la CDN.

8. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la ley aplicable al caso

Ya hemos analizado los fundamentos del instituto de la prescripción y los cuestionamientos actuales que se les efectúan. Hemos destacado el redimensionamiento de los derechos de la víctima, operado a partir de la incorporación al bloque de constitucionalidad de la normativa internacional de Derechos Humanos, a fin de demostrar cómo ello pone en tensión la consideración exclusiva a los derechos del imputado cuando se analizan las normas de prescripción. También se puso de resalto el estatus privilegiado de los niños, niñas y adolescentes en el sistema convencional, con especial referencia al alcance de las obligaciones del Estado en materia de protección. Luego, se hizo un breve análisis de las particularidades que presenta la victimización de los abusos sexuales infantiles que se dan en el ámbito intrafamiliar, en comparación con otros tipos de fenómenos delictivos. Finalmente, se demostró como la normativa actual —no aplicable al caso—, contempló todos los aspectos antes analizados.

Con todo ello, estamos en condiciones de ingresar al análisis de la cuestión de constitucionalidad que aquí se plantea. A diferencia de la regulación actual, el régimen de prescripción vigente al momento de los hechos no contemplaba ninguna diferenciación en el plazo de prescripción en función de la edad ni de las características especiales de la victimización sexual. Consecuentemente, la pregunta que se impone es ¿El artículo 67 vigente al momento del hecho es una norma constitucional y convencionalmente válida al no contemplar las características de victimización propias de los abusos sexuales infantiles cometidos en el ámbito intrafamiliar? ¿Existía una obligación constitucional y convencional de contemplar estas particularidades? ¿Es posible afirmar que el legislador incurrió en una

omisión constitucional y convencional al no incorporarlas?

Como ya se habrá advertido, en este análisis, no solo se tuvo y tendrá en cuenta la compatibilidad de la norma en análisis con los postulados constitucionales —control de constitucionalidad—, sino que también, implicará efectuar un control de convencionalidad de los dispositivos normativos aquí cuestionados. Será pues un control de convencionalidad de tipo constructivo, en tanto buscará interpretar el derecho interno de conformidad a los pactos internacionales de DDHH. Como bien se ha señalado, la incorporación a la Constitución Nacional de las principales declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, situándolos a su mismo nivel (art. 75, inc. 22, CN), permite hablar de un nuevo “sistema constitucional” integrado y sincronizado por disposiciones de igual jerarquía que abreva en dos fuentes: la nacional y la internacional. Este nuevo panorama de paridad de nivel jurídico obliga a los jueces a “no omitir” las disposiciones contenidas en las convenciones “como fuente de sus decisiones” (Cafferata Nores, J. I., 2011. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. 2da. Edición, Editores del Puerto, p. 13).

Al respecto, doctrina calificada ha puesto de relieve que la denominada doctrina del *control de convencionalidad* “... es uno de los más importantes instrumentos para elaborar un jus commune en materia de derechos humanos... e implica “...el modo más significativo de penetración del Derecho Internacional Público sobre el Derecho Constitucional y subconstitucional de los países de la región...” (Sagüés, Néstor P. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano en N.P. Sagüés, “La Constitución bajo tensión. Colección Constitución y Derechos”, México, 2016). Consecuentemente, no quedan dudas que “... el Estado argentino debe encontrar la manera de tomar una decisión que haga dialogar el derecho interno con los estándares internacionales en pos de garantizar la protección de los derechos en juego...” (CELS, “Las consecuencias del fallo Fontevecchia de la CSJN para la vigencia de los DD.HH.”, En línea, 2017 consultado en:

<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/02/cels-sobre-fallo-fontevecchia-.pdf>).

Hecha esta aclaración, recordemos que la CSJN ha admitido la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma en los casos que sea su aplicación o puesta en práctica la que la torna inconstitucional. En este sentido, en el conocido fallo “Castillo” consideró que no solo son violatorias del principio de igualdad las normas que deliberadamente excluyen a determinado grupo, sino también aquellas que tienen comprobados efectos o impactos discriminatorios (Fallos: 340:1795). Asimismo, también debe recordarse que el máximo tribunal de la nación también ha validado la posibilidad de efectuar el control constitucional de las omisiones legislativas y, en muchos casos, recurrió a la creación pretoriana de institutos tendientes a integrar el vacío normativo causado por dicha omisión. Partiendo de la base de que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”), la corte ha hecho uso de esta herramienta constitucional en precedentes tales como “Siri” y “Kot” —que dieron origen a la acción de amparo—; “Halabi” —que delinea los presupuestos de la acción popular o de clase—; “Badaro” —que se pronunció sobre la omisión de legislar un régimen de movilidad jubilatoria—; y recientemente en “Etcheverry” —en la que se consideró contrario a la constitución la omisión del ejecutivo de reglamentar la obligación del empleador de habilitar salas y guarderías—. Doctrina calificada ha señalado la vital importancia de la subsanación de las deficiencias fácticas de los derechos constitucionales, en tanto que el incumplimiento por parte de los poderes del Estado de aquellas acciones necesarias para la efectiva vigencia de los derechos consagrados por la constitución constituye una patología del orden jurídico que reclama pronta respuesta (Sagues, M.S., “Las Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por Omisión” en P. Sagües (dir.) *Garantías y Procesos Constitucionales*, Ediciones Jurídicas Cuyo). En esta línea, la autora destaca la fuerza normativa de la constitución, sobre la base de la cual la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las

normas infraconstitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran comprendidos bajo la supremacía constitucional.

La norma del art. 67 aplicable al hecho investigado aparece en su literalidad como un dispositivo legal neutro que no distingue entre grupos para regular las causas de suspensión de la prescripción. Sin embargo, produce un impacto desproporcionado y discriminatorio cuando es aplicada a casos de abusos sexuales infantiles ocurridos en el ámbito intrafamiliar. Y es en este tipo de supuestos en los que la CSJN ha establecido la necesidad de que los tribunales analicen los efectos que la aplicación de una norma aparentemente neutra genera en la realidad (Fallos: 340:1795). Como bien ha señalado la CSJN en el fallo precitado, la igualdad debe ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tenga en cuenta al individuo como integrante de un grupo y considere el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, contemplando también si impactan en los grupos desaventajados, si es que efectivamente lo hacen. De esta forma, se revierte la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico (Fallos: 340:1795).

Como ya hemos desarrollado en el punto 6, este tipo de agresión sexual presenta particularidades que, en la práctica, reportan verdaderos obstáculos al ejercicio de la acción penal por parte de los niños, niñas y adolescentes que resultan víctimas de abusos sexuales intrafamiliares. No contemplarlos en la regulación legal del instituto de la prescripción resulta discriminatorio, en tanto pone en idéntica condición a una persona mayor de edad que no posee los mismos condicionantes. Una norma compatible con el principio de igualdad, en los términos precitados, debe contemplar en su génesis que un NNA que resulta víctima de un abuso sexual intrafamiliar no siempre podrá ejercer inmediatamente —o dentro del término de vigencia de la acción penal—, los derechos que la ley le otorga en su condición de víctima, entre ellos, anunciar en su debido tiempo el hecho que ha sufrido, a fin de que se proceda a

con la investigación y eventual juicio y sanción de este.

No puede perderse de vista que, en el presente caso, la situación abusiva que habría vivenciado la víctima del hecho había sido ventilada en el juicio de divorcio del imputado con la madre de aquel. Sin embargo, no fue ejercitada la acción penal por parte de su representante y por la ley vigente no existía posibilidad de iniciar de oficio las actuaciones. Fue recién a la mayoría de edad cuando el niño víctima pudo efectuar la denuncia por sí mismo, sin que se le pueda exigir o reprochar no haberlo hecho antes, en atención a las implicancias que tiene asumirse como víctima, conforme hemos visto con anterioridad. No resulta razonable ni adecuado al principio de igualdad que aquellos niños, niñas y adolescentes que resultaron víctimas de abusos sexuales en su infancia con anterioridad a la sanción de las referidas leyes, no obtengan una idéntica protección por parte del Estado.

En segundo lugar, entendemos que al momento del hecho sí existía una obligación constitucional y convencional, en cabeza del Poder Legislativo, de contemplar las particularidades de los abusos sexuales intrafamiliares. En el ámbito convencional, debemos tener en cuenta la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, con jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc. 22 de la CN. Un análisis de los arts. 3 y 19.1 de dicho cuerpo normativo, interpretado a partir de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño —máxima autoridad interpretativa de la convención—, permiten concluir que lo aquí resuelto se encuentra entre las medidas legislativas apropiadas que se debieron sancionar para proteger al niño de “...toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual...” (art. 19.1), lo que además, se muestra compatible con la consideración primordial que debe tenerse sobre el interés superior del niño (art. 3).

Recordemos que el Comité ha sostenido que existen tres acepciones del interés superior del niño. Como *derecho sustantivo*, en cuanto consagra el derecho de todo NNA a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Como *principio jurídico*

interpretativo fundamental que exige en toda actividad de interpretación normativa se elija la opción que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Y como *norma de procedimiento*, por cuanto procura que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados (Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño). La solución que aquí se propone se encuentra en sintonía con las tres acepciones mencionadas. En efecto, le garantiza al niño víctima que su interés tuvo una consideración primordial en la resolución del caso, que en la ponderación de los intereses involucrados se escogió la opción más conveniente a sus intereses y que se analizaron las repercusiones negativas que la aparente neutralidad del art. 67 le ocasionaban. La obligación convencional aludida puede ser delineada también a partir de la Observación General n.º 13, interpretativa del *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, consagrado en el art. Artículo 19 de la CDN. Además de recomendar que “...debe respetarse el derecho del niño a que, en todas las cuestiones que le conciernan o afecten, se atienda a su interés superior como consideración primordial, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia...” reconoce expresamente que: “...la mayor parte de los actos de violencia se producen en el ámbito familiar y que, por consiguiente, es preciso adoptar medidas de intervención y apoyo cuando los niños sean víctimas de las dificultades y penurias sufridas o generadas en las familias...”. Por último, también surge de la Observación General n. 4, por cuanto exige que los Estados Partes adopten medidas eficaces para “...proteger a los adolescentes contra toda forma de violencia, abuso, descuido y explotación (arts. 19, 32 a 36 y 38), dedicando especial atención a las formas específicas de abuso, descuido, violencia y explotación que afectan a este grupo de edad...”, y debiendo procurar “...medidas especiales para proteger la integridad física, sexual y mental de los adolescentes...”. No quedan dudas que la imposibilidad acceso a la justicia a causa de haberse operado la prescripción aumenta

de manera considerable la victimización secundaria, lo cual puede perpetuar las consecuencias negativas que la vivencia de abuso ya ha ocasionado por sí misma.

Consecuentemente, lo aquí resuelto implica una medida de protección especial de las consecuencias del abuso sexual infantil.

Tal como ha sostenido la CSJN, cuando la Constitución Nacional reconoce un derecho, no consagra un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud (Fallos 330:4866). En esta línea, la Observación General n.º 13 ha puesto de relieve que “...las autoridades estatales de todos los niveles encargadas de la protección del niño contra toda forma de violencia pueden causar un daño, directa o indirectamente, al carecer de medios efectivos para cumplir las obligaciones establecidas en la Convención...”. Indicó que esas omisiones pueden consistir en no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, técnicos y humanos para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños...”.

De la misma manera que el legislador pudo prever que los delitos cometidos en ejercicio de la función pública presentaban características particulares que justificaban que la prescripción no transcurra mientras alguno de los partícipes mantuvieran su ámbito de injerencia por su función, debió haberlo previsto para casos de abuso sexual infantil intrafamiliar. En ambos casos existen posibilidades concretas de impunidad si no se contemplan estas características especiales. Sin embargo, la norma en pugna sólo ha efectuado esta distinción para el primero de los supuestos.

A la fecha, la lesión constitucional y convencional aquí remarcada ha sido subsanada mediante el dictado de las Leyes n.º 26.705 y n.º 27.206. No obstante, la irretroactividad de la ley penal más gravosa impide su aplicación al caso concreto. Ello teniendo en cuenta que, a la fecha del hecho, el esquema constitucional argentino estaba integrado con el mismo marco convencional que el vigente a la actualidad.

En definitiva, por las consideraciones expuestas, entendemos que la omisión legislativa de contemplar las barreras específicas antes señaladas para los casos de abusos sexuales infantiles intrafamiliares, resultan contrarias a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño antes mencionadas. Asimismo, la inexistencia de causas de suspensión del curso de la prescripción, en supuestos en los que el NNA víctima de abusos sexuales intrafamiliares tiene demostradas barreras para denunciar el hecho y obtener la protección del Estado, resulta desproporcionado y discriminatorio. Por ello, las consideraciones antes expuestas nos conducen a considerar que el legislador ha incurrido en una omisión al no efectuar distinciones en el antiguo art. 67 del CP. Consecuentemente, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. Art. 67, primera parte del CP, conforme Ley n.º 25.188 (B.O 01/11/1999), vigente al momento del hecho.

Como consecuencia, este tribunal **RESUELVE: I)** Declarar la inconstitucionalidad del art. 67 del CP, conforme Ley n.º 25.188 — B.O 01/11/1999, de conformidad a los lineamientos expuestos en el punto 8. **II)** Revocar el auto apelado y devolver las presentes actuaciones al juzgado de control interviniente a fin de que se pronuncie sobre los agravios defensivos dirigidos a cuestionar la elevación a juicio y por los que solicita el sobreseimiento por duda insuperable del imputado. Sin costas (arts. 550 y 551 del CPP). **PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE Y BAJEN.**

Texto Firmado digitalmente por:

SALAZAR Carlos Alberto

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2023.03.23

FARIAS Patricia Alejandra

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2023.03.23

DAVIES Maximiliano Octavio

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2023.03.27

ROMERA LARGO Fernando Daniel

SECRETARIO/A LETRADO DE CAMARA

Fecha: 2023.03.23