



**ARGUMENTOS JURÍDICOS EN TORNO A LA
LEGITIMIDAD DE LA APLICACIÓN
RETROACTIVA DE LA LEY Nro. 27.206**

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ERICA VANESA GESLING

ABOGACÍA

2019

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**ARGUMENTOS JURÍDICOS EN TORNO A LA
LEGITIMIDAD DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA
LEY Nro. 27.206**

ERICA VANESA GESLING

ABOGACÍA

2019

RESUMEN

A los fines de demostrar la legitimidad de la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.206, este Trabajo Final de Graduación estudia las características generales del instituto de la prescripción, los fundamentos de su aplicación y sus excepciones, abordando la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad* como un antecedente de la aplicación retroactiva de la Ley en virtud de compromisos asumidos ante la Comunidad Internacional. Este trabajo analiza también los argumentos que sustentaron las dos reformas del Código Penal: La “Ley Piazza” N° 26.705 y la “Ley Kunath”, N° 27.206, poniendo especial atención a las particularidades de los delitos de abuso sexual infantil que requieren un tratamiento diferente respecto de la prescripción. Estudia también los dos fallos: “Altamirano” e “Ilarráz”, que sentaron precedente al fallar a favor de la aplicación retroactiva de la ley basándose en la necesidad de cumplir con compromisos asumidos ante el Derecho Internacional. Revisa las Convenciones que mencionan: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Considerando las características de las víctimas, se relacionó también con las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y la Ley N° 26.061. Ello deriva en el principio del Interés Superior del Niño y al entendimiento de que la primacía de los intereses de los menores legitiman la aplicación retroactiva de la reforma del Código Penal ya que el mismo prima por sobre los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal y favorabilidad.

PALABRAS CLAVE: Ley N° 27.206; Ley N° 26.705; Aplicación retroactiva de la Ley Penal; Suspensión de la Prescripción; Abuso Sexual Infantil; Art. 67 del Código Penal.

ABSTRACT

In order to demonstrate the legitimacy of the Law N° 27.206 retroactive enforcement, this research studies the general characteristics of the Statute of Limitation, its foundations and exceptions, deepening on the Non-Applicability of Statutory Limitations on crimes against humanity as a precedent of the retroactive enforcement of the Law based on previously established commitments to the international Community. It also analyses the basis of the laws that reformed the Criminal Code: N° 26.705 and 27.206, pointing out the child sexual abuse crimes particular features which require different treatment regarding the Statute of Limitation. Also, two leading cases are analyzed: “Altamirano” and “Ilarráz”, both of which have set an important precedent in favor of the retroactive enforcement of the law, also based on the need to abide by the International Law, studying the Conventions they mention, considering also the Law N° 26.061. All of which leads to consider the Best Interest of the Child Principle and to the conclusion that the children's interest supremacy turn legitimate the retroactive enforcement of the Penal Code reform since it prevails over the principles of Legality, Non-retroactivity and Favorability.

KEYWORDS: Law N° 27.206; Law N° 26.705; Retroactive enforcement of the Criminal Law; Statute of Limitation; Child Sex Abuse; Art. 67 Criminal Code.

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I - La prescripción de la acción en materia penal, la imprescriptibilidad y los antecedentes de su aplicación retroactiva.....	15
a) Aspectos generales sobre la prescripción de la acción punitiva del Estado y sus fundamentos.	15
i. Concepto.....	15
ii. Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena:	16
iii. Naturaleza Jurídica	17
iv. Fundamento	18
b) La suspensión de la prescripción	21
c) La Imprescriptibilidad.	22
i. Delitos de <i>lesa humanidad</i>	23
ii. Fundamentos de la imprescriptibilidad de los delitos de <i>lesa humanidad</i> y su aplicación retroactiva	24
CAPÍTULO II - La Ley N° 27.206 de <i>Respeto a los tiempos de las víctimas</i> : antecedentes y fundamentos	29
a) Antecedentes: Ley N° 26705, la “Ley Piazza”	29
i. Contenido de la ley	29
ii. Fundamentos.....	30
b) La Ley de respeto a los tiempos de las víctimas: Fundamentos de la necesidad de reforma del Art. 67.....	31
i. El proyecto y la Ley.....	31
ii. Fundamentos de la modificatoria	33
c) Los delitos sexuales y las víctimas menores de edad.	35
i. Aspectos subjetivos	36
1) El silencio.	36
2) Otras consecuencias traumáticas.	37
CAPÍTULO III - Los fundamentos contra la aplicación retroactiva de la ley	41

a) Los principios constitucionales	41
i. El principio de legalidad, la prohibición de la aplicación retroactiva de la Ley Penal y el principio de favorabilidad.	41
ii. Principio de máxima taxatividad	44
iii. <i>Ne bis in idem</i>	44
b) La seguridad jurídica y sus implicancias	46
CAPÍTULO IV - Los argumentos a favor de la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.206. .	49
a) Primeros antecedentes judiciales	49
i. Sala N° 1 de la Cámara de Casación Penal de la ciudad de Paraná.....	49
ii. Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal	51
b) Tratados internacionales que los sustentan.....	53
i. Convención Americana sobre Derechos Humanos.	53
ii. Convención de los Derechos del Niño	55
iii. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.	55
c) Otras leyes pertinentes.....	56
i. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.....	57
ii. Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.....	58
d) Interés Superior del Niño.....	59
CONCLUSIONES	61
ANEXO I - PROYECTO DE LEY S-2288/14	65
ANEXO II - CAMPAÑA PUBLICITARIA	71
BIBLIOGRAFÍA.....	73
Doctrina	73
Legislación.....	74
Jurisprudencia	75
Bibliografía metodológica	76

INTRODUCCIÓN

En octubre del año 2015 se sanciona la Ley Nro. 27.206, conocida como la “Ley Kunath”, que perfecciona la Ley Nro. 26.705, llamada “Ley Piazza”, por medio de la que se extendían los plazos para la prescripción de la acción penal en los delitos de índole sexual. En la nueva modificatoria, se establece que la prescripción de la acción penal se suspende “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”¹.

Esta reforma al Art. 67 del Código Penal trajo aparejadas diversas controversias respecto de la aplicación de dicha ley a hechos ocurridos con anterioridad a su sanción. Se suscitaron dos posturas opuestas respecto de la legitimidad de la aplicación retroactiva de la ley de acuerdo a las garantías constitucionales que amparan, por un lado, a las víctimas y, por otro, a los victimarios.

Es así que, por un lado, se encuentran quienes consideran inconstitucional la aplicación retroactiva de la ley por considerarla contraria a varios principios fundamentales del Derecho Penal, provocando un estado de incertidumbre y de inseguridad jurídica. Por el otro, está la postura adoptada por ciertos Tribunales que sostienen que la aplicación retroactiva de la Ley 27.206 es congruente con otros principios establecidos por acuerdos internacionales enumerados en el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, que contemplan las particularidades propias de los delitos contra la integridad sexual, incompatibles con los principios generales de la prescripción de la acción en materia penal.

Teniendo en cuenta que los principios fundamentales contemplados, ya sea en la Constitución Nacional o en el Código Penal Argentino, prohíben explícitamente la aplicación retroactiva de la Ley, excepto cuando sea lo más beneficioso para el inculpado, y que, por otro lado, no existe en el plexo normativo excepciones a esta regla, cabe preguntarse si la decisión de estos Tribunales se encuentra fundamentada en el marco de la Ley, o si responde a necesidades y reclamos sociales a nivel internacional que la tornan legítima.

¹Ley N° 11.179, Libro Primero, Título X, Art. 67. Código Penal de la Nación Argentina.

Es por ello que la finalidad de este Trabajo Final de Graduación será contestar la siguiente pregunta: “De acuerdo a los principios jurídicos fundamentales que rigen el Derecho Penal en el ordenamiento jurídico argentino y en el orden convencional, ¿es legítima la aplicación retroactiva de la Ley 27.206, teniendo en cuenta la especial característica de los delitos contra la integridad sexual?”

Responder a este cuestionamiento es de vital importancia ya que el abuso sexual es un delito considerado un flagelo universal y, en la actualidad, existe un esfuerzo mancomunado a nivel internacional para erradicarlo. Nuestro país ha evolucionado constantemente su legislación al respecto, ampliando el tipo penal, mejorando la técnica legislativa en la redacción de la norma y, como el caso que nos ocupa, ampliando los plazos de la suspensión de la prescripción de la acción penal a los fines de evitar su impunidad.

Mientras que la gran mayoría de las denuncias radicadas al poco tiempo de la modificación fueron rechazadas por aplicación de la ley vigente al momento del hecho, según los principios fundamentales del Derecho Penal, algunas, que fueron apeladas llegando hasta los altos cuerpos, prosperaron con los argumentos de que si bien la ley penal no estaba aún modificada al momento del hecho, se encontraban ya vigentes otros principios jurídicos de origen convencional que motivaron las posteriores modificaciones al Código Penal.

Dada la naturaleza de la reforma, esta cuestión se planteará en reiteradas ocasiones durante los años venideros y hasta el momento no existe un análisis doctrinario profundo de ella. Pocos autores publicados luego de las reformas mencionan la problemática de la aplicación retroactiva de la nueva ley, aún en publicaciones específicas sobre la prescripción de la acción penal.

Por otro lado, es novedosa la decisión de aplicar una ley de manera retroactiva contemplando la vigencia de un compromiso de modificar la norma al momento de comisión del delito. Es preciso analizar la legitimidad de esta interpretación para evitar caer en la inseguridad jurídica que provoca basarse en una ley que no está escrita al momento de consumación

A partir del problema planteado, el objetivo de la presente investigación será analizar la legitimidad de la aplicación retroactiva de la Ley 27.206, de acuerdo a los principios que rigen el Derecho Penal en el orden jurídico interno e internacional. Ello a los fines de demostrar que de acuerdo a los principios constitucionales vigentes, la decisión

judicial de aplicar de manera retroactiva la Ley 27.206 no es legal, toda vez que es contraria a lo establecido por el Art. 18 de la Constitución Nacional y por el Art. 2 del C.P. Sin embargo, puede considerarse legítima, ya que responde a las exigencias del Derecho Internacional que reflejan la necesidad imperiosa del acceso a la justicia para las víctimas de delitos de abuso sexual infantil que encuentran, al momento de poder exigir hacer valer sus derechos, ya en su mayoría de edad, la impunidad que conlleva la prescripción por el paso del tiempo.

Durante la presente investigación se estudiará la problemática de la prescripción de la acción en materia penal y los antecedentes de la aplicación retroactiva de la ley en esta materia. Luego, se analizará la Ley 27.206 de *respeto a los tiempos de las víctimas* llamada “Ley Kunath”, su antecedente en la “Ley Piazza” y la necesidad de su reforma de acuerdo a las particularidades del bien jurídico que protege. Se estudiarán también los fundamentos de los detractores a la aplicación retroactiva de la Ley 27.206 y los principios en los que se apoyan. Por último, se desmenuzará los argumentos de los fallos “Altamirano” e “Ilarráz” en que los jueces fallaron a favor de la aplicación retroactiva de la Ley Kunath. Y con base en ello, se analizará la legitimidad de la aplicación retroactiva de la Ley 27.206, de acuerdo a los principios que rigen el Derecho Penal en el orden jurídico interno e internacional para llegar a las conclusiones resultantes.

Para lograrlo, el tipo de investigación que se llevará a cabo será *descriptivo*, ya que en este tipo de investigación “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales” (Yuni y Urbano, 2014, p.80). Durante el transcurso de este trabajo se estudiarán, describirán y analizarán los distintos aspectos que se encuentran en juego a la hora de la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.206, como ser el mismo instituto de la Prescripción de la acción penal, los antecedentes de dicha Ley, las características propias de los delitos de abuso sexual infantil, los principios constitucionales, como los antecedentes de la aplicación retroactiva de la ley en materia de prescripción.

De manera más específica, y tomando los tipos de tesis jurídicas teóricas descriptas por Fucito citando la obra de Witker, el tipo de investigación será “*Jurídico-descriptiva*: ‘Utilizando el método de análisis es posible descomponer un problema jurídico en diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de una norma o institución jurídica’” (Fucito, 2013, p 48). Luego de estudiar las diferentes aristas que componen la problemática, estableciendo sus relaciones, estaremos

en condiciones de reconstruir la problemática desde una visión comprensiva y así poder llegar a una conclusión superadora.

La estrategia metodológica a aplicar será la *cualitativa*, ya que ésta se caracteriza, según Felipe Fucito, citando a Taylor y Bogdan, por “la pretensión de ‘comprender’ los fenómenos sociales desde la perspectiva del actor, es decir, cómo éstos perciben el mundo, el sentido que le dan a la acción social y lo que consideran relevante” (Fucito, 2013, p. 129). La reforma del Código Penal refleja una necesidad de endurecer la aplicación de las penas y busca evitar la impunidad del autor en este tipo de delitos por lo que cualquiera de las dos posturas planteadas surge, no sólo de la ley, sino también de su interpretación. El objeto de este trabajo será analizar los fundamentos de cada postura y estudiar de qué manera se observa a cada uno de los elementos: víctima, autor, el hecho y sus circunstancias; la forma en que cada posición entiende a los principios constitucionales y su justa aplicación.

Según Yuni y Urbano (2014) las fuentes de información son “aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad” y las clasifican en fuentes primarias, secundarias y terciarias o de referencias generales, y definen a las fuentes primarias como: “las que los autores informan directamente de los resultados de sus estudios, a través de libros, artículos en revistas especializadas, monografías, e incluso tesis”. Luego definen a las fuentes secundarias diciendo que “someten a un proceso de reelaboración a las fuentes primarias... Son publicaciones en la que los autores informan de trabajos realizados por otros autores”. Y por último describen a las fuentes terciarias o de referencias generales como “documentos que compendian nombres y títulos de revistas y otras publicaciones periódicas...” (Yuni y Urbano, 2014, p. 85).

Para llevar a cabo esta investigación se utilizarán dos fuentes esenciales, las primarias, que considero serán los fallos que sientan la jurisprudencia del tema en cuestión y las leyes en las que se apoyan. La legislación a estudiar comprende tratados internacionales como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, las 100 Reglas de Brasilia a nivel del Derecho Internacional. Respecto del Derecho Interno, se estudiarán la Ley Piazza, N° 26.705, la Ley Kunath, N° 27.206 de Respeto al tiempo de las víctimas, y las fundamentaciones vertidas en su proyecto, la Ley N° 26061, el Código Penal de la Nación y la Constitución Nacional.

Por otro lado, también como fuente primaria, analizaremos la jurisprudencia actual, correspondiente a fallos de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “Altamirano” y a la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional, el fallo “Ilarráz” tomando las decisiones de cada juez, las cuales se fundan en la interpretación de tratados internacionales y jurisprudencia.

Otras fuentes secundarias a utilizar serán la doctrina, artículos y capítulos de libros en los que se estudia la prescripción de los delitos de índole sexual como por ejemplo: Gómez Martín, V. (2017). *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas* (1a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: B de F.; Manili, P. L. (2017). *El bloque de constitucionalidad. La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno* (2ª ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.; Molero, M. A y Trossero, N. S. (2011). *La prescripción de la Acción Penal* (1ª ed.). Resistencia: Contexto Libros; y Romero Villanueva, H. (2016). *La prescripción penal* (2ª ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot; como también, Códigos Penales comentados, como el de Aboso (2017).

Las técnicas de recolección de datos enumeradas por Fucito (2013) son: estadísticas oficiales, encuestas, cuestionarios, la observación, documentos, historias de vida y experimentación (Fucito, 2013, p. 131). Por la índole de este trabajo, la recolección será puramente *documental*, ya que el trabajo estará basado en jurisprudencia, legislación y doctrina, utilizando para ello el acceso a bibliotecas jurídicas al alcance, como la Biblioteca Jurídica “Dalmacio Vélez Sarsfield” del Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Chaco. Así también se utilizarán plataformas informáticas como <http://www.laleyonline.com.ar> donde se puede acceder tanto a doctrina como a jurisprudencia; el Sistema Argentino de Información Jurídica <http://www.saij.gov.ar>; el sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <http://www.csjn.gov.ar>, como también revistas jurídicas como <http://www.pensamientopenal.com.ar> y <http://www.actualidadjuridica.com.ar>, entre otras.

Toda vez que esta problemática viene suscitándose desde la reforma del Art. 67 del Código Penal con la Ley N° 26.705, sancionada en el mes de septiembre del año 2011, la investigación se centrará en el periodo de tiempo comprendido entre el año 2011 y hasta la actualidad.

El nivel de análisis se limitará a la lectura y estudio de fallos nacionales e internacionales, legislación correspondiente al Derecho Internacional y al Derecho Interno y doctrina, replicando lo elaborado por otros autores, en el intento de elaborar una conclusión a la problemática.

CAPÍTULO I

**LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN MATERIA PENAL, LA
IMPRESCRIPTIBILIDAD Y LOS ANTECEDENTES DE SU APLICACIÓN
RETROACTIVA**

La prescripción de la acción penal es un instituto de Derecho Penal que tiene sus antecedentes en el Derecho Romano y se encuentra presente en la mayoría de los cuerpos normativos del mundo. En el transcurso del tiempo, en nuestro país y a nivel internacional, se produjeron muchos cambios en los paradigmas jurídicos que hicieron necesario revisar los criterios de su aplicación a ciertos delitos.

A los fines de entender la problemática de la Ley N° 27.206 y su aplicación retroactiva, es necesario primero delimitar el concepto del instituto que nos ocupa, estudiar los fundamentos en que se apoya y su naturaleza jurídica; como también analizar la suspensión de la prescripción y los en casos que nuestro cuerpo normativo lo contempla; la excepción de la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad*, lo cual nos llevará al antecedente de la aplicación retroactiva de la ley en materia de prescripción y el análisis de los puntos más importantes vertidos en el Fallo “Arancibia Clavel” de la CSJN.

a) Aspectos generales sobre la prescripción de la acción punitiva del Estado y sus fundamentos.

i. Concepto

Según el Art. 59 del Código Penal, la prescripción es una de las causales de extinción de la acción penal junto con la muerte del imputado; la amnistía; la renuncia del agraviado respecto de los delitos de acción privada; y por aplicación de un medio alternativo de resolución de conflictos.² No obstante, la prescripción es la única causal que se apoya en la mera constatación del paso del tiempo.

Se caracteriza a la prescripción de la acción penal como una “autolimitación que se impone el Estado en sus facultades de persecución del delito” (Hairabedian y Zurueta,

² Ley N° 11.179, Libro Primero, Título X, Art. 59. Código Penal de la Nación Argentina.

2017, p. 22) a los fines de evitar el uso abusivo del poder del Estado. Se activa luego de la constatación del cumplimiento de ciertos plazos que, cumplidos sin que se ejercite la acción, denotan “la presunción del abandono o renuncia del derecho cuyo titular no lo reclama o ejercita” (Romero Villanueva, 2016, p. 1).

Otra definición precisa del instituto de estudio la aportan los autores Molero y Trossero que sostienen que la prescripción supone “la pérdida de la facultad investigativa y represora del Estado, provocada por el agotamiento del tiempo razonable que aquel poseía para mantener vigente su acción, y cuyo efecto consiste en impedir el inicio o la prosecución de la persecución penal” (Molero y Trossero, 2011, p. 23).

En conclusión, puede entenderse que el mero paso del tiempo constituye un signo de desinterés en la persecución del delito por parte del Estado y el instituto de la prescripción viene a dar un cierre a esas causas que de otra manera quedarían a la espera de una resolución por tiempo indeterminado, provocando de esta manera una persecución irrazonable en virtud de la resocialización del sujeto y del olvido del efecto provocado por su actuar.

ii. Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena:

Para comenzar a analizar el tema que nos compete, debemos distinguir entre dos tipos de prescripción en el proceso penal: por un lado, la prescripción de la acción, y por otro, la prescripción de la pena.

La prescripción de la pena, según el Art. 66 del C.P. comienza a correr a partir de la notificación de la sentencia firme al acusado, o desde el incumplimiento de la condena, si la misma hubiera comenzado a ejecutarse³, es decir, luego de la investigación, una vez concluido el juicio, encontrado culpable el sujeto del delito endilgado. Por otro lado, la prescripción de la acción penal contempla el mantenimiento del interés en la prosecución del proceso, desde el inicio del mismo hasta el dictado de la sentencia. Contempla el período desde el comienzo de la investigación hasta la finalización del juicio con una condena hasta que la sentencia queda firme. Así, los Artículos 63 y 66 del Código penal establecen inequívocamente los actos que dan inicio a los plazos para la contabilización de cada una⁴.

³ Ley N° 11.179, Libro Primero, Título X, Art. 66. Código Penal de la Nación Argentina.

⁴ Ley N° 11.179, Libro Primero, Título X, Art. 63 y 66. Código Penal de la Nación Argentina.

En el presente trabajo estudiaremos la prescripción de la acción penal en materia de abusos sexuales en víctimas menores de edad y lo respectivo a los plazos de las víctimas para instar la acción, por lo que se debe destacar que al referirnos a *la prescripción* haremos siempre referencia a la prescripción de la acción, no así a la prescripción de la pena.

iii. Naturaleza Jurídica

Existe entre los doctrinarios un amplio debate sobre la naturaleza jurídica de la prescripción: hay quienes la consideran una norma de fondo; otros, de forma; otros que la consideran de carácter mixto “material-procesal” (Hairabedian y Zurueta, 2017, p. 38, 39); como también hay autores que le otorgan una naturaleza constitucional.

Autores como Romero Villanueva defienden la postura de que “la prescripción de la acción penal tiene un carácter jurídico-material, porque extingue la potestad represiva en sí misma” (2016, p. 18). Y siendo una de las causales de extinción de la acción según el Art. 59 del Código de fondo⁵, resulta una figura del derecho material.

La otra mirada explica que el instituto representa un obstáculo para la prosecución del proceso, siendo causal de sobreseimiento –o de archivo de las actuaciones en caso de no encontrarse persona alguna procesada–. Es así que esta fracción de la doctrina entiende que al constituir un “obstáculo para el desarrollo del procedimiento y la persecución penal por parte de Estado”, encuentra su regulación en el Derecho Procesal Penal (Hairabedian y Zurueta, 2017, p. 41).

La tercera tesis que entiende que se trata de un instituto de carácter mixto, plantea que “a la par de ser una causa de revocación de la acción penal, también es un impedimento procesal para el desarrollo de esa acción” (Hairabedian y Zurueta, 2017, p. 39). Dichos autores, citando la obra de Vera Barros, explican que esta postura mantiene que si bien la prescripción tiene una esencia material, produce efectos procesales y a la inversa, al ser de naturaleza procesal, se configura en la exclusión de la punibilidad del delito.

Por último, la visión diferenciada de los autores Molero y Trossero, plantea que se trata de un instituto de naturaleza constitucional. Ello es así ya que “el fundamento de la prescripción radica en la protección de diversas garantías constitucionales (debido proceso, inocencia, progresividad, libertad, seguridad jurídica, etc.) que, ante el agotamiento de la

⁵ Ley N° 11.179, Libro Primero, Título X, Art. 59. Código Penal de la Nación Argentina.

pretensión punitiva por cumplimiento del plazo razonable, deben operativizarse” (2011, p. 27).

Según Romero Villanueva, poder distinguir la naturaleza de la prescripción es esencial a los fines de determinar si procede la aplicación retroactiva de la ley. Explica el autor:

... la secuela más importante está determinada por la protección del principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional que alcanza a la prescripción de la acción penal, no pudiendo aplicarse retroactivamente una ley que regule esta materia en forma más gravosa para el imputado, pero sí corresponde aplicarla si su contenido le fuere más beneficioso en este aspecto. Este beneficio no es aceptado por la visión procesalista, porque “el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponérseles”⁶. (Romero Villanueva, 2016, p. 17)

Dice el autor citando la obra de Pastor⁷: “La distinción tiene ‘consecuencias importantes, pues si la prescripción es una institución procesal sus reglas podrían ser modificadas *ex post facto*, tal como sucedió en Alemania con las sucesivas ampliaciones de los plazos de la prescripción” (2016, p. 22).

iv. Fundamento

El instituto de la prescripción de la acción se sustenta, según la doctrina, en varias cuestiones, principalmente en la seguridad jurídica reflejada en la necesidad de evitar la arbitrariedad en la función punitiva del Estado, en la presunción del abandono del interés social en el castigo del delito y en la desaparición de la necesidad de la aplicación de una pena.

Dice Romero Villanueva que cuando el hecho delictivo, con el paso del tiempo deja de ser considerado por la sociedad como un fenómeno peligroso y se convierte en el pasado lejano, “deja de ser necesario que el Estado responda punitivamente, porque no hay contenido lesivo que justifique su sanción ni mucho menos el Estado –como construcción colectiva y racional– puede reclamar la potestad *ad in eternum* del castigo.” (Romero Villanueva, 2016, p. 3).

⁶ Citando la obra de Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 164

⁷ Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ad-Hoc, 2003, Buenos Aires, p. 453

Por otro lado, Hairabedian y Zurueta, analizan también los aspectos tenidos en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia a los fines de fundamentar la necesidad de la prescripción, ellos son: la desaparición del reclamo social del castigo, la presunta enmienda del delincuente, estímulo para los órganos estatales y la dificultad probatoria que se suscita pasado el tiempo (2017).

Respecto de la tesis que defiende que el instituto es un estímulo para los órganos estatales, los autores relativizan el sustento de dicha postura, ya que por un lado, hay delitos que prevén hasta quince años de plazo para su prescripción, sumado a los actos que la interrumpen, por lo cual un proceso puede demorarse años en resolverse sin ser ésta un estímulo para su concreción (Hairabedian y Zurueta, 2017, p. 36).

Contrario a ello, consideran válido el fundamento de la dificultad probatoria ya que consideran que el transcurso del tiempo “atenta claramente contra las posibilidades concretas de hallar las pruebas del delito investigado” (Hairabedian y Zurueta, 2017, p. 38).

Por otro lado estos autores estudian la postura de la *Desaparición del reclamo social del castigo* sostenida por la Corte Suprema de Justicia⁸ y por la mayoría de los doctrinarios. Esta tesis, dicen, “afirma que la prescripción se sustenta en que el paso del tiempo acalla la alarma social provocada por el delito y trasunta olvido y desinterés por el castigo” (Hairabedian y Zurueta, 2017, p. 30) y citando la obra de Pastor⁹, señalan que:

...la misma unidad máxima de tiempo prevista como pena debe ser también la medida de la subsistencia de un dolor, sin olvido... De tal manera, una condena tardía, en la medida en que carece de efecto disuasivo, se presenta como inútil. (2017, p. 31)

No obstante, los autores llaman la atención en que si éste fuera su único sustento, no deberían existir actos interruptivos ni suspensión de la prescripción y remarca que todos estos argumentos “son aplicables a la sociedad en general, no lo son para la víctima del delito, quien difícilmente olvide sus consecuencias y siempre pretenderá aún en forma tardía, la punición del hecho ilícito y su reparación” (2017, p. 31).

La Corte Suprema fundó la necesidad del instituto de prescripción en:

⁸ Causa “Corradino”, Fallos 292.103.

⁹ Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ad-Hoc, 2003, Buenos Aires

...la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico-aneecdótico.¹⁰

En síntesis, podemos decir que la prescripción, vista como una autolimitación del poder punitivo del Estado, tiene su razón de ser en la falta de sentido de aplicar una pena cuando supera los límites establecidos por la norma al establecer el cuántum temporal de su castigo, teniendo en cuenta la resocialización del sujeto durante el período de duración de una hipotética aplicación de pena. Cuando, pasado el tiempo estipulado para penar el delito, y se confirman la falta de actos interruptivos, tales como la comisión de un nuevo delito o el llamado a indagatoria, o la citación a juicio¹¹, se entiende que desaparece el interés social y Estatal del castigo del delito y que la resocialización del sujeto ya se produjo.

Ahora bien, es importante destacar que Romero Villanueva, al mencionar que es imprescindible identificar si el instituto de mención corresponde a una norma de fondo o de forma, basa su argumento en doctrinarios tales como Roxin, Jeschek y Weigend pero falla en aclarar que la jurisprudencia argentina no avala la aplicación retroactiva de ninguna ley: ni leyes procesales ni de fondo, si las mismas son más perjudiciales para el imputado. Rige también para el derecho procesal lo estipulado por el Art. 18 de la Constitución Nacional y el principio *in dubio pro reo* del Art. 2 del Código Penal, que también se encuentra contemplado en el Art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación¹² por lo que la naturaleza material o procesal del instituto de la prescripción de la acción no es fundamento para consentir la aplicación retroactiva de la ley cuando ésta sería más gravosa para el procesado, como se da en la Ley N° 27.206.

En el mismo sentido concluye Carlos Enrique Llera en su estudio sobre las controversias sobre la aplicación de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación en el que sostiene que los principios de legalidad y el de favorabilidad se aplican también a las leyes procesales:

Independientemente del efecto general inmediato de las normas procesales, el principio de favorabilidad debe operar para garantizar la aplicación de la norma más

¹⁰ C.S.J.N, “Arancibia Clavel” Fallos 327:3312 (2004).

¹¹ Ley N° 11.179, Libro Primero, Título X, Art. 67. Código Penal de la Nación Argentina.

¹² Ley N° 23.984, Libro I, Título I, Art. 3, Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

favorable, sin que en materia penal pueda hacerse distinción entre normas sustantivas y normas procesales que resulten más benéficas al procesado. (Llera, 2015)

Por otro lado, Hairabedian y Zurueta, no contemplan la posibilidad de que en investigaciones de delitos puntuales como en los que nos ocupan en este trabajo –delitos contra la integridad sexual en menores de edad– el paso del tiempo muchas veces es crucial para poder producir pruebas tales como el testimonio de la víctima del delito. Por lo que, al destacar que el paso del tiempo es una causal de “olvido” para la sociedad, los autores no toman en cuenta que muchas veces es, precisamente, el paso del tiempo el factor indispensable para que quien fuera víctima en su minoría de edad pueda comprender que ha sido víctima de un delito, y que tenga la voz para reclamar ante el Estado la punición y reparación del mismo, como ya lo estudiaremos más adelante al analizar los fundamentos de la Ley N° 27.206, llamada *Ley de respeto de los tiempos de las víctimas*.

b) La suspensión de la prescripción

Según Molero y Trossero, “el término *suspensión* de la acción refiere a aquella circunstancia que paraliza el cómputo del tiempo prescriptivo –lo suspende–” (2011, p. 114). Y aclara que es por ello que “mientras dure la causal suspensiva, dicho lapso temporal no pueda ser contabilizado a los fines de la prescripción” (2011, p. 114, 115). Es decir que la prescripción de la acción se suspende ante ciertas circunstancias que provocan que se deje de computar el tiempo transcurrido como parte del plazo hasta tanto éstas desaparezcan, para reanudar así el cómputo de la prescripción, contabilizando el tiempo ya transcurrido.

Los autores mencionados hacen una distinción necesaria entre la *suspensión* y la *interrupción* de la prescripción y definen a esta última como “la circunstancia que hace desaparecer todo el tiempo transcurrido con anterioridad a dicha causal... opera hacia el pasado aniquilando el plazo cumplido, es decir se retorna a ‘contar desde cero’ el plazo de la prescripción” (Molero y Trossero, 2011, p. 115).

El Código Penal, en su redacción original, no preveía causales de suspensión ni de interrupción de la prescripción. Dichos institutos fueron agregados posteriormente mediante las Leyes N° 11.221, N° 13.569, y perfeccionados mediante modificatorias –entre otras que ya se encuentran derogadas– como la Ley N° 25.990, que desde el año 2005 es la que le dio el

texto definitivo al Art. 67 del Código Penal¹³. Siendo modificado este último supuesto nuevamente en el año 2015, por medio de la Ley N° 27.206.

Las causales de la suspensión de la prescripción están mencionadas en dicho artículo y éstas son: Causales previas y prejudiciales; cuando se trate de delitos cometidos con la participación de un funcionario público en ejercicio de sus funciones; en caso de ruptura del orden constitucional; y en caso de tratarse de delitos de abuso sexual y trata de personas contra menores de edad. No obstante, ésta no es una enumeración taxativa ya que existen otras causales que dicho artículo no recoge, tales como el otorgamiento del beneficio de la Suspensión de Juicio a Prueba¹⁴.

Podríamos entonces clasificarlas en dos aspectos: las que se suspenden por cuestiones procesales a la espera de una resolución, como las causales previas y prejudiciales y la Suspensión de Juicio a Prueba; y por otro lado, las que tienen que ver con circunstancias propias del hecho delictivo, respecto de las características del autor, del bien jurídico protegido, o de la víctima, como la suspensión de la prescripción respecto de los funcionarios públicos, o por suspensión del orden constitucional.

En el caso que nos compete, la prescripción se suspende hasta tanto la víctima interponga la denuncia en su mayoría de edad, o ratifique la realizada por otros –configurando un aplazo del término en que empieza a correr la prescripción mas que una suspensión de la misma, tal como lo contemplaba la “Ley Piazza” –.

c) La Imprescriptibilidad

La regla general establece que todos los delitos prescriben bajo los plazos del Art. 62 del Código Penal¹⁵. Las únicas excepciones para dichos plazos que contempla el Código Penal Argentino son las causales de suspensión de la prescripción, enumeradas en el Art. 67.

No obstante la regla de la prescripción ordenada en el cuerpo normativo, hay delitos específicos que se encuentran exceptuados de la regla y que no prescriben. Si bien el Código Penal no los menciona, ellos están contemplados por la Constitución Nacional en su Art. 36¹⁶ –delitos que atenten contra el orden institucional y el sistema democrático–, y por

¹³ Ley N° 11.179, Libro Primero, Título X, Art. 67. Código Penal de la Nación Argentina.

¹⁴ Ley N° 11.179, Libro Primero, Título XII, Art. 76 ter. Código Penal de la Nación Argentina.

¹⁵ Ley N° 11.179, Libro Primero, Título X, Art. 62. Código Penal de la Nación Argentina.

¹⁶ Ley N° 24.430, Primera Parte, Capítulo Segundo. Constitución de la Nación Argentina.

Tratados Internacionales como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de *Lesas Humanidad*¹⁷.

i. Delitos de lesa humanidad.

Terminada la Segunda Guerra Mundial existió un movimiento de Derecho Internacional que, disparado por la creación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, desembocó luego en la persecución a nivel mundial de delitos contra derechos fundamentales de las personas cometidos por el Estado o en connivencia con éste.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, que luego fuera confirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece la competencia de dicho Tribunal, y manifiesta, en su Art. 6, que se crea a los fines de enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo¹⁸ y clasifica los crímenes a perseguir en tres categorías: *Crímenes contra la Paz, Crímenes de guerra y Crímenes contra la humanidad*.

Estos delitos, denominados de *lesa humanidad*, fueron declarados imprescriptibles por la Asamblea General de la ONU por medio de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en el año 1968, que fue aprobada por nuestro Congreso mediante Ley N° 24.584 en el año 1995, y a la que le fuera otorgada la jerarquía constitucional en el año 2003 mediante Ley N° 25.778.

Esta Convención no define a los delitos de lesa humanidad, sino que hace alusión a los ya definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg en su Art.6. No obstante, su declaración es esencial puesto que todos los tratados y convenciones posteriores a la misma incluyeron explícitamente la imprescriptibilidad de este tipo de delitos.

Posteriormente en el año 1998, a los fines de continuar con la persecución y evitar la impunidad de los delitos más atroces cometidos contra los pueblos, se establece la Corte Penal Internacional y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se establece la competencia del Tribunal que entenderá en los siguientes delitos: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión¹⁹.

¹⁷ Ley N° 24.584, Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

¹⁸ Estatuto Del Tribunal Militar Internacional De Núremberg. Art. 6.Año 1945.

¹⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Parte II, Arts. 5, 6, 7 y 8. Año 1998.

Enumera taxativamente cada uno de los delitos que componen cada categoría y agrega en su Art. 29 que “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.”

Otro convenio internacional que lo adoptó fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigor en el año 1996 por la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobada por el Congreso mediante Ley N° 24.556 y que posteriormente le fue otorgada jerarquía constitucional en nuestro país por medio de la Ley N° 24.820, que en su Art. VII, establece que: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.”²⁰

ii. Fundamentos de la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad* y su aplicación retroactiva

Según el preámbulo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, estos delitos figuran entre los más graves del Derecho Internacional, no obstante, hasta ese momento ninguna declaración o convención destinada a la condena de dichos delitos había previsto su imprescriptibilidad: al aplicar a los delitos de guerra y de *lesa humanidad* las normas del derecho interno relativas a la prescripción como delitos ordinarios, éstos quedaban a merced de la impunidad ya que las leyes impedían el enjuiciamiento y castigo de los responsables, lo que traía preocupación de la opinión pública mundial.

Es por ello que los Estados que suscribieron esta Convención afirmaron el principio de imprescriptibilidad de dichos crímenes para asegurar su aplicación universal al estar:

Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales.²¹

²⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Art. VII. Año 1996.

²¹ Ley N° 24.584, Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Ahora bien, ¿qué hace a estos delitos diferentes a los demás que hace que requieran un tratamiento especial en materia de prescripción?: Según Molero y Trossero, citando el fundamento que da la CSJN²², “los crímenes contra la humanidad no dejan de ser vivenciados por la sociedad por su magnitud y significación, permaneciendo vigentes.” (2011, p. 182) y agregan:

La imprescriptibilidad de estos delitos y el consecuente desplazamiento de las garantías constitucionales –especialmente la garantía del plazo razonable y del principio de legalidad– debe graduarse en función a la gravedad del delito cometido y reparando en los principios que gobiernan un estado de derecho. (2011, p. 182)

Es así que los delitos de *lesa humanidad* al ser llevados a cabo sistemáticamente por el Estado y los funcionarios que lo representan, se han declarado imprescriptibles para permitir a la sociedad que los sufrió poder castigarlos, siendo necesario para lograrlo un proceso de renovación de la conformación de las Instituciones.

Aprobada la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad por nuestro Congreso mediante Ley 24.584 en el año 1995, y una vez declaradas nulas las leyes de *obediencia debida* y *punto final* comienzan a investigarse los delitos cometidos por funcionarios del Estado, durante el último gobierno *de facto*, aplicándose retroactivamente lo dispuesto en la Convención.

Es así que en el Fallo “Arancibia Clavel” la CSJN sienta jurisprudencia respecto de la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad* basándose en lo estipulado por el Derecho Internacional vigente al momento de los hechos:

...podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad.²³

²² C.S.J.N, “Arancibia Clavel” Fallos 327:3312 (2004).

²³ C.S.J.N, “Arancibia Clavel” Fallos 327:3312 (2004).

Asimismo, el Dr. Enrique Santiago Petracchi, en su voto, mencionó que la Corte mantenía una postura contra la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, pero que no obstante ello resolvió que:

Tal solución, sin embargo, a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya no puede ser mantenida frente al derecho internacional. Ello por cuanto el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía: "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial..."²⁴

Agrega a continuación, que aún en un caso donde no sea imputable el Estado como actor, aún "puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación (a los Derechos Humanos)" y concluye en consecuencia con que "la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional"²⁵

Podemos concluir entonces que el instituto de prescripción es una herramienta del Estado a los fines de autolimitar su poder punitivo, evitar arbitrariedades y el juzgamiento de hechos olvidados en el tiempo que han perdido el interés social de su persecución. No obstante, no es un instituto de aplicación absoluta, ya que existen excepciones en su aplicación: la suspensión de la prescripción ante ciertas circunstancias y la imprescriptibilidad de los delitos contra el orden constitucional y los que configuren graves violaciones a los Derechos Humanos.

Entre los últimos encontramos a los delitos de *lesa humanidad* que fueron declarados imprescriptibles por el Derecho Internacional, aplicándose retroactivamente al ratificar la Convención en nuestro país en virtud de los compromisos asumidos, y en aplicación de la jurisprudencia de la CIDH, sentando así una excepción al principio de

²⁴ C.S.J.N, "Arancibia Clavel" Fallos 327:3312 (2004). Juez Petrachi por su voto. Consid. 23, Citando el caso de la CIDH "Velázquez Rodríguez", Sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C N° 4

²⁵ Op. Cit.

legalidad y al de irretroactividad de la Ley penal, como también al principio de favorabilidad en pos de el cumplimiento de compromisos asumidos ante la comunidad internacional.

CAPÍTULO II

LA LEY N° 27.206 DE RESPETO A LOS TIEMPOS DE LAS VÍCTIMAS: ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

La Ley N° 27.206, llamada: *de respeto a los tiempos de las víctimas* o también conocida como “Ley Kunath” por ser el apellido de la Senadora por Entre Ríos, Sigrid Kunath –creadora del proyecto de ley–, se dictó a los fines de perfeccionar la modificatoria del Código Penal ya introducida por la Ley N° 26.705, llamada la “Ley Piazza”. Esta última, introducía al Código Penal la excepción del comienzo del cómputo de la prescripción en delitos de índole sexual que iniciaría a partir de la mayoría de edad de la víctima.

A los fines de incorporar ambas reformas al Código Penal, en sus respectivos proyectos, se resaltó la naturaleza de estos delitos y las características particulares de los mismos que provocan, muchas veces, una tardía denuncia y la consecuente impunidad por el paso del tiempo.

A continuación, y a los fines de entender la intención de los legisladores al proyectar ambas leyes, se analizarán ambos proyectos donde se vertieron los fundamentos que ilustraban la necesidad de la reforma, estudiaremos el texto definitivo y, posteriormente y a los fines de lograr un mayor entendimiento sobre lo planteado en los fundamentos, estudiaremos las características del abuso sexual infantil, y los aspectos subjetivos que llevan al silencio de sus víctimas y su consecuente denuncia tardía.

a) Antecedentes: Ley N° 26.705: la “Ley Piazza”

En septiembre del año 2011, el Congreso aprobó la Ley N° 26.705 que agregaba dos párrafos al Art. 63 del Código Penal. Esta ley lleva el nombre del famoso diseñador de indumentaria, Roberto Piazza, que movilizado por su propia experiencia como víctima de abuso sexual infantil, fue el impulsor de la reforma.

i. Contenido de la ley

Por medio de esta modificatoria se estableció que:

“En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 -in fine-, y 130 -párrafos segundo y tercero- del Código Penal, cuando la víctima fuere menor

de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad.”²⁶

Es decir que para los delitos tales como, abuso sexual en todas sus modalidades cometidos contra menores de edad, estupro, corrupción de menores, prostitución infantil y pornografía infantil, en lugar de que la prescripción empiece a correr desde la medianoche del día en que se cometió el hecho, tal como lo establece el Art. 63 del Código Penal, esta ley establecía una excepción, dictando que la prescripción comenzaba a correr desde la medianoche del día en que el menor víctima cumpliera dieciocho años: edad en que puede realizar la denuncia por sí e instar la acción penal sin necesidad de representantes.

ii. Fundamentos

El proyecto de la reforma al Art. 63 del C.P. se fundaba en diversos puntos, pero principalmente, en la indefensión de la víctima menor de edad, que llegado el momento de poder instar la acción penal contra su victimario, se encontraba con una acción ya prescripta.²⁷ Todo ello en virtud 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.”²⁸

Por otro lado, el proyecto de ley hacía alusión a las características psicológicas de las víctimas, que inducen a una denuncia tardía. Dice el proyecto que las consecuencias de la represión de la conducta ayuda a entender la gravedad del delito ya que “perpetúa lesiones psicológicas y personales que derrumba al ser en su esencia...” Es justamente esta conducta represiva de la memoria la que provoca la “inacción por parte de la víctima quien demora en comprender lo que le sucede, efecto este concomitante del propio delito que, paradójicamente, favorece a su propio agresor para quien el tiempo juega favor suyo.”²⁹

²⁶ Ley N° 26.705, “Ley Piazza” Art. 1°. 2011.

²⁷ Proyecto de Ley S-3724/10. Senado de la Nación, Secretaria Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones.

²⁸ Op. Cit.

²⁹ Op. Cit.

Es así que el proyecto indicaba que su finalidad era “paliar una situación de evidente desventaja de la víctima frente a su agresor para que pueda, una vez alcanzada la madurez necesaria, luchar judicialmente por su dignidad”³⁰

Este Proyecto de Ley N° S-3724/10 fue presentado ante la Cámara de Senadores el 21 de octubre de 2010 y fue aprobado por unanimidad por la Cámara de Diputados en Septiembre de 2011, siendo el puntapié para la posterior presentación del Proyecto de Ley N° S-2288/14 que diera origen a la *Ley de respeto de los tiempos de las víctimas*.

b) La Ley de respeto a los tiempos de las víctimas: Fundamentos de la necesidad de reforma del Art. 67.

La Senadora por Entre Ríos, Sigrid E. Kunath, movilizada por la causa "Ilarráz" que se tramitaba en tribunales de su provincia, impulsó el Proyecto de Ley N° S-2288/14 por medio del cual proponía ir más allá de lo implementado por la Ley N° 26.705. Su proyecto originalmente formulaba que los delitos sexuales fueran imprescriptibles agregando un párrafo al Art. 62 del C.P., lo que posteriormente fue revisado, resultando en la redacción final del Art. 67 que ordena la suspensión la acción penal para estos delitos hasta tanto la víctima realice la denuncia.

i. El proyecto y la Ley.

El Proyecto de Ley, contaba con cuatro artículos: el primero de ellos apuntaba a modificar el Art. 20 del C.P. que establece el régimen de inhabilitaciones, agregando un último párrafo por medio del cual para los funcionarios condenados por los delitos de índole sexual “la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión”³¹, redacción que quedó plasmada en el cuerpo normativo.

Por su parte, el Art. 2 dictaba:

ARTICULO 2. Incorpórese como artículo 62 bis a la Ley 11.179, Código Penal, el siguiente: “Art. 62 bis.- En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125

³⁰ Op. Cit.

³¹ Proyecto de Ley S-2288/14. Senado de la Nación, Secretaria Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones.

bis, 128, 129 —in fine—, y 130 —párrafos segundo y tercero— del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la acción será imprescriptible.”³²

Redacción que no se mantuvo en el texto final de la Ley N° 27.206, siendo revisado y modificada su redacción, se agregaron dos párrafos al Art. 67 del C.P. antes de la enumeración de las causales de interrupción de la prescripción. Esta nueva redacción agregó los delitos contemplados por los Arts. 145 bis y 145 ter —trata de personas— y, en lugar de ordenar la imprescriptibilidad de los mismos, dicta: “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.”³³

Es así que la redacción actual del Art. 67 del C.P. no considera a los delitos de índole sexual contra víctimas menores de edad como imprescriptibles, sino que establece un régimen de prescripción, con los mismos plazos del Art. 62, pero agrega una causal de suspensión de la misma: la falta de denuncia por la propia víctima.

De este texto se interpreta también que la denuncia realizada por otra persona distinta a la víctima no inicia el cómputo de la prescripción, sino que ésta se mantiene suspendida hasta tanto la víctima misma inste la acción, por lo que le da la chance a una causa que por cualquier razón no se prosiguió, a reabrirse y continuarse la investigación.

Se agrega también por medio de la Ley N° 27.206 un párrafo a continuación, que prevé que “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”³⁴, fragmento que es copia textual del segundo párrafo que agregaba la Ley N° 26.705 en sus excepciones al comienzo del cómputo de la prescripción en el Art. 63 del C.P.

Por último, y como consecuencia lógica, el proyecto, plasmado en la posterior ley, deroga los dos párrafos del Art. 63 que hubiera agregado la mentada Ley Piazza, que contemplaba estas excepciones al acto que da inicio al cómputo de la prescripción.

³² Op. Cit.

³³ Ley N° 27.206. Ley de respeto a los tiempos de las víctimas. “Ley Kunath”. (2015)

³⁴ Op.Cit.

De esta comparación se puede concluir que ambos proyectos se cimentaban en argumentos similares, pero interpretaron de manera diferente lo respectivo a la suspensión y el inicio del cómputo de la prescripción. En esta combinación, en la última reforma se evidencia un error en la técnica legislativa, ya que se puede inferir que en realidad las excepciones que introduce la Ley N° 27.206 no configuran una causal de suspensión de la prescripción, sino que, tal como lo plasmó la Ley N° 26.705, posponen el inicio del cómputo de los plazos hasta tanto la víctima realice la denuncia.

Asimismo, al haber tomado la nueva ley el texto del anterior tercer párrafo del Art. 63 y volcarlo como una de las causales de suspensión, manteniendo la redacción cuando dice “comenzará a correr” en lugar de cambiarla por: “se suspenderá hasta”, se puede observar que la intención real del legislador fue posponer el inicio del cómputo de la prescripción, no así su suspensión. Incorporando erróneamente en el Art. 67 una excepción al inicio del cómputo de la prescripción de los establecidos en el Art. 63.

ii. Fundamentos de la modificatoria

El Proyecto de Ley N° S-2288/14, suscripto por la Senadora Sigrid E. Kunath, fue presentado en el Senado de la Nación en Julio de 2014. Junto con el proyecto, se presentan los fundamentos que motivan la reforma de la Ley N° 11.179 (Código Penal de la Nación Argentina). Entre ellos: las denuncias sobre hechos que aún después de la reforma del Art. 63 se declaraban prescriptas y sin investigar y las dudas que esto suscitaba en los tribunales del Poder Judicial; las Convenciones internacionales en las que se apoyó un Tribunal para legitimar la continuación de la investigación; y un breve análisis de las consecuencias subjetivas de los abusos sexuales en las víctimas, que hacen que no se pueda considerar la prescripción de la acción aplicable de la misma manera que en otro tipo de delitos.

La Senadora indica que no obstante la reforma del Art. 63, aún quedaban denuncias sin investigar, lo cual suscitó muchas dudas en distintas instancias del Poder Judicial para determinar si era posible incoar la acción.³⁵ Hace alusión a la causa "Ilarráz, Justo José S/ Promoción a la corrupción agravada" en ese momento, en trámite en tribunales de Entre Ríos que, aún con la reforma de la Ley Piazza, la misma se encontraba prescripta, y

³⁵ Proyecto de Ley S-2288/14. Senado de la Nación, Secretaria Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones

menciona que la Cámara debió recurrir a "normas internacionales de índole convencional" para resolver la instancia y considerar que la acción no se encontraba prescrita³⁶.

Menciona las convenciones internacionales sobre las cuales se apoya la resolución de la Cámara de Paraná: Pacto de San José de Costa Rica, respecto del acceso a la justicia de los menores y la tutela judicial efectiva, "reforzados por las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad". Como también menciona la Convención de los Derechos del Niño que establece el interés superior del niño.³⁷

Pasa a continuación a hacer un análisis de los delitos de abuso de menores y dice que "son asimilables a la tortura" y, a diferencia de los argumentos esgrimidos por el proyecto de la Ley Piazza, que se enfocaba en los abusos intrafamiliares, Kunath hace hincapié en los abusos cometidos por personas encargadas de la educación y guarda que abusan de su posición para poder lograr su cometido.

Destaca cuál es la utilidad del instituto de la prescripción y lo opone a las particularidades propias que resultan incompatibles con los "principios generales de la prescripción en materia penal". En ese marco, analiza las consecuencias en las víctimas de estos delitos, coincidiendo con Piazza en que "generan consecuencias sumamente destructivas para la estructuración de su personalidad" provocando así "traumas irreparables que, casi siempre, llevan al silencio de la víctima". Esta experiencia traumática "normalmente trae aparejada síntomas de represión postraumática, por el cual se opta por el silencio o el olvido".³⁸

Continúa analizando los efectos en la psique de las víctimas explicando que los niños abusados "habitualmente desarrollan mecanismos para bloquear su memoria por prolongados períodos de tiempo" provocando un "descubrimiento tardío o retardado" y que generalmente, luego de ayuda terapéutica logran descubrir que fueron víctimas de un delito. Es por ello que la Senadora considera que debe tenerse en cuenta que "estos ilícitos raras veces son denunciados en forma inmediata, con las consecuencias procesales que ello ocasiona" y que es por ello que es necesario garantizar la posibilidad de investigación y juzgamiento.

³⁶ Op. Cit

³⁷ Op. Cit

³⁸ Op. Cit

A continuación hace alusión al Derecho Comparado, indicando que en países como Suiza e Inglaterra, algunos Estados de Estados Unidos, México, Chile y Perú ya han declarado este tipo de delitos como imprescriptibles.

Por último, y contra los argumentos de quienes se oponen a esta posición, destaca que la "necesidad de fortalecer la seguridad jurídica" que garantiza la prescripción, no se refuerza si no se investigan los hechos aberrantes cometidos contra niños, llevando a la falta de justicia e impunidad, permitiendo la continuidad de otros hechos delictivos cometidos por la misma persona. Remarca: "Es moralmente inaceptable que un delito de esta índole pueda prescribir cuando no ha habido posibilidades reales de juzgarlo".³⁹

Finaliza la exposición llamando al análisis sobre la validez de seguir dando el mismo tratamiento procesal a distintos delitos sin tener en cuenta las consecuencias subjetivas en las víctimas.

Si bien los fundamentos de Kunath no varían en mucho a los planteados por Piazza en su proyecto, la diferencia fundamental en la que se apoya la Senadora es que aún con la reforma previa, quedaban muchas causas con víctimas interesadas en la consecución de investigación de sus denuncias, como en el caso de Ilarráz –fuera del rango propuesto por la primera modificatoria–. Y, pese a ello, la reforma falla en aclarar la controversia más importante de la causa Ilarráz: la aplicación retroactiva de la ley. Es así que ni la Ley N° 27.206 ni su proyecto mencionan la posibilidad de aplicación a hechos anteriores a su dictado, lo que hubiera sido enriquecedor y habría evitado dejar la cuestión a libre interpretación de los tribunales.

c) Los delitos sexuales y las víctimas menores de edad.

En efecto, y tal como lo manifestaron ambos propulsores de las reformas, los delitos contra la integridad sexual no tienen las mismas características ni consecuencias subjetivas que otros tipos penales contemplados en nuestro Código, especialmente cuando se trata de víctimas menores de edad. Es por ello que consideramos importante aclarar lo brevemente esbozado en los proyectos, que configuran el sostén principal de las reformas a la Ley.

³⁹ Op. Cit.

Dice el Dr. Carlos Rozanski al respecto:

El abuso sexual infantil es un fenómeno delictivo con características propias que lo diferencian de la mayoría de los restantes delitos del Código Penal. La personalidad de abusador, la vulnerabilidad de las víctimas, la crisis que el abuso genera en la familia, como las restantes particularidades (...), ponen en relieve la importancia que tiene el conocimiento de las mismas a la hora de intervenir. La actitud opuesta, es decir, actuar judicialmente aplicando los "clichés" tradicionales del derecho penal sin tener en cuenta las singularidades aludidas, es la causa de notorias injusticias con respecto a las criaturas victimizadas. (2003, p. 35)

i. Aspectos subjetivos

Cada caso de abuso sexual, corrupción o prostitución con menores víctimas es diferente, pero de todos se pueden identificar características que comparten la gran mayoría de los individuos que atravesaron una experiencia traumática como lo es un acto que atente contra su integridad sexual.

En casi todos los casos de abuso sexual intrafamiliar y de los cometidos en instituciones por personas encargadas de la guarda de los menores, el silencio es la pieza fundamental que provoca la pasividad en la reacción de la víctima y es justamente este factor el que lleva a que los actos se repitan y a veces se tornen sistemáticos.

Acompañado de ese silencio, se configuran otros aspectos que provocan que los abusos sean génesis de sentimientos de confusión, violencia, vergüenza y culpabilidad. Estas consecuencias psicológicas y sus derivaciones traumáticas hacen de los delitos contra la integridad sexual un ilícito con características propias diferentes al resto de los tipos del plexo normativo.

1) El silencio.

Dice Silvina Cohen Imach: “Esta ley del silencio que impera en la relación es uno de los principales obstáculos para la revelación del abuso y es sumamente difícil de quebrar al a hora de trabajar con niños abusados” (2017, p. 67). Es así que el silencio es “una de las instrucciones más tenaces de la relación, tiene el carácter de compromiso infranqueable y... es implícito.” (2017, p. 67) Esta autora caracteriza al silencio como la “regla impuesta” que “organiza el vínculo, garantiza su continuidad”, como también, explica: “se estructura en forma de defensa psicológica llamada *negación o desmentida*” (2017, p. 67).

El silencio también funciona como una herramienta para mantener la *felicidad* de la familia, ya que el niño se siente responsable por lo que puede ocurrirle a su núcleo familiar: “En el abuso sexual, el niño percibe que él es el responsable de lo que le pudiera ocurrir a su familia. Su felicidad descansa sobre el silencio y la aceptación de la víctima.” (Cohen Imach, 2017, p. 68).

En el mismo tenor, el Dr. Carlos Rozanski, citando a Perrone, dice: “El abusador manipula el poder y carga a la víctima con la responsabilidad del secreto. El silencio del niño protege no sólo al abusador, sino a sí mismo y a su familia.” (2003, p. 37)

Este silencio, dice Rozanski, “le dio, a lo largo de la historia, la consideración de que los asuntos de familia eran *privados*, y por tales el Estado –según se sostenía– no podía intervenir” (2003, p. 38). No obstante, en el presente, debido a los cambios de paradigmas lo que antes era *INVISIBLE* “hoy ha comenzado a HACERSE VISIBLE” (2003, p. 38).

2) Otras consecuencias traumáticas.

Por otro lado, Cohen Imach incluye también como otros factores a la *culpabilidad*, y su consecuente sensación de *confusión*, y de ella, al no poder metabolizar la experiencia del abuso, surge la *vergüenza* (2017, p. 68). Dice la autora citando también a Perrone y Nannini (1997): “La vergüenza persiste mas allá de la revelación y el final de la relación. Sólo cesa definitivamente cuando la víctima logra recolocar ese sentimiento en el agresor” (2017, p. 68).

El Dr. Rozanski, por su parte, también hace alusión a aspectos similares, destacando por qué cada uno de ellos hace a los delitos contra la integridad sexual en menores diferente de otros delitos a la hora de judicializarlos. Uno de los aspectos más importantes es la *confusión*, y dice el autor al respecto: “Culpa, autorrecriminación, ira, afecto... y terror, se mezclan en la mente de la niña en un rompecabezas que no está en condiciones de armar” y es justamente esta confusión la que “en muchos casos lleva a las víctimas a efectuar revelaciones parciales, unas veces exageradas, otras con retrocesos. Esto no es otra cosa que la consecuencia lógica del fenómeno que sufre” (2003, p. 39).

Justamente por esta confusión en el relato la víctima es que el autor considera que se deben interpretar de manera diferente los dichos en una víctima de abuso sexual al de un robo. Es así que:

MIENTRAS LA CONFUSIÓN DE UN TESTIGO ADULTO PUEDE LLEVAR LÓGICAMENTE A LA DUDA, EL ESTADO DE CONFUSIÓN DE UN NIÑO ABUSADO, E INCLUSO SU SILENCIO, ANALIZADOS EN EL CONTEXTO ADECUADO Y RESPETANDO LAS CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO DE ABUSO, PUEDE LLEVAR A LA CONFIRMACIÓN DE LA SOSPECHA. (Rozanski, 2003, p. 40)

Por otro lado, el autor habla de la violencia física en oposición a la violencia psicológica y menciona que en el ámbito judicial no hay dificultades para detectar a la violencia física como sí las hay al tratar de detectar a la violencia psicológica, desconociéndosela, ignorando el pánico en la víctima y el resto de las características del fenómeno. (2003, p. 42)

Otro aspecto que menciona el autor son las amenazas y las represalias ocultas por parte del perpetrador. Estas últimas son amenazas implícitas descritas por Rozanski citando la obra de Perrone: “conlleva la idea de que el mal y sus consecuencias se originan en la acción defensiva de las víctimas” y agrega que “el que mayores trastornos psicológicos ocasiona a la víctima es el de la represalia oculta” (2003, p. 44). Justamente, esta “falta de amenazas explícitas en algunas ocasiones sirve de argumento a las defensas para intentar sembrar dudas en los tribunales” surtiendo efecto en los que equiparan a este tipo de delitos con los otros. (2003, p. 44)

Son todos estos aspectos: la confusión, la culpabilidad, la violencia, el temor a las represalias, provocadas por la situación traumática a la que las sometió el abusador, los que llevan al silencio a las víctimas. Silencio que, en multiplicidad de casos, no se rompe sino luego de largos años, al variar alguna circunstancia personal que gatilla la necesidad de hablar y buscar justicia. Momento en que se encuentra la víctima con causas ya prescriptas configurándose una paradoja absurda: el mismo trauma provocado por el abusador provoca el silencio, y cuando se encuentran las herramientas para poder romper el silencio, ya es muy tarde para la justicia, logrando así el perpetrador la impunidad gracias al trauma que él mismo provocó en la víctima.

Es así que, los legisladores, al modificar el Art. 67 del C.P. consideraron los aspectos subjetivos que provoca un abuso sexual en un niño y sus consecuencias mientras se convierte en adulto, entendiendo que los fundamentos en los que se sostiene el mecanismo de

la prescripción –la presunción del abandono del interés social en el castigo del delito y en la desaparición de la necesidad de la aplicación de una pena– no tienen razón en este tipo de delitos, en los que la “Ley del Silencio” instaurada en el abuso no permite a la víctima instar la acción en los tiempos que requieren los delitos de otra índole, provocando legalmente a la impunidad del perpetrador.

CAPÍTULO III:

LOS FUNDAMENTOS CONTRA LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY

Ante el silencio en la redacción de ambas leyes respecto de la aplicación de la modificatoria a hechos cometidos antes de su entrada en vigencia, y la publicidad que se le dio a la reforma sobre la posibilidad de denunciar hechos pasados, se suscitaron incontables disputas judiciales sobre la posibilidad de la aplicación retroactiva de la nueva ley.

En este marco de incertidumbre, los principios del Derecho Penal, tales como el de Legalidad, acompañado del de Irretroactividad de la Ley Penal, y el principio de Favorabilidad, son los bastiones de quienes defienden que la Ley 27.206 no puede aplicarse a hechos anteriores a la reforma. Esta postura proclama la aplicación de estos y otros principios de jerarquía constitucional en pos de resguardar la seguridad jurídica y así evitar la interpretación arbitraria de las leyes.

A continuación analizaremos los principios del Derecho Penal que quienes se oponen a la aplicación retroactiva de las Leyes N° 26.705 y N° 27.206 sostienen se encuentran siendo quebrantados. También, estudiaremos el concepto de *Seguridad Jurídica* y lo que implica que se respeten estos principios que rigen la aplicación del Derecho.

a) Los principios constitucionales

La base del sistema penal está construida desde presupuestos jurídicos dictados históricamente por los Constituyentes, que “orientan, encauzan y limitan la acción del legislador y del juez” (Aftalión, 2009, p. 911). Estos presupuestos son los principios por los que se rige la creación de leyes, su interpretación y aplicación a los fines de limitar la acción del Estado y en los cuales se debe apoyar toda decisión jurídica.

i. El principio de legalidad, la prohibición de la aplicación retroactiva de la Ley Penal y el principio de favorabilidad.

En este apartado estudiaremos la aplicación de los tres principios conjuntamente ya que, si bien se encuentran contemplados en diferentes cuerpos normativos, están estrechamente ligados.

El Principio de Legalidad está consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional y reza: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”⁴⁰, conocido también con la fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege previa*. Este principio es, según Creus, “la piedra angular sobre la cual se asienta el derecho penal que hoy nos rige” (2017, p. 52) y explica que éste “señala que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descripta como merecedora de dicha particular especie de sanción por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización” (2017, p. 52).

Es decir que no se puede condenar a una persona sino con la ley vigente al momento en que comete el delito. Se debe trazar un corte transversal en la línea de tiempo y juzgar según las conductas típicas y las penas dispuestas por los legisladores en ese instante.

Del principio de legalidad se desprende la consecuente prohibición a la aplicación retroactiva de la ley penal. Jauchen observa dos supuestos de prohibición: por un lado en una “conducta que no estaba legislada como delictiva al momento de cometerse se le aplique una legislación posterior que la tipifica como punible”, y el otro supuesto es que a “una conducta que ya está tipificada al momento de cometerse se le puede aplicar una pena más grave introducida por una modificación legislativa posterior” (2014, p. 94). En el primer supuesto se entiende que es necesario que, para que se desobedezca una ley, ésta debe existir y en el segundo supuesto, que la persona conoce las consecuencias de sus actos al llevarlos a cabo.

Estos principios están también receptados por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en su Art. 7 establece:

A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales⁴¹.

La única excepción a tan tajante regla es lo prescripto por el Art. 2 del C.P. que establece que “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna (al

⁴⁰ Ley N° 24.430, Constitución de la Nación Argentina. Primera Parte, Capítulo Primero. Art. 18.

⁴¹ Ley N° 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Título Preliminar, Capítulo 2.

imputado),⁴² llamado también principio de favorabilidad.⁴³ Esta disposición existe a los fines que, en caso de que exista un cambio en la política criminal y se aminore o desaparezcan los efectos punitivos de un delito, un imputado pueda verse beneficiado dado al cambio en el reclamo social sobre el ilícito perpetrado. Dice Romero Villanueva al respecto: “No sería justo aplicar la norma más rigurosa cuando el propio legislador reconoce la innecesaridad de esa punición, decretando una menos severa” (2015, p.6)

Estos principios no sólo están contemplados en la Constitución Nacional y leyes internas, sino que vienen dados por tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 9; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. XXVI; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 11 y en el Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Todos ellos revestidos de jerarquía constitucional mediante el Art. 72, inc. 22 de la Constitución Nacional.

El principal argumento contra la aplicación retroactiva de la Ley 27.206 es que se violan estos principios de jerarquía constitucional por pretender investigar y subsecuentemente condenar al autor de un delito en función de una ley dictada tiempo después de la comisión del delito siendo esta norma la más desfavorable para el imputado. Al respecto dice Romero Villanueva: “...la sanción de la ley 26.705 y la modificación operada mediante la ley 27.206 implica que todos los hechos anteriores a la misma se encuentran alcanzados por el principio de la ley penal más benigna” (2016, p. 157)

En el mismo sentido, se expidió el Juez de la Cámara Nacional de Casación, Dr. Juan Carlos Germiniani en autos “A., J. s/recurso de casación” donde se debía resolver el recurso contra el decisorio de declarar prescriptas las acciones contra el imputado. La querella pretendía que fuera de aplicación la Ley 26.705 aún cuando los hechos denunciados habrían prescripto años antes de la entrada en vigencia de dicha ley. Es así que, el Dr. Germiniani, en su voto en disidencia expuso:

Entiendo que la aplicación de lo normado por la ley 26.705 que pretende la querella, es decir la aplicación de una ley que fue creada aproximadamente dieciséis años después de la comisión del presunto hecho, viola el principio de legalidad amparado por

⁴² Ley N° 11.179, Libro Primero, Título I, Art. 2. Código Penal de la Nación Argentina.

⁴³ Elegimos referirnos al principio de favorabilidad y no al *in dubio pro reo* ya que entendemos que el último acompaña al principio de inocencia y es de aplicación por los tribunales en el momento de dictado de la sentencia en el caso de que las pruebas no lleven a la certeza de la culpabilidad del procesado, en que se deberá resolver a favor del mismo y proceder a su absolución.

nuestra Constitución Nacional. Para el caso de estudio no corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, por lo que su aplicación, en contra de los derechos que goza el imputado, y tal como pretende la querrela, acarrearía la violación a los derechos que han adquirido jerarquía constitucional por vía de la incorporación constitucional de los tratados que los prevén (artículo 75, inc. 22 de la CN; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 15, apartado 1 y Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9)).⁴⁴

Por otro lado, Romero Villanueva, resalta que el instituto de prescripción pertenece al Derecho Penal –en oposición a quienes lo consideran una ley adjetiva y por ende, pasible de aplicación retroactiva– por lo que, como toda ley penal, debe ser previa, o en su defecto, la más beneficiosa para el imputado; y concluye, citándolo a Bidart Campos⁴⁵:

...en nuestro derecho interno es posible... considerar como ley penal más benigna no sólo la que resulta más leve en cuanto al tipo penal o a la sanción penal, sino también a la que es más suave en orden a otras cuestiones penales. (2016, p. 157)

ii. Principio de máxima taxatividad

Otro principio que deriva del principio de legalidad es el de máxima taxatividad de las leyes: “la criminalización de una conducta debe ser efectuada en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible” (Jauchen, 2014, p. 95). Es decir que una ley debe ser clara y concisa, y no debe prestarse a confusión ya que, en palabras de Jauchen: “Una ley penal indeterminada o imprecisa no es idónea para proteger al individuo de la arbitrariedad a que da lugar semejante normativa” y, por otro lado, agrega que sería violatorio a la división de poderes, en tanto deja libre al Poder Judicial para efectuar cualquier interpretación “invadiendo así la esfera propia del Poder Legislativo” (2014, p. 95)

Respecto de la reforma del Código Penal, Romero Villanueva considera que es una “ampliación ‘indeterminada’ de los plazos de prescripción, que conspira contra la idea de exactitud que deben guardar los plazos de prescripción” (2016, p. 155)

iii. *Ne bis in idem*

⁴⁴ C.F.C.P. Sala 4 “Altamirano, Jorge s/Recurso de Casación”, CCC 191/2012/CFC1. Sentencia Nro. 310/16.4 (2016). Juez Germiniani, por su voto.

⁴⁵ Bidart Campos, G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* t, II-A, Ediar, Buenos Aires 2002, p. 88/89

Dicen los juristas Cafferata Nores y Tarditti en sus comentarios al Código Procesal Penal de Córdoba: “Ninguna persona puede ser perseguida penalmente (y por cierto, tampoco juzgada y penada) más de una vez en forma *sucesiva*, ni tener *contemporáneamente* pendiente más de una persecución penal con relación al mismo hecho delictivo” (2003, p. 38). Este principio de corte internacional (establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 inciso 4), si bien no se encuentra incluido en el corpus de nuestra Constitución, fue receptado por la mayoría de las constituciones provinciales y códigos procesales como el de la Nación, en su Art. 1^o⁴⁶.

Según Jauchen, en análisis de la jurisprudencia de la CSJN⁴⁷, dice que “solventa... la imposibilidad de retrotraer el proceso a etapas superadas cuando se han cumplido las fases esenciales del debido proceso” (2014, p. 388)

En virtud de esta última afirmación, es importante analizar las dos situaciones que destacó Romero Villanueva que requieren de un estudio particular respecto de la aplicación retroactiva de la Ley 27.206: Por un lado, estamos ante el supuesto de los delitos que ya se encontraban prescriptos al momento de entrar en vigencia la nueva ley, y por otro, el de los delitos cometidos antes de la reforma, pero de los que aún no se había cumplido el término del Art. 62 del C.P. (2016, p.235)

En el caso del primer supuesto, y si en función de lo normado por el Art. 62 del C.P., la acción ya había prescrito antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, la acción se supone tácitamente aniquilada en la fecha en que se cumplió el plazo. Ello es así en tanto que la prescripción “constituye un instituto de orden público, que se produce de pleno derecho por el sólo transcurso del plazo legal establecido en la norma y, como tal, debe declararse de oficio” (Hairabedian y Zurueta, 2017, p. 49).

De ello se desprende que, puesto en conocimiento un ilícito, cabe analizar la calificación penal que le correspondería, la fecha en que dejó de cometerse y la existencia de actos interruptivos. En el caso de que el delito se encuentre prescripto con fecha anterior a la entrada en vigencia de la reforma, la pretensión de proseguir la acción penal, no sólo deberá franquear la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley, sino también la prohibición del principio *ne bis in idem*. Ello es así ya que, como lo indicara Romero Villanueva citando la

⁴⁶ Ley N° 23.984, Código Procesal Penal de la Nación, Libro I, Título I, Art. 1°.

⁴⁷ CSJN, Fallos: 298:736

obra de Roxin⁴⁸: “si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re)fundamentación de la punibilidad.” (2016, p.235) Aclara también que una nueva ley “a lo sumo posee aplicación inmediata, permitiendo únicamente modificar los efectos de una situación jurídica a producirse o en curso de producción, pero no puede alterar los efectos de la ley anterior que ya se encuentran cumplidos” (2016, p. 239)

b) La seguridad jurídica y sus implicancias

Estos principios de orden constitucional existen en virtud de la necesidad de un orden en la interpretación de las leyes y su aplicación. Son esenciales en un Estado de Derecho ya que proveen a los ciudadanos la seguridad de que existe una interpretación de la norma *a priori* y en consecuencia dirige sus acciones. Esta “posibilidad de cada uno de prever de antemano las consecuencias jurídicas de sus acciones” es lo que conocemos por *seguridad jurídica*. (Guastini, 2015, p.19) En el mismo sentido agrega Gometz, citando la obra de Luzzati⁴⁹ que

Esta previsibilidad, además de ser considerada un punto central en las discusiones acerca de la certeza del derecho, es evaluada frecuentemente de modo positivo, porque su realización en grados elevados les permite a los individuos programar la propia vida teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas a las cuales conlleva cada curso de acción, de modo que puedan programar la propia conducta a la luz de los objetivos que se han propuesto. (2015, p.30)

Dice Gometz, en la misma obra, que esta certeza jurídica permite “prever la gama de las consecuencias jurídicas efectivamente susceptibles de ser espontánea o coactivamente conectadas a actos o hechos, así como al ámbito temporal en el cual tales consecuencias jurídicas se producirán”. (2015, p.30)

Estas consecuencias comprenden, no sólo en el sentido en que serán interpretadas las leyes, sino también otros factores que configuran esta certeza como las que Gometz enumera:

⁴⁸ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, reimpresión 1999, ps. 163/165.

⁴⁹ Luzzati, C., (2012) *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino: Giappichelli., p. 2.

La continuidad, la homogeneidad y la coherencia de la acción de los jueces y de los funcionarios públicos (...); la accesibilidad, la disponibilidad y la difusión de los conocimientos relevantes para la previsión de las consecuencias jurídicas y de los tiempos en los cuales ellas tienen lugar, etc. (2015, p.31)

Cabe destacar que el autor indica al tiempo como uno de los factores a tener en cuenta ya que esta seguridad jurídica no sólo atañe a la coherencia de los tribunales respecto de sus decisiones, sino también a la disponibilidad de la información *en los tiempos en los cuales ellas tienen lugar* –haciendo alusión al principio de legalidad– como en el *ámbito temporal en el que tales consecuencias se producirán* –respecto de las penas y el ejercicio de la acción penal–.

Según Romero Villanueva, la seguridad jurídica se caracteriza en un Estado por la “...predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales en la operatividad de institutos básicos...”, como también, en la “ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales” (2016, p. 2).

Larsen amplía el concepto de *seguridad jurídica*, destacando que:

La previsibilidad, la calculabilidad, y la continuidad de la respuesta de los tribunales no son el único presupuesto de la seguridad jurídica de un Estado. La aplicación segura del Derecho constituye también una cuestión de igualdad, ya que todos los ciudadanos tienen derecho a un mismo tratamiento en la aplicación del Derecho dentro del territorio de un Estado. Por lo tanto, la seguridad jurídica requiere que las normas legales sean aplicadas con continuidad, estabilidad, e igualdad. (2015, p. 14)

Es así que quienes defienden la postura de la imposibilidad de la aplicación retroactiva de las Leyes N° 26.705 y N° 27.206, lo hacen amparados en la necesidad de custodiar esta seguridad jurídica respecto del quebrantamiento de los principios fundamentales del Derecho Penal, como el de legalidad, la prohibición de la aplicación retroactiva de la Ley, el de favorabilidad, y *Ne bis in idem* que sustentan al Derecho Penal a los fines de evitar la aplicación arbitraria de las leyes y exigiendo una interpretación previsible de la norma por parte de los tribunales.

CAPÍTULO IV:

LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY N° 27.206.

Luego de aprobada la “Ley Piazza”, por la repercusión que tuvo en los medios, la posterior reforma introducida por la Ley N° 27.206 y las campañas publicitarias que informaban a las víctimas que no era tarde para denunciar abusos sexuales⁵⁰, llegaron a los tribunales denuncias que se encontraron con el primer obstáculo: la declaración de la prescripción y consecuente archivo. Muchos de ellos apelaron a instancias superiores donde algunas cámaras de casación revocaron los archivos y ordenaron la prosecución de la investigación.

Los tribunales que consideraron legítima la aplicación retroactiva de la ley argumentaron que al momento de los hechos denunciados el Estado Argentino ya había suscripto diversas convenciones internacionales que sentaban las bases de la posterior reforma respecto de los plazos de la prescripción en delitos contra la integridad sexual en menores y otras leyes que protegen los derechos de los niños víctimas de delitos.

A continuación analizaremos dos fallos que sentaron precedente al resolver, los jueces, a favor de que las acciones en las causas investigadas no se encontraban prescriptas. Estudiaremos los argumentos vertidos por estos tribunales, las convenciones en las cuales se sustentan, los principios constitucionales que amparan a las víctimas menores de edad que legitiman el quebrantamiento de los que preservan los derechos de los victimarios; como también la interpretación de las leyes ante el conflicto de intereses legítimos.

a) Primeros antecedentes judiciales

i. Sala N° 1 de la Cámara de Casación Penal de la ciudad de Paraná

El dieciocho de noviembre del año 2014, aún antes de la reforma introducida por la “Ley Kunath”, la Sala N° 1 de la Cámara de Casación Penal de la ciudad de Paraná, integrada por el Dr. Rubén A. Chaia, Dra. Elisa Zilli y el Dr. Elvio O. Garzón, dictó la

⁵⁰ Ver Anexo

Resolución N° 128 en la causa "ILARRAZ, JUSTO JOSE s-Promoción a la corrupción agravada - Incid. de extinción por prescripción s/RECURSO DE CASACION". En esta resolución, los jueces, en forma unánime, decidieron rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la resolución de la Excma. Cámara Primera, Sala I de Paraná que no hizo lugar al pedido de excepción de falta de acción y prescripción de la causa.

A Ilarráz se lo investigaba por siete hechos fijados entre los años 1988 y 1992 que acontecieron en las dependencias del Seminario Arquidiocesano de Paraná, donde ejercía de Sacerdote Prefecto a cargo de la guía espiritual de numerosos adolescentes. Los delitos fueron encuadrados como *promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación y abuso deshonesto agravado en concurso real* correspondiente al art. 125 in fine y art. 127 in fine del Código Penal vigente al momento de la ocurrencia de los hechos.

En virtud de que, desde la fecha de los hechos hasta la fecha de las denuncias, habría transcurrido el plazo establecido en el Art. 62 del Código Penal, la defensa solicitó la declaración de la prescripción de la causa y el levantamiento de las medidas de coerción que pesaban sobre Ilarráz. El pedido se rechaza en los tribunales, escalando por vía recursiva hasta los estrados de la Cámara de Casación Penal de Paraná que rechaza el recurso interpuesto.

Es así que en la resolución de mención, el Dr. Chaia, en su voto, observa que en el caso en cuestión existe una colisión de intereses –los de las víctimas y los del imputado– amparados por reglas y principios constitucionales y busca la manera de dirimir los reclamos de ambas partes identificando cuáles son estas reglas y principios que deben considerarse y así identificar cuáles priman.

En primer lugar, analizando la aplicación del principio de legalidad esgrimido por la defensa, el jurista indicó que “existen voces que señalan la necesidad de ampliar las fronteras del principio de legalidad más allá de lo meramente ‘formal’”⁵¹ y citando la obra de Bacigalupo⁵², agregó:

...la función del Estado de derecho (...) aparece relacionada a la defensa de los derechos fundamentales, lo que significa que la sola legalidad, sin un contenido material determinado, no satisface los presupuestos de aquella y que debe atenerse a valores y

⁵¹ C.C.P. de Paraná, Sala 1 "ILARRAZ, JUSTO JOSE s-Promoción a la corrupción agravada - Incid. de extinción por prescripción s/RECURSO DE CASACION". Expte.N°99/14. Resolución N° 128 (2014). Juez Chaia, por su voto, consid. IV) 1.

⁵² BACIGALUPO, *Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, 1999, p. 45

principios constantes de orden constitucional, configurándose así la exigencia de "legitimación".

A continuación plantea que desde una mirada integradora de todos los derechos y garantías y los valores de “bien común y “dignidad humana”, los cuales son los fines esenciales del Derecho Penal “que integran la llamada ‘legalidad material’” (en contraposición a la “legalidad formal”), no se admite la violación de las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, arts. 2, 3, 12, 19, 38 y cc., de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 8 y 25, en pos del cumplimiento de una regla interna como lo es el Art. 62 del Código Penal. Es por ello que impera la pretensión de descubrir la verdad y proteger a la dignidad humana y la tutela judicial efectiva por sobre el cumplimiento de normativas de carácter interno.⁵³

Agrega también que en el caso concreto, los niños víctimas fueron impuestos institucionalmente de la obligación de guardar silencio, llevándose a cabo una investigación interna secreta que acrecentó el estado de vulneración en que se encontraban “violentando así derechos internacionalmente reconocidos a partir de la obturación de una investigación judicial seria y oportuna, situación que se mantuvo por los años.”⁵⁴ Ante ello recuerda lo resuelto por la CIDH en autos "HERMANOS GÓMEZ PAQUIYAURI vs. PERÚ"

...donde puso de manifiesto la posibilidad de que el autor de graves violaciones a los derechos humanos de las víctimas se viera "beneficiado" indebidamente por la aplicación de leyes internas -como la amnistía, la prescripción, etc.-, debiendo los Estados propender a que ello no suceda en cumplimiento de los principios generales del derecho internacional, para que las prerrogativas reconocidas en la CADH tengan un efecto útil y no queden desprovistas de protección efectiva.

Es así que el Dr. Chaia considera que los principios que protegen a las víctimas por encontrarse amparadas por el Derecho Convencional y los valores del “bien común” y la “dignidad humana” priman por sobre el Principio de Legalidad que, en este caso, obliga a aplicar una ley interna que contraría lo ya ordenado por múltiples tratados y su interpretación por la CIDH.

ii. Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal

⁵³ C.C.P. de Paraná, Sala 1 "ILARRAZ, JUSTO JOSE s-Promoción a la corrupción agravada - Incid. de extinción por prescripción s/RECURSO DE CASACION". Expte.Nº99/14. Resolución Nº 128 (2014). Juez Chaia, por su voto, consid. IV) 1.

⁵⁴ Op. Cit.

En el mismo sentido, en la causa ya mencionada, “A., J. S/RECURSO DE CASACIÓN”⁵⁵, conocida como causa “Altamirano”, en el mes de marzo de 2016, la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal, compuesta por el Dr. Germiniani como Presidente y los Dres. Hornos y Borinsky como vocales, aún con el voto en disidencia del primero, se revocó el sobreseimiento del imputado por prescripción y se ordenó que se continúe la investigación.

En la causa, cuatro personas habían denunciado diversos hechos contra la misma persona. Todas ellos se trataban de mujeres que en su minoría de edad habían sido abusadas sexualmente por la misma persona en diferentes ocasiones. El imputado fue sobreseído y sólo una de las denunciadas se opuso a la resolución. Los hechos denunciados por esta última fueron fijados en el año 1995, cuando la víctima contaba con seis años de edad, y el delito fue calificado como *abuso sexual mediante acceso carnal agravado por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la convivencia preexistente*. La víctima denunció en el año 2011, cuando contaba con 22 años de edad, pero el tribunal de origen sobreseyó al imputado por considerar que la causa habría prescrito en el año 2009, aún años antes de la reforma del Art. 63 del C.P. mediante la Ley N° 26.705. La querrela impugnó la resolución de sobreseimiento hasta llegar a la Sala IV de Cámara Federal de Casación.

En el fallo de mención, el Juez Dr. Mariano Hernán Borinsky estableció, sin ahondar en el análisis, que las disposiciones de los términos de prescripción

...deben ser interpretadas en consonancia con las disposiciones de derecho internacional relevantes. En particular, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”, suscripta por el estado argentino el 6 de octubre de 1994 (en vigor desde el 03/05/1995 y aprobada por ley 24.632, B.O.: 09/04/1996) y la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849, B.O.: 22/10/1990).⁵⁶

Por su parte, el Dr. Gustavo M. Hornos, coincidiendo con lo mencionado por el Dr. Borinski, consideró fundamental tener en cuenta que al momento de los hechos “se encontraban ya vigentes los principios jurídicos fundamentales que motivaron la reforma en la norma nacional”⁵⁷ El Estado, dice el jurista, ya se había comprometido en incluir en la

⁵⁵ C.F.C.P. Sala 4 “A, J s/Recurso de Casación”, CCC 191/2012/CFC1. Sentencia Nro. 310/16.4 (2016).

⁵⁶ C.F.C.P. Sala 4 “A, J s/Recurso de Casación”, CCC 191/2012/CFC1. Sentencia Nro. 310/16.4 (2016). Juez Borinsky, por su voto.

⁵⁷ C.F.C.P. Sala 4 “A, J s/Recurso de Casación”, CCC 191/2012/CFC1. Sentencia Nro. 310/16.4 (2016). Juez Hornos, por su voto, consid II.

legislación interna la normativa y los procedimientos legales en relación a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) como también respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Realizó también un análisis del caso concreto, concluyendo que resolver por la prescripción de la acción en tal caso, “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”, como también, aclara, significaría un desconocimiento del Superior Interés del Niño⁵⁸.

Y concluye:

...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, de la implementación de decisiones judiciales que impliquen el necesario resguardo de un acceso efectivo a procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia. A la luz de lo cual corresponde concluir que la acción penal incoada respecto del hecho del que fuera víctima la recurrente no se encuentra prescripta.⁵⁹

b) Tratados internacionales que los sustentan

Ambos fallos, precursores de un cambio de paradigma, se sustentan en tres tratados de rango constitucional: la Convención Americana de Derechos Humanos; la Convención sobre los Derechos del Niño; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. A continuación se analizará la pertinencia de cada uno respecto de la aplicación retroactiva de la Ley 27.206.

i. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵⁸ Op. Cit.

⁵⁹ Op. Cit.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, fue suscripta en el mes de noviembre del año 1969, siendo aprobada posteriormente por el Congreso de la Nación mediante Ley N° 23.054 sancionada y promulgada en marzo de 1984. En la ley no solo se aprobaba el texto de la Convención, sino también se reconocía la competencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente, en el año 1994, mediante la reforma de la Constitución, fue introducida en el texto del Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, otorgándole jerarquía constitucional.

El Pacto, ya en el primer párrafo de su preámbulo, dicta que la Convención se suscribe a los fines de consolidar en el Continente "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"⁶⁰ Estableciendo así los principios fundamentales a los que propenden los Derechos Humanos.

Por otro lado, en el Art. 2 establece que "los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." Entre esos derechos, se encuentra lo establecido por el Art. 19 de la Convención: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"⁶¹ tal es la responsabilidad de todo adulto, otorgada por el Estado, como parte de la sociedad, respecto de la minoridad de cualquier sujeto.

Por último y relevante a la aplicación de la Ley N° 27.206, el Art 8 inc. 1 establece el Derecho de Acceso a la Justicia. Derecho éste que en el caso de los delitos contra la integridad sexual contra menores, se encuentra supeditado al accionar de los adultos encargados de la guarda, lo cual impide muchas veces la posibilidad del menor de ser oído por la justicia en el tiempo prudencial que establece este artículo ni el Art. 62 del Código Penal.

Es justamente el compromiso asumido por el Estado Argentino en 1984 de garantizar a todas las personas el acceso a ser oídas por un juez competente el que impulsa posteriormente a la modificatoria de los plazos de prescripción respecto de los abusos sexuales en menores, a los fines de permitirles a las víctimas ser oídas en el momento en que se encuentran preparadas para impulsar el proceso judicial contra sus victimarios.

⁶⁰ Ley 23.054, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Preámbulo

⁶¹ Ley 23.054, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Art. 19.

ii. Convención de los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue suscripta en 1989, siendo aprobada posteriormente por el Congreso de la Nación mediante Ley N° 23.849 promulgada en octubre de 1990 y también incluida en el inc. 22 del Art. 75 de la Carta Magna.

La intención de la Convención es asegurar lo establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que proclama que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”⁶²

Es así que respecto de la protección de los niños en carácter de víctimas de delitos por parte de quien ejerce su custodia en su Art. 19 dicta:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.⁶³

Surge de ello que el Estado, ya en el año 1990, se había comprometido no sólo a prevenir, sino también a investigar e intervenir judicialmente en los casos de abuso sexual perpetrados a menores de edad, obligándose así frente a la comunidad internacional a evitar la impunidad de estos delitos.

iii. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, mejor conocida como la “Convención de Belem do Pará”, por el lugar donde fue suscripta, fue sancionada por el Congreso de la Nación en fecha 13 de marzo de 1996 y

⁶² Ley N° 23.849, Convención sobre los Derechos del Niño. (1990) Preámbulo

⁶³ Ley N° 23.849, Convención sobre los Derechos del Niño. (1990) Art. 19 inc. 1 y 2.

promulgada en el mes de abril con la intención de eliminar todas las formas de violencia contra la mujer.

En su Art. 1 se encuentra delimitado el concepto de “violencia contra la mujer” especificando que la misma deberá entenderse como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.” Y en el Art. 2 avanza sobre el concepto, indicando que “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica (...) y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual”⁶⁴

A los fines de garantizar una vida libre de violencia, los deberes de los Estados partes son, entre otros, “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”, como también: “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”; y en el mismo sentido: “ establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”⁶⁵

Si bien los delitos sexuales contra menores no se circunscriben exclusivamente a víctimas niñas, siendo también los niños varones objeto de abusos sexuales en gran medida, los juristas eligieron mencionar la protección que garantiza la Convención de Belem do Pará en el caso en que la víctima es una niña o adolescente mujer, como parte de la función del Estado de asegurar que sea escuchada y se establezcan los mecanismos necesarios para que pueda acceder al procedimiento judicial.

c) Otras leyes pertinentes

Las tres Convenciones estudiadas son las que los jueces de las causas que sentaron precedente mencionaron y valoraron como esenciales a los fines de dilucidar el Derecho aplicable. No obstante, son también de aplicación esencial, en virtud de una interpretación integral, las *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas*

⁶⁴ Ley 24.632, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará" (1996) Capítulo I, Art. 1 y 2.

⁶⁵ Ley 24.632, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará" (1996) Capítulo III, Art. 7, inc. b), f) y g).

en condición de vulnerabilidad y la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos De Las Niñas, Niños y Adolescentes.

i. Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

Este conjunto de reglas se dictan en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en la ciudad de Brasilia en marzo del año 2008. La finalidad de estas reglas es la de

...garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.⁶⁶

En su Sección Segunda define quiénes son las personas en condición de vulnerabilidad, incluyéndo a quienes por razón de la “edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales” no se encuentran en condiciones de ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia⁶⁷. Siendo causales de vulnerabilidad, no sólo la minoría de edad de la persona, sino también la victimización y aclara:

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. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.⁶⁸

En virtud de esta visión de que la víctima de ciertos delitos se encuentra en condición de vulnerabilidad provocada los mismos perjuicios derivados de esta infracción penal que sufren es que las Leyes N° 26.705 y 27.206 ampliaron los términos de la

⁶⁶ 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Capítulo I, Sección 1°

⁶⁷ 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Capítulo I, Sección 2°

⁶⁸ 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Capítulo I, Sección 2° 5.

prescripción de la acción para los delitos sexuales en menores, en el entendimiento de que son vulnerables, no solo por su edad, durante la minoría de edad, sino también como víctimas de un delito de graves consecuencias traumáticas y se requiere el factor del transcurso del tiempo para que exista la posibilidad del acceso a la justicia que garantizan estas reglas. Es por ello que es esencial para asegurar el efectivo ejercicio de sus derechos que las víctimas puedan acceder al proceso judicial sin restricciones temporales.

ii. Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

La Ley N° 26.061 fue promulgada por el Congreso de la Nación en el mes de octubre del año 2005 y por medio de ella se busca proteger a los menores de edad del País y “garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos (*derechos*) reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”⁶⁹, en particular la Convención de los Derechos del Niño, que indica como de “aplicación obligatoria”, especialmente respecto a su “derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”⁷⁰

En el Artículo 3 de la ley se define el concepto de *Interés Superior del Niño* como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” y en su último párrafo dicta: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”⁷¹

Asimismo, en el Art. 5 impone la responsabilidad indelegable del Estado de “establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal” e indica que las mismas “deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, explicando posteriormente que “la prioridad absoluta implica: (...) 2.- 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”⁷²

⁶⁹ Ley N° 26.061, Título I, Art. 1

⁷⁰ Ley N° 26.061, Título I, Art. 2

⁷¹ Ley N° 26.061, Título I, Art. 3

⁷² Ley N° 26.061, Título I, Art. 5

A continuación, en el Título II se establecen todos los principios, derechos y garantías que rigen respecto de los menores, entre los que debemos resaltar el *Derecho a la dignidad y a la integridad personal* establecido por el Art. 9º y el *Principio De Efectividad* determinado en el Art. 29: “Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.”⁷³

Es así que esta Ley N° 26.061 cristaliza dentro del Derecho Interno Principios, Derechos y Garantías establecidos por el Derecho Internacional y recepta como propias las obligaciones impuestas al Estado en propender a la protección prioritaria de los menores de edad. Asimismo, impone explícitamente a la interpretación de las Leyes a hacerlo a través del principio del Interés Superior del Niño, ordenando la prevalencia de sus intereses y derechos por sobre otros.

d) Interés Superior del Niño

Continuando el análisis de los fundamentos vertidos por los juristas en las causas de referencia, que no sólo se apoyan en las Convenciones Internacionales, corresponde considerar el principio del Interés Superior del Niño.

Este principio está establecido desde 1990 en la Convención sobre los Derechos del Niño, que ya en su Art. 3, inc. 1) establece:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.⁷⁴

Y, como su propio nombre lo indica, establece que ante un conflicto, siempre primará lo más beneficioso para el niño. Dice María Angélica Gelli en sus comentarios de la Constitución Nacional:

El principio del interés superior del niño (...) –cuya aplicación jurisprudencial fue rectora para resolver los problemas referidos a menores de edad en las controversias dentro de las familias biológicas– exige ser preservado, también en otros conflictos que involucren a los menores. El criterio supone que por sobre los intereses legítimos de terceros,

⁷³ Ley N° 26.061, Título II, Art. 9 y 29

⁷⁴ Ley N° 23.849, Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 3, inc. 1)

incluso de los padres, debe prevalecer el interés que mejor convenga a los derechos de los niños. (2018, p. 292, 293)

El Derecho Interno recepcionó al principio del Interés Superior del Niño mediante la ya mencionada Ley N° 26.061 a través de la fórmula “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”⁷⁵

Es así que esta primacía del interés superior del niño colisiona con el principio de favorabilidad establecido por el Art. 2 del Código Penal, llevándonos a entender que este último no es absoluto y ante la duda respecto de aplicación de la ley, primero deben tenerse en cuenta los intereses del menor víctima que prevalecerán por sobre los intereses del imputado.

Dice Romero Villanueva respecto de los delitos perpetrados contra niños víctimas:

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, 2016, p. 153 y 154)

En conclusión, podemos decir que ambos fallos analizados, la causa “Altamirano” y la causa “Ilarráz” dieron pie a una interpretación jurídica legitimada por las Convenciones Internacionales que dieron basamento a un nuevo principio del derecho como lo es el Interés Superior del Niño.

Estos fallos permitieron afianzar en el Derecho Penal una nueva mirada respecto del principio de legalidad y el de favorabilidad, dando lugar a la víctima como parte esencial del proceso, teniendo en cuenta su particular vulnerabilidad y sus posibilidades de acceso a la justicia por sobre la defensa acérrima de los Derechos del imputado frente al Estado en concordancia con lo impuesto por el Derecho Internacional.

⁷⁵ Ley N° 26.061, Título I, Art. 3

CONCLUSIONES

El objetivo principal de esta investigación es demostrar la legitimidad de la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.206, ello teniendo en cuenta la especial característica de los delitos contra la integridad sexual en menores, de acuerdo a los principios jurídicos fundamentales que rigen el Derecho Penal en el ordenamiento jurídico argentino y en el orden convencional.

Se planteó entonces si la decisión de los tribunales que confirmaron la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.206 se encontraba fundada en el marco de la Ley o si respondía a necesidades y reclamos sociales a nivel internacional ya que dicha decisión es claramente opuesta a lo dispuesto por los principios fundamentales del Derecho Penal como el de Legalidad, Prohibición de la aplicación retroactiva de la Ley Penal y el de Favorabilidad.

Luego de concluida la labor estamos en condiciones de afirmar que se ha confirmado la hipótesis planteada. No obstante haber descubierto que los fallos estudiados no sólo se apoyan en lo dispuesto por el Derecho Internacional, sino también en el Derecho Interno existiendo una excepción a la aplicación absoluta de los principios del derecho mencionados: el Principio del Interés Superior del Niño establecido por la Ley.

A tal conclusión llegamos mediante el estudio del instituto de la prescripción por el que pudimos establecer que éste es un dispositivo dispuesto a los fines de evitar arbitrariedades frente a los perseguidos por el Estado, pero no es un instituto de aplicación absoluta, ya que existen excepciones en su aplicación como lo es respecto de los delitos de *lesa humanidad*, declarados imprescriptibles. Lo cual nos llevó a analizar el fallo “Arancibia Clavel” por medio del cual la CSJN cambió el criterio mantenido y aplicó retroactivamente la Ley en virtud de los compromisos asumidos al ratificar la Argentina la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, y en aplicación de la jurisprudencia de la CIDH.

Ello demuestra que ya existe en la jurisprudencia de la CSJN un precedente de excepción del principio de Legalidad y al de irretroactividad de la Ley penal, como también al principio de favorabilidad en pos del cumplimiento de compromisos asumidos ante la comunidad internacional.

De ello deriva que la seguridad jurídica sólo se encuentra protegida al fallar los jueces de las causas “Altamirano” e “Ilarráz” en idéntica forma a la Corte Suprema, en vistas de la aplicación de la jurisprudencia de la CIDH por los tratados suscriptos con anterioridad y que motivaron las posteriores reformas del Código Penal. Por lo que podemos afirmar que la confirmación de la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.206 no adolece de arbitrariedad, resultando una respuesta previsible de los tribunales

Podemos afirmar también que ambos fallos analizados dieron pie a una interpretación jurídica legitimada por la jurisprudencia de la CIDH, supeditando el principio de legalidad no sólo al Derecho interno, sino también a lo dispuesto por las Convenciones Internacionales suscriptas por el Estado y por los compromisos asumidos en ellas. Concluyendo así que la *ley escrita* que requiere la legalidad puede provenir de tratados de jerarquía constitucional, por lo que la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.206, no sólo es legítima, sino también legal –contrario a lo que se suponía al comienzo de esta investigación–.

Comprobamos también que esas Convenciones Internacionales dieron sustento a un nuevo principio del derecho como lo es el Interés Superior del Niño. Este principio fue adoptado por el Derecho Interno, que lo afianzó mediante la Ley N° 26.061 otorgándole la supremacía indiscutible ante otros intereses legítimos. Ello demuestra que el orden de prelación de los principios fundamentales del derecho sí se encuentra contemplado dentro del plexo normativo interno y no sólo responde a lo impuesto por el Derecho Internacional.

Los fallos estudiados refuerzan en el Derecho Penal una nueva mirada respecto de la aplicación del principio de favorabilidad: al haberse dado lugar a la víctima como parte esencial del proceso, y al tratarse de delitos cometidos contra menores de edad, el imputado se encuentra desplazado como parte más débil en el proceso frente al poder punitivo del Estado, por otra con aún más desventaja. Al incluirse el principio del Interés Superior del Niño, y encontrándose en el proceso penal una víctima aún más vulnerable y con más dificultades de acceso a la justicia que el imputado, el principio de favorabilidad se desplaza desde *reo* hacia el *infante*, por lo que podría afirmarse que existe un nuevo principio fundamental en el Derecho Penal de favorabilidad hacia el menor de edad.

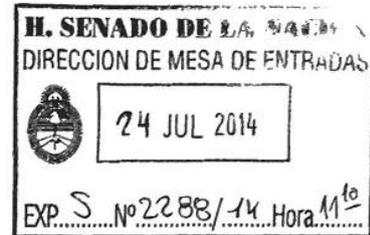
Es importante destacar que las víctimas que instan la acción en el marco de la Ley N° 27.206 no son ya menores de edad: son adultos que reclaman justicia en representación del niño que fueron en el pasado: son mayores de edad que lograron quebrantar esa “Ley del

Silencio” y la vulnerabilidad en que los sumió el mismo perpetrador del abuso que los convirtió en víctimas y que logran un acceso tardío a la justicia por no tener durante su infancia un marco legal e institucional que contemple su interés superior, ese que el Estado se comprometió ante las naciones a proteger. Silenciados primero por quienes los hicieron objeto de su perversión y después por un sistema que ponía fuera de su alcance las vías de acceso, encontraron, en su tránsito a la adultez, la manera de romper ese silencio y hacer escuchar su pretensión de justicia. Es así que con la “Ley Piazza” se reconoció una situación preexistente y la “Ley Kunath” perfeccionó el entendimiento de esa realidad en que prima el Interés Superior del Niño, en pos de un resarcimiento y reivindicación de los derechos y garantías conculcados.

Es por todo ello que estamos en condiciones de sostener que este estudio no sólo confirmó que la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.206 *de Respeto a los Tiempos de las Víctimas* es legítima por responder a las exigencias del Derecho Internacional, sino también podemos afirmar que es legal, al responder al orden de prelación de los principios fundamentales del Derecho establecido en nuestro cuerpo normativo por medio de inclusión del Principio del Interés Superior del Niño en el Derecho Interno.

ANEXO I

PROYECTO DE LEY S-2288/14



Proyecto de ley

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina,...

ARTICULO 1. — Incorpórese como último párrafo del artículo 20 bis de la Ley 11.179, Código Penal, el siguiente:

"En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, y 130 —párrafos segundo y tercero— del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión."

ARTICULO 2. — Incorpórese como artículo 62 bis a la Ley 11.179, Código Penal, el siguiente:

"Art. 62 bis.- En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, y 130 —párrafos segundo y tercero— del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la acción será imprescriptible.

ARTICULO 3. — Suprímase el segundo y tercer párrafo del artículo 63 de la Ley 11.179, Código Penal.

ARTICULO 4. — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.



SIGRID E. KUNATH
SENADORA NACIONAL

Senado de la Nación



FUNDAMENTOS

Sr. Presidente:

Me dirijo a Usted para someter a su consideración un Proyecto de Ley que tiene como objetivo la modificación del Código Penal estableciendo la imprescriptibilidad de la acción penal en delitos contra la integridad sexual que hubieran tenido como víctimas a menores de edad.

Asimismo, se propone la inhabilitación especial perpetua cuando el autor de estos ilícitos se hubiera valido de su cargo, profesión o derecho para la comisión.

Debo reconocer los esfuerzos que este Congreso ha hecho para sancionar la Ley 26.705 por la que se modificó el plazo de prescripción de la acción penal estableciendo que la misma comienza a correr luego de adquirida la mayoría de edad, y que ha resultado un gran avance en materia de tutela de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, pero entiendo que la realidad nuevamente nos impone un cambio. Una nueva discusión. Tal como lo han entendido autores de proyectos que plantean por caso la imprescriptibilidad de la acción penal ante delitos contra la integridad sexual sin diferenciar edad de las víctimas.

He observado que aún luego de entrada en vigencia la modificación del art. 63 del Código Penal han quedado casos sin investigar ya que la acción se encontraba legalmente prescripta, y otras veces se ha iniciado un largo camino en las distintas instancias del Poder Judicial para determinar si era posible incoar la acción o no.

Para despejar toda duda, es necesario examinar cuál es la finalidad de la prescripción y de esa manera sabremos si sigue cumpliendo su objetivo frente a casos como el que aborda este Proyecto.

El instituto resulta de vital utilidad en materia jurídica, destacándose entre sus principales argumentos el de las dificultades probatorias que suceden con el paso del tiempo; la necesidad de fortalecer la seguridad jurídica; la eliminación del estado de incertidumbre en las relaciones jurídico penales entre el Estado y el delincuente; la posible reinserción social que haría desaparecer la necesidad de represión; y también que el paso de un prolongado periodo de tiempo, hace cesar el daño social, lo que torna inútil la reparación penal; entre otras.

No obstante, los casos de delitos contra la integridad sexual en los que las víctimas son menores de edad presentan particularidades propias que resultan incompatibles con los principios generales de la prescripción en materia penal.



Senado de la Nación

Así, no es difícil encontrar casos en que hechos de esta naturaleza quedan impunes por encontrarse la acción penal prescripta en el momento en que se solicita la tutela judicial, más aun cuando nos encontramos con casos de abusos que se llevan a cabo dentro de instituciones y por personas que, estando habilitadas para sus funciones de educación o guarda, someten y aousan sistemáticamente de niños y niñas.

Quiero citar un caso que tiene gran repercusión en mi provincia y que recientemente ha sido resuelto por la Cámara Primera en lo Criminal de Paraná. Es la causa "Irraz, Justo José s/Promoción a la corrupción agravada", cuyos hechos ocurrieron al momento en que el imputado se desempeñaba como miembro del cuerpo docente (Prefecto de Disciplina) del establecimiento educativo Instituto Secundario Seminario Arquidiocesano de Paraná.

Cabe destacar que la redacción actual del Código Penal le otorgó a Justo José Irraz la posibilidad de utilizar como planteo de la defensa el instituto de la prescripción para intentar tornar ineficaz la pretensión punitiva del Estado, estando acusado de haber cometido hechos aberrantes e inadmisibles.

Ahora bien, luego de una apropiada y pertinente interpretación del plexo normativo, la Cámara consideró que la acción no se encontraba proscriba basando su análisis y resolviendo esta instancia del caso a la luz de otros parámetros especiales, es decir, articulando los preceptos del Código Penal con normas internacionales de índole convencional de respeto a los Derechos Humanos consagradas por nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22.

Entre la fuente normativa se destaca la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) aprobada por Ley 23.054, que en su artículo 8 punto 1 declara el Derecho de acceso a la justicia, cuya principal manifestación radica en el deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes a juicio sin restricciones irrazonables. Cabe destacar que en numerosos precedentes jurisprudenciales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado la doctrina de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 25 del mencionado instrumento, cuyos conceptos se ven reforzados por las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad".

Asimismo, considero, al igual que la Cámara de Paraná, que la Convención Internacional de los Derechos del Niño ratificada por Ley 23.849, la cual establece el interés superior del niño (Art. 3) se vería vulnerada, en cuanto los Estados deben respetar los derechos allí consagrados y asegurar su aplicación a cada niño sin distinción alguna (Art. 2), debiendo adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso, incluido el sexual (Art.



Senado de la Nación

Cuando hablamos de abuso de menores estamos refiriéndonos a casos que, desde mi punto de vista, son asimilables a la tortura, y peor aún es cuando estas aberraciones se dan en el seno de una institución, en donde personas encargadas de su educación y guarda abusan de su posición, se aprovechan de la inocencia y confianza generada en el niño y le generan consecuencias sumamente destructivas para la estructuración de su personalidad. Consecuencias que es muy difícil dimensionar. Que deben hacernos reflexionar una vez más sobre la gravedad de estos delitos.

Estos delitos generan la mayoría de las veces traumas irreparables que, casi siempre, conllevan al silencio de la víctima. No resulta acertado que en materia penal no se tenga un completo entendimiento de los diferentes afecciones que una víctima de este tipo de delitos puede padecer. La exposición a un acontecimiento estresante extremadamente traumático como los son las diversas manifestaciones de abuso sexual, normalmente trae aparejada síntomas de depresión postraumática, por el cual se opta por el silencio o el olvido.

En muchos de los casos suele suceder lo que se denomina "descubrimiento tardío o retardado", entendido éste como una dilación considerable para poder manifestar lo ocurrido.

Este tipo de fenómeno se presenta fundamentalmente en niños y niñas abusadas, quienes habitualmente desarrollan mecanismos para bloquear su memoria por prolongados periodos de tiempo. Por ello, debe tenerse en cuenta que estos ilícitos raras veces son denunciados en forma inmediata, con las consecuencias procesales que ello ocasiona.

Es importante señalar que desde el momento en que ocurre un abuso sexual el menor podrá atravesar por diferentes etapas. Así, siguiendo lo que muchos especialistas explican, en los niños y niñas puede producirse una disociación por medio de la cual mantienen las experiencias traumáticas totalmente separadas del resto de sus vivencias cotidianas. El menor víctima al no poder impedir el abuso termina por aceptarlo.

Transcurrido un lapso de tiempo, en determinadas ocasiones muy prolongada, puede ocurrir que llegue a recordar sucesos que tenía borrados pero guardados en su inconciencia, lo que se denomina "Revelación Tardía".

Generalmente luego de recibir tratamiento terapéutico logran desahogarse y sale a luz lo sucedido. Es éste el momento en que la víctima estará en condiciones de instar la persecución ante la justicia penal, habilitando así su investigación, juzgamiento y castigo.

En tal sentido, es imperioso tener en cuenta las secuelas producidas en niños, niñas, y adolescentes víctimas de esta clase de hechos. Muchas personas



Senado de la Nación

que han sufrido abusos sexuales no advierten la posible relación entre los síntomas o estrés post traumático que presentan y el abuso sexual sufrido cuando eran niñas. La mayoría ni siquiera recuerda qué les ocurrió y otros lo hacen de manera muy vaga e imprecisa.

Frente a la existencia de estos delitos, cuya denuncia, judicialización y abordaje son difíciles por las delicadísimas implicancias y por la vulneración de derechos que conllevan, es necesario garantizar la posibilidad de investigación y juzgamiento. Enfrentando que la mayoría de estos delitos quedan impunes por ser este tema parte de un tabú, que a falta de comprensión de la familia, la sociedad y por sobre todo del sistema judicial, quienes muchas veces culpan a la víctima y encubren o excusan al abusador, hacen que la persona no denuncie el acto, convirtiendo el abuso en un secreto.

El objeto de este Proyecto de Ley no es distinto a lo que otras legislaciones es aplican sobre el particular. En países como Suiza e Inglaterra la acción penal en los delitos de abuso sexual infantil resulta imprescriptible. Del mismo modo ocurre en 21 estados de los Estados Unidos.

En América Latina el Estado mexicano de Oaxaca ha sido el primero en declarar la imprescriptibilidad en el año 2010. Dentro de su catálogo de delitos sexuales se contempla la corrupción de menores, pornografía infantil, hostigamiento y violación. En idéntico sentido se pronunció el Congreso del Estado de Chihuahua un año más tarde. Por su parte, en Chile y Perú se han presentado proyectos con el mismo objetivo.

Finalmente quiero agregar como reflexión que si la prescripción opera como una necesidad de fortalecer la seguridad jurídica, ésta nunca se reforzará si no se investiga un presunto hecho en el que una persona es sospechada de cometer un crimen aberrante contra niños y niñas que se encuentran bajo su cuidado y amparo, lo cual puede llevar no sólo a la más absoluta falta de justicia e impunidad sino que también puede llevar a que siga cometiéndolos porque podría aún seguir en ejercicio de sus funciones. Es moralmente inaceptable que un delito de esta índole pueda prescribir cuando no ha habido posibilidades reales de juzgarlo.

Considero que la imprescriptibilidad propuesta en este Proyecto de Ley supera el escollo de la dificultad para juzgar los hechos y asegura que los juicios puedan realizarse a medida que se van superando las condiciones sociales y políticas que impedian su avance. Igualmente, la propuesta de inhabilitación especial perpetua, para cuando se prueba que una persona ha cometido el delito valiéndose de su cargo o función, permite evitar que una persona condenada por un hecho de estas características pueda volver a formar parte de un ámbito en donde debe reinar la más absoluta confianza y calidez para permitir el correcto desarrollo de los niños y niñas.

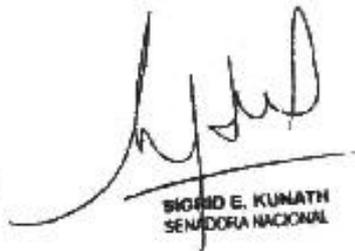
Personalmente creo que debemos comenzar a discutir si es válido que se siga dando un mismo tratamiento procesal utilizando idénticas metodologías



Senado de la Nación

en un robo, en un delito que implique violencia de género o en un abuso sexual, sin tener en cuenta las consecuencias subjetivas que cada delito desencadena en las víctimas. Por más violencia que haya existido en el tipo penal mencionado en primer término, nunca recibe los efectos devastadores en el aparato psíquico que causan años de abuso, más aun si éste tuvo su origen en el seno familiar o por personas conocidas por el meritor que gozan de gran estima en el círculo que lo rodea.

Por todo los fundamentos hasta aquí expuestos solicito a mis pares me acompañen en la aprobación de este Proyecto de Ley.



SIGRID E. KUNATH
SENADORA NACIONAL

ANEXO II
CAMPAÑA PUBLICITARIA⁷⁶



NUNCA ES TARDE. HABLÁ
SI FUISTE ABUSADA/O
EN LA INFANCIA, ES UN DELITO

**NO IMPORTA LA EDAD
ROMPE EL SILENCIO**
AHORA PODÉS DENUNCIAR
LEY 27.206

¿Dónde pedir ayuda?
Programa de Asistencia a las víctimas de
Violencia Familiar (López y Planes 157) |
Línea Gratuita 102 | Línea Gratuita 137
(24 hs.)
Dirección de la Mujer (Santa María de Oro
219 - Tel. 0362 4452633/137 Las 24 hs) |
Defensa de la Democracia y el Ciudadano
(4° Piso Casa de Gobierno-Marcelo T. De
Alvear 145) | Juzgado del Menor y La Fa-
milia de 8:00 a 17:00- Área Legal (Av. Las
Heras 320 - 03624-452767/452362) Lunes a
viernes | | Juzgado del Menor y la Familia
N° 1 French 166 3° Piso Tel.03624-453898
Juzgado del Menor y la Familia N° 2
French 166 2° Piso - Tel. 03624-453897 |
Juzgado del Menor y la Familia N° 5 y 6
French 166. | Hospital Pediátrico Dr. Avelino
Lorenzetti Castellan- Área Salud (Juan B.
Justo 1136/ 24 hs)

Fotografía: Paolo Saville
Diseño: Facundo Ofner Ferreras

ORGANIZADO POR
SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y DEL CIUDADANO
SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y DEL CIUDADANO
SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y DEL CIUDADANO
SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y DEL CIUDADANO
SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y DEL CIUDADANO



⁷⁶ Muestra Fotográfica “Nunca es tarde: Hablá”. (09 de septiembre de 2016) *Diario Chaco*. Recuperado de:
<http://www.diariochaco.com/noticia/muestra-fotografica-nunca-es-tarde-habla>

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Aboso, G. E. (2017). *Código Penal de la República Argentina* (4a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: B de F.
- Alonso Reguerira, E. M. (2013). *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* (1a ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Aftalión, E. R.; Raffo, J. y Villanova, J. (2009) *Introducción al Derecho* (5a ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Cafferata Nores, J.I; Tarditti, A. y Arocena, G. A. (2003). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado* (1a ed.) Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Cohen Imach, S. (2017). *Abusos sexuales y traumas en la infancia: Notas de la clínica y la evaluación* (1a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf>
- Creus, C. (2017). *Derecho penal: Parte general*. (5a ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. (5ta ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Gometz, G. (2015) Grados y dimensiones de la certeza jurídica. En Cruz Moratones, C.; Fernández Blanco, C. y Ferrer Beltrán, J (Eds.) *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (p. 29-48) Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Martín, V. (2017). *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas* (1a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: B de F.
- Guastini, R (2015) Problemas de conocimiento del derecho vigente. En Cruz Moratones, C.; Fernández Blanco, C. y Ferrer Beltrán, J (Eds.) *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (p. 19-29) Madrid: Marcial Pons.
- Hairabedián, M. y Zurueta, F. (2017) *La prescripción en el proceso penal* (3a ed. Ampliada). Córdoba: Editorial Mediterránea
- Jauchen, E. M. (2014) *Derechos del Imputado* (1a ed.). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

- Larsen, P. (2015) Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41672.pdf>
- Llera, C. E. (2015). “Doctrina del día: la ley procesal más benigna. A propósito del Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley 27.063”. AR/DOC/272/2015. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2015/06/doctrina-del-dia-la-ley-procesal-mas-benigna-a-proposito-del-codigo-procesal-penal-de-la-nacion-aprobado-por-la-ley-27-063-autor-carlos-enrique-llera/>
- Manili, P. L. (2017). *El bloque de constitucionalidad. La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno* (2ª ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Molero, M. A y Trossero, N. S. (2011). *La prescripción de la Acción Penal* (1ª ed.). Resistencia: Contexto Libros.
- Romero Villanueva, H (2015). *Código Penal de la Nación y legislación complementaria anotados con jurisprudencia* (1ª ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Romero Villanueva, H. (2016). *La prescripción penal* (2ª ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rozanski, C. (2003). *Abuso sexual infantil ¿Denunciar o silenciar?* (1a ed.) Buenos Aires: Ediciones B
- UNICEF. *Acceso a la justicia de niños y niñas*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina27667.pdf>
- Zaffaroni, E.R. *Manual de Derecho Penal: parte general* (2º ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar (2017)
- Zurzolo Suárez, S. (2011) “Prescripción de la acción y plazo razonable del proceso penal”. DACF110058. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/santiago-zurzolo-suarez-prescripcion-accion-plazo-razonable-proceso-penal-dacf110058-2011-08-11/123456789-0abc-defg8500-11fcanirtcod>

Legislación

- 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad aprobada en la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en marzo de 2008.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará).
- Estatuto Del Tribunal Militar Internacional De Núremberg. Año 1945.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Año 1998.
- Ley N° 11.179. Código Penal de la Nación Argentina.
- Ley 23.054, Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica. (1984)
- Ley N° 23.849, Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley N° 23.984, Código Procesal Penal de la Nación.
- Ley N° 24.430, Constitución de la Nación Argentina.
- Ley 24.632, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará" (1996)
- Ley 24.820, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Año 1997
- Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos De Las Niñas, Niños y Adolescentes (2005)
- Ley N° 26.705, Ley Piazza.
- Ley N° 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Ley N° 27.206. Ley de respeto a los tiempos de las víctimas. (Ley Kunath).
- Ley N° 23.984, Código Procesal Penal de la Nación Argentina.
- Proyecto de Ley S-3724/10. Senado de la Nación, Secretaria Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones. Recuperado de: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3724.10/S/PL>
- Proyecto de Ley S-2288/14. Senado de la Nación, Secretaria Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones. Recuperado de: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2288.14/S/PL>
- Jornadas Debate https://www.youtube.com/watch?v=FTL90_wcfTQ

Jurisprudencia

- C.C.P. de Paraná, Sala 1 "ILARRAZ, JUSTO JOSE s-Promoción a la corrupción agravada - Incid. de extinción por prescripción s/RECURSO DE CASACION". Expte.N°99/14. Resolución N° 128 (2014).

- C.F.C.P. Sala 4 “Altamirano, Jorge s/Recurso de Casación”, CCC 191/2012/CFC1. Sentencia Nro. 310/16.4 (2016). Recuperado en fecha 07/07/2017 de: www.cij.gov.ar/d/doc-13758.pdf
- CNA Crim. y Corr. Sala 5 “B., J. M. s/ Prescripción”, CCC 12490/2015 (2016). Recuperado en fecha 07/07/2017 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/fallos44123.pdf>
- C.S.J.N, “Arancibia Clavel” Fallos 327:3312 (2004)

Bibliografía metodológica

- Fucito, F (2013) *Tesis, tesinas y otros trabajos jurídicos* (1a ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Yuni, J A y Urbano, C. A. (2014) *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación* (1a ed.). Córdoba: Ed. Brujas.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	GESLING, ERICA VANESA
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	28.397.918
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Argumentos jurídicos en torno a la legitimidad de la aplicación retroactiva de la Ley Nro. 27.206
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	ericagesling@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)[1]</i>	Si
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma del Autor - Tesista

Aclaración del Autor - Tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado