



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

**“VG – K. G. PSA ABUSO SEXUAL S/ IMPUGNACIÓN” Expte.
Nro. **/2023 CPPM – Carpeta **** OFIJU**

En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil veinticuatro, se reunieron en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal, Dres. Rafael LUCHELLI, Flavia Fabiana TRINCHERI y Carina ESTEFANÍA -Juez de Cámara Subrogante designada por Acuerdo N° 878/24 de la Sala Penal-, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **“VG - K.G. PSA ABUSO SEXUAL S/ IMPUGNACIÓN” Expte. Nro. **/2023 CPPM – Carpeta 9710 OFIJU**, seguidos contra K.G.A., DNI *****, nacido el día 12/06/1985 en Pico Truncado Provincia de Santa Cruz, domiciliado en xxxxx N° xxxxx de la ciudad de Bariloche, provincia de Río Negro. Ello, en virtud del tratamiento de la impugnación ordinaria planteada por el Dr. Fabián GABALACHIS, Defensor Particular, contra la resolución suscripta por la Dra. Marcela PÉREZ BOGADO en fecha 10 de Julio de 2023, registrada bajo el número 2445/2023 OFIJU (fs. 35/38) – la que en su parte resolutive dispuso que integraría la impugnación ordinaria conforme el resultado del juicio, art. 305 del CPP-. En aquella, la Magistrada resolvió NO HACER LUGAR A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN NI AL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO del Sr. G.K - arts. 285 inc. 5 contrario sensu, 294 del CPPCH y 67 del CP.-

Intervinieron por la acusación, las Sras. Fiscales Generales Dras. María Angélica Cárcano y Romina Carrizo Díaz, participando en audiencia ante esta Cámara en lo Penal el Sr. Fiscal Jefe Dr. Alex Williams; mientras que la defensa técnica del Sr. G.A.K fue representada por el Dr. Fabián Gabalachis, Defensor Particular.

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCHELLI, Dra. Carina ESTEFANÍA y Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI.

Los agravios traídos por la Defensa y su contestación por parte de la Fiscalía son los siguientes:

En su libelo impugnatorio el Dr. Gabalachis afirma que la prescripción es un instituto de orden público y por lo tanto debe ser declarada de oficio por el Tribunal en caso de ser advertida. Cita jurisprudencia de la CSJN –“Dillon”, “Rodríguez”, etc.

Señala que debe analizarse a la luz del art. 2 del Código Penal, qué norma es aplicable al momento de los hechos, alegando que claramente no lo son las leyes 26.705 y 27.206; descartando además que en el decisorio que impugna se haya denunciado alguna otra causal de interrupción o suspensión de plazo previsto por el art. 62 del Código Penal.

Crítica la postura de la Fiscalía y de la Jueza, quienes han fundado la aplicación de la ley 27.206 en el caso, conforme las Convenciones de Belem do Pará y de los Derechos del Niño y en resguardo de los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la materia, quienes paralelamente omitieron valorar que en el plexo constitucional y convencional surge expresamente el instituto de la ley penal más benigna –Art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica y 15 del PIDCyP-.

Por último, refuerza sus argumentos haciendo cita de precedentes de la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia local -Exptes. 100.294 “N.C.A denuncia abuso sexual” y 100.286 “A.A.S s/denuncia Abuso sexual”-, en los que, a su criterio, se evidencia la doctrina legal vigente sobre el asunto.

Finaliza, reconociendo que el instituto de la prescripción cede ante casos de graves violaciones a los derechos humanos, como los delitos de lesa humanidad; no obstante, no se encuentran comprendidos en ellos los delitos sexuales.

Hace reserva del Caso Federal.

Por su parte las Sra. Fiscales María Angélica Cárcano, y Romina Carrizo Díaz exponen que se opusieron a la postulación defensiva por varios motivos. En principio



porque era claramente dilatorio y extemporáneo, pues, entienden, que debió formularse conforme al Art. 54 inc. 3 CPP –como excepción- en la oportunidad que señala el Art. 294 del mismo cuerpo normativo.

En tal sentido, entienden las Acusadoras que se transitó todo el proceso dentro de los plazos razonables y legales; el 15 de octubre 2021 se efectivizó la apertura de la investigación, participando siempre la misma defensa, sin efectuar ninguna oposición, estando presente, además, la Asesoría –pues la niña era menor de edad en ese momento-.

Indican que el día 6 de abril del año 2022 se llevó a cabo una cámara Gesell, donde la niña declaró, efectuándole preguntas las Partes a fin de sustentar sus teorías; que el 27 de abril del año 2022 ampliaron el objeto procesal, y la defensa no se opuso; y que, finalmente, ese MPF formuló cargos contra el Sr. K., resaltando que la defensa no contrarió la plataforma fáctica, ni las evidencias ofrecidas, y que además adhirió a sus pruebas.

Sostienen que el defensor soslaya las leyes vigentes en el año 2015 junto a la edad de la víctima –quien aún menor de edad-, entendiendo que es de aplicación el Art. 67 del CP, el cual había sido recientemente modificado e incorporaba la suspensión de prescripción de la acción mientras la víctima fuera menor de edad y hasta tanto formule la denuncia por si o ratifique la de sus representantes –contando ya con la mayoría de edad-; en base a lo que concluyen las Fiscales que no hay fundamento legal para hacer lugar al pedido instado por la defensa.

Agregan que, si se remontan al año 2011, los hechos se estaban cometiendo y es en ese entonces que se modifica el cómputo de los plazos mediante la conocida Ley Piazza, razón por la que tampoco podría tener acogida favorable lo postulado por la tesis defensiva.

Finalmente, refieren que son de aplicación la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención del Niño, incorporadas por la reforma constitucional efectuada en el año 1994, de las que se colige la garantía a la tutela judicial de la víctima y el interés Superior del Niño, destacando su operatividad y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino; y que al apartarse de ellas se estaría desprotegiendo un sector doblemente vulnerable –por ser mujer y menor de edad-.

Posteriormente se refieren al acuerdo de juicio abreviado, que fue homologado, y por el que el Sr. K. resultó condenado; sanción que se encuentra firme y que el encausado ya está cumpliendo; concluyendo que Magistrada dio razones suficientes en su decisorio, el que resulta motivado conforme los términos de los Arts. 169 de la Const. Prov. y 25 del CPP; por lo que solicitan se rechace la impugnación interpuesta por la defensa y se confirme la resolución atacada en todos sus términos.

Efectuada la audiencia que prescribe el Art. 385 del CPP, las Partes alegaron conforme los lineamientos seguidos en sus escritos de impugnación y contestación respectivamente, los que se encuentran detallados en la respectiva Acta y audio de grabación.

La plataforma fáctica traída por la fiscalía en la siguiente: *“Entre los años 2008 y 2015, K.G. realizó tocamientos inadecuados en las partes íntimas de A.S., concretamente pechos, cola y zona vaginal, aprovechando la amistad que tenía con la madre de la menor, E.E.C.. Específicamente los hechos sucedían en reuniones sociales, asados que se realizaban en la casa de H.V., sito en calle X N° XXX, valiéndose de la situación cuando la menor estaba sola. Asimismo en la propia casa de la Sra. C. ubicada en calle xxxxx N° xxxxx, en ocasión de encontrarse sentados en la mesa, tocándola por .debajo de la mesa, y en el quicho de la abuela de la niña, casa de la Sra. R. M. C., sita en calle xxxxx N° xxxxx, donde siendo vísperas de Reyes*



entre los 9 o 10 años de la niña, el mencionado la encerró en el baño y la manoseó en sus partes pudendas, siendo la última vez que sucedieron los hechos relatados a los 11 años de A.S. en la xxxxx, fuera del aula magna.-”.

Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV N° 9, antes N° 5478).

El Juez Rafael LUCHELLI dijo:

Omitiré realizar una descripción de los agravios vertidos en la presente impugnación, en atención a la detallada relación de los mismos efectuada al inicio de la presente, a cuyos términos me remitiré en su integridad.-

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (Art. 374 del C.P.P.) deducida por el Defensor del imputado G.A.K, Dr. Fabián GABALACHIS, contra la resolución registrada bajo el número 2445/2023, de fecha 10 de julio de 2023, que integra –conforme su parte resolutive-, la posterior sentencia de fecha 7 de agosto de 2023 –con registro Nro. 2669/2023-, en la que la Magistrada Marcela Pérez Bogado deniega el sobreseimiento por prescripción de la acción penal solicitado por la Defensa, conforme lo dispuesto por el inc. 5 del Art. 285 del CPP.-

En la audiencia a tenor del Art. 385 del C.P.P. el Dr. Fabián GABALACHIS ratifica su escrito recursivo, haciendo lo propio el Sr. Fiscal Jefe Dr. Alex Williams como titular de la acción pública.-

El epicentro del recurso gira en torno a que, conforme el escrutinio efectuado por el prestigioso Defensor, la acción penal se encontraría prescripta - Art. 62 del CP-. Arriba a esta conclusión en base a que el hecho enrostrado al Sr. K. habría ocurrido entre los años 2008 y 2015; sumado a que la víctima nació el 23/04/2004 y, en

atención a la calificación legal escogida –abuso sexual simple, en su modalidad de delito continuado –Arts. 119 primer párrafo, y 55 del CP-, que establece una pena máxima de cuatro años, la acción penal habría fenecido en el año 2019.-

Explica el recurrente que, haciéndose operativo el principio de la ley penal más benigna, no serían de aplicación las leyes 26.705 y 27.206 –modificatorias del instituto de la prescripción de la acción penal en casos como el sustanciado en el presente-, sino, que es la redacción del Art. 63 del CP -vigente desde 1984- la que debe imperar a fin de contabilizar el plazo; apuntalando sus postulados en un antecedente jurisprudencial de la CSJN que habría resuelto sobre el tópico –caso Granillo Ocampo-.

Refiere el Dr. Gabalachis que estos fueron los argumentos presentados a la Jueza Dra. Pérez Bogado –reeditándolos en esta instancia- de manera previa al inicio del debate, con el consecuente pedido de sobreseimiento, solicitud rechazada por la *a quo*. Sostuvo en su resolutorio la sentenciante que el planteo fue extemporáneo y que, por tratarse de un delito de índole sexual contra una niña menor de edad, resultan aplicables los instrumentos internacionales que rigen la materia –Belem do Pará y Convención Internacional de Derechos del niño-.

Por su parte, la fiscalía, resiste el embate postulado –en la etapa previa y en la presente recursiva- bajo el entendimiento de que el planteo resulta extemporáneo, además que sería de aplicación la ley vigente al momento de cesar el hecho, esto es, en el año 2015, por lo que no se encontraría fenecida la acción penal.

Repasados los antecedentes de la presente Carpeta, surge que en fecha 10 de julio de 2023 la Jueza Pérez Bogado resolvió el planteo impetrado por el Sr. Defensor, respecto a la solicitud de sobreseimiento del imputado en base al Art. 285 inc. 5 del CPP, procediendo a su rechazo. Refiere la Magistrada que el planteo fue sorpresivo para la Fiscalía, encontrándolo además extemporáneo y dilatorio, pues, tuvo la



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

“VG – K. G. PSA ABUSO SEXUAL S/ IMPUGNACIÓN” Expte.
Nro. **/2023 CPPM – Carpeta **** OFIJU

oportunidad de ventilarlo en la audiencia preliminar, y no lo hizo. Asimismo, y compartiendo con lo expresado por la fiscalía, indica que resulta de aplicación el art. 67 del CP, el que rige “...*en los hechos ocurridos durante la niñez de la víctima, y que este plazo se suspende hasta que adquiriera la mayoría de edad y radique la denuncia. Ya que esta es la interpretación acorde con la perspectiva de género, aplicada transversalmente, en la interpretación de las normas penales*”, explayándose al respecto. Finalmente, y luego de no hacer lugar a la excepción de la falta de acción por su prescripción y el consecuente sobreseimiento, en el apartado 3 resuelve “*La impugnación de la presente, de ser necesaria, formará parte de la impugnación ordinaria conforme el resultado del Juicio, Art. 305 del CPPCH.*”

A continuación, las Partes presentan un Acuerdo de Juicio Abreviado, en los términos del Art. 355 del CPP, que da origen a la sentencia Nro. 2669/2023 en la que se condena al imputado a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas del proceso, por encontrarlo autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, en carácter de autor y en la modalidad de delito continuado –Arts. 119 primer párrafo, 55 y 45 del CP-, por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn, entre los años 2009 y 2015.-

A continuación, presenta el Defensor el recurso ordinario contra la sentencia primeramente mencionada –que origina un Recurso de queja que se admite, ante la declaración de no admisibilidad de la impugnación por parte de la sentenciante- dando paso a la intervención de esta Cámara en lo Penal.

Luego de haber escuchado en audiencia –conforme lo dispuesto por el Art. 385 del CPP- las postulaciones de las Partes, quienes siguieron sus lineamientos expresados en sus libelos -recursivo y de responde-, paso a resolver la cuestión planteada conforme la manda constitucional.

En primer término, adelanto que juzgo que le asiste razón a la Sra. Magistrada en cuanto resuelve que en el presente caso la acción penal no se encuentra extinta, solución a la que arribo por un camino disímil al recorrido por sentenciante. Explico.

Tal como surge de los agravios postulados por el Sr. Defensor, se presenta una cuestión de “*ley intermedia*”, puesto que, a lo largo del hecho objeto del presente proceso, se encontraban vigentes tres leyes diferentes regulatorias del instituto de la prescripción. En primer término, la redacción del Código Penal regulaba la contabilización del inicio de la prescripción en su Art. 63 –conforme Ley 23.077, del año 1984- al disponer que esa “... *empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si este fuera continuo, en que cesó de cometerse*”. En fecha 05/10/2011 entró en vigencia la ley 26.705 –Ley Piazza-, que modifica ese texto, incluyendo 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. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquel hubiera alcanzado la mayoría de edad*”. Luego, en fecha 10/11/2015, opera una nueva modificación sobre el tópico, a través de la Ley 27.206 –vigente en la actualidad-, que retoma la redacción primigenia del Art. 63, modificando el Art. 67 al establecer –en el párrafo que nos interesa para el caso-; “*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, 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...*”



Ahora bien, lo primero a despejar es cuál de estas normas será la aplicable al asunto de la prescripción para el caso que nos convoca. Para ello, debo indefectiblemente analizar el alcance del principio de “*ley penal más benigna*”, efectuando un repaso respecto a su fuente normativa y naturaleza jurídica.

En tal sentido, y como se sabe, si bien el principio bajo consideración es una derivación del principio de legalidad, tal como lo postulara el destacado defensor, no menos cierto es que el mismo no surge del Art. 18 de la CN, sino que emana del segundo artículo del Código Penal, siendo incorporada al plexo constitucional -luego de la reforma del año 1994- a través de la Convención Americana de Derechos Humanos –Art. 9- y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –Art. 15-, normativas que coinciden en limitar su alcance a “.... *acciones u omisiones... y pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*”.

Al respecto, destacada doctrina explica que “*El principio de legalidad es uno de los límites más tajantes al poder punitivo del Estado. Nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali. No hay pena, no hay crimen, sin una ley penal previa. Este aforismo sintetiza el significado del principio de legalidad: el fundamento del castigo sólo puede ser una ley en sentido formal, sancionada según el procedimiento, la competencia y el contenido limitado que regula nuestra Constitución Nacional, que esté vigente al momento de la comisión del hecho y que prevea como delictiva la conducta reprochada.*

Se trata de una garantía sustantiva que delimita el poder punitivo del Estado en todo su alcance. Es una garantía criminal, ya que exige que el hecho perseguido penalmente esté contemplado como delito, previamente, por una ley; una garantía penal, dado que esos mismos recaudos no sólo tienen que tomarse respecto de la descripción de la conducta, sino también para el monto de la pena; una garantía

jurisdiccional, porque exige que la existencia de un delito y la imposición de una pena deriven de un pronunciamiento judicial; y una garantía de ejecución, ya que exige que el cumplimiento de la pena esté regulado por una ley.

El mandato de la ley previa está estrechamente vinculado con el principio de culpabilidad, dado que el individuo podrá motivarse con la norma en la medida en que ésta exista y que la conozca. De lo contrario, no se le podrá exigir que ajuste sus conductas al ordenamiento jurídico. Esta fundamentación, sin embargo, puede llegar a ser débil, dado que para satisfacer la exigencia de culpabilidad no sería necesario extender la prohibición de retroactividad a los casos de agravación de la pena y ni siquiera al carácter penal de la sanción. Bastaría con exigir el conocimiento de la antijuridicidad. Por esta razón, para dar cuenta del alcance total del mandato de la ley previa deben considerarse, adicionalmente, intereses diferentes del principio de culpabilidad. Este complemento puede surgir de la idea de seguridad jurídica, en el interés de garantizar la objetividad, en impedir la sanción de leyes arbitrarias o bien impedir leyes ad-hoc.

Es así que el principio de legalidad fija cuatro requisitos para considerar válida una ley penal, requisitos que, a su vez, implican una respectiva prohibición: que sea previa, escrita, formal y estricta. Como debe ser previa, es decir, sancionada con anterioridad al hecho juzgado, prohíbe la retroactividad de su aplicación. Como debe ser escrita, se prohíbe la aplicación analógica de la ley penal a los casos que no estén expresamente contemplados. Como debe ser formal, o sea, sancionada por el Poder legislativo, se prohíbe el castigo por delitos considerados como tales por otro tipo de normas que no sean leyes. Como debe ser estricta, los tipos penales deben ser claros y precisos y se prohíbe la indeterminación. Sólo podrá hacerse excepcionalmente a esas prohibiciones cuando éstas repercutan en favor del imputado.



*La principal excepción a la exigencia de que en materia penal se aplique la ley vigente al momento del hecho, es la ultractividad de la ley penal posterior que sea más favorable para el imputado. El fundamento de esta excepción, empero, es diferente al del mandato de la ley previa. **Se trata más bien del principio de política criminal según el cual es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que devenido desproporcionada en relación con la mayor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho. Ello presupone un cambio de valoración social respecto de la reprobación del hecho.**” (La Convención Americana de Derechos humanos y su proyección en el Derecho Argentino, Ed. La ley, año -2013, comentario al Art. 9 por María Luisa Pique, páginas 167 y ss.) - el resaltado me corresponde-.*

Como se aprecia, el alcance del principio de la ley penal más benigna no es ilimitado, circunscribiéndose a los casos en que la ley aplicable modifica la significación jurídica de la conducta penalmente relevante -el tipo penal-; o las causales de justificación que obstarían arribar a un injusto penal –por descartar la antijuricidad- o que hacen a la aplicación de la sanción punitiva del delito –la pena-, siendo ello una derivación del principio de culpabilidad.

Ahora bien, en el caso, lo que se intenta hacer valer –como más benigno al imputado- es un instituto que hace a la procedibilidad de la acción penal pública, respecto al que -sin desconocer la polémica doctrinaria sobre su naturaleza jurídica- comulgo con la idea que se trata de un instituto netamente procesal, a pesar de estar incluido en el Código de Fondo –a fin de hacer valer la igualdad ante la ley-, que resulta ser un límite al poder punitivo del estado por el transcurso del tiempo y la inactividad de este.

Bajo estos lineamientos juzgo que en el presente no es de aplicación el principio de la benignidad de la ley penal, pues la sucesión de leyes que generaron el planteamiento de la defensa se refieren a cuestiones netamente procesales, no siendo ello abarcado por la mencionada directriz.

Asimismo, y recorriendo el mismo razonamiento, la prestigiosa sentencia de nuestro más Alto Tribunal Federal traída a colación por el recurrente, la que demarcaría la solución a aplicar –Granillo Ocampo, sentencia de fecha 4 de febrero de 2014, así como sus antecesoras que tratan sobre el tópico, “Jofre” (Fallos: 327:3279), “Rei” (Fallos 330:2434), “Gómez” (Fallos: 332:1555), y “Landa” (Fallos: 328:2702); “Muiña” (Fallos 340:549), no guardan similitud con el presente toda vez que en esas, el eje central de la discusión, giró en torno a la aplicación –o no- de leyes que hacen a la tipicidad de la conducta o su pena. Igual apartamiento debo efectuar de los precedentes del STJ local, también propuestos por el Dr. Gabalachis como de aplicación en base a la doctrina del Leal Acatamiento –casusas Neira, Ortiz y Epulef-; en todos ellos, la conducta intimada se circunscribía al momento en que se encontraba vigente la antigua redacción del Art. 63 del CP –vigente desde el año 1984-, lo que llevaba a los sentenciantes –entre los que me encuentro- a analizar el control de convencionalidad de los instrumentos internacionales de ese entonces: no se cuestionaba la sucesión de las leyes, los hechos se circunscribían a una sola ley vigente.

Ahora bien, desplazado el principio de benignidad de la ley penal, corresponde determinar en base a qué normativa se debe contabilizar la prescripción de la acción de la conducta cometida por el Sr. K., parte de la que se ejerció mientras regía el sistema de prescripción de la Ley 23.077, del año 1984; otros de los sometimientos sexuales se cometieron bajo el régimen de prescripción de la acción regulado por la Ley Piazza, y finalmente, las acciones de K. cesaron con la vigencia de la Ley 27.206.



Durante ese lapso temporal, indudablemente el imputado continuó realizando la conducta lesiva descrita por el tipo de abuso sexual simple, demostrando un claro deprecio por la norma; transcurso en el que, además, el legislador agravó -a partir de la Ley Piazza- su régimen prescripción, apartándose de las directrices generales que rigen el asunto; y tratándose de un delito continuado, es decir, de una construcción doctrinal que resuelve una multiplicidad de conductas con un mismo sentido final y normativo, el delito “...*está ya consumado con el primer acto parcial pero solo termina cuando son ejecutadas todas las acciones que lo integran, por ese motivo, la prescripción del delito continuado comienza con la terminación del último acto parcial*” –conforme Santiago j. Schiopetto en “sucesión de Leyes Penales en el Tiempo en Delitos Permanentes y Constinuados, Ed. Ad-Hoc, año 2016, pág. 48-.

En base a ello, será el último ataque sexual –año 2015- el hito a partir del que se deberá efectuar la contabilización de la prescripción de la acción penal, de acuerdo a la legislación vigente en ese tiempo, por lo que, conforme la edad de la joven víctima y la fecha de la denuncia efectuada, la acción penal no se encontraba prescripta; debiéndose confirmar, por todo lo expuesto, las sentencias Nro. 2445/2023 y 2669/2023. Así lo voto.

En cuanto a los honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular Dr. Fabián GABALACHIS juzgo acertado fijarlos en veinticinco (25), a cargo de su defendido (Art. 59 de Ley V N° 90 antes 4920 y 2200, arts. 6 y 7 de la Ley XIII N°4 y arts. 239 y 240 del CPP). Así lo voto.

La Jueza Carina ESTEFANÍA dijo:

Llegan a esta instancia los presentes actuados en virtud de una impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor del imputado contra la decisión dictada el 10 de julio de 2023, en respuesta a un planteo realizado por la Defensa al inicio de la

audiencia de debate, mediante la cual se resolvió “*no hacer lugar a la excepción de prescripción ni al pedido de sobreseimiento por los motivos expuestos en los considerandos, art. 285 inc. 5 contrario sensu, 294 del CPP y 67 del Código Penal*”,

Agrega la magistrada en su resolución “*la impugnación de la presente, de ser necesaria, formara parte de la impugnación ordinaria conforme el resultado del juicio, art. 305 del CPPCH*” y, finalmente, citó a las partes a continuar el juicio para el día 31 de julio de 2023.

En esa oportunidad – el 31-7-2023- las partes informaron al Tribunal que habían llegado a un acuerdo de juicio abreviado, el que fuera homologado por la sentenciante, condenando al imputado G.A.K a la pena de tres años de prisión en suspenso, por los hechos ocurridos en Puerto Madryn, entre los años 2009 y 2015, en perjuicio de A.S., por el delito de Abuso Sexual Simple (art. 119, 55 y 45 del Código Penal)

Con fecha 23 de agosto de 2023, la Defensa presenta impugnación ordinaria contra el rechazo del sobreseimiento y la Jueza la rechaza, por extemporaneidad, por considerar que los agravios estaban dirigidos a cuestionar la resolución 2445/23, fechada el 10 de julio del corriente año.

Ante ello, el agraviado presenta una Queja y la Cámara en lo Penal de la Ciudad de Puerto Madryn, con su integración natural señala que “*yerra la Sra. Jueza al resolver, en primer término, la extemporaneidad de la protesta, pues tal como surge de su propia resolución el recurso fue presentado dentro del plazo legal –conforme el art. 382 del CPP- difiriendo la jueza su tratamiento al resultado del debate– en el apartado 3 de su resolución, tal como se señalara*”.

Agrega el tribunal de impugnación que “*si bien es cierto que dentro del catálogo de decisiones impugnables enumeradas por el art. 370 del CPP no se encuentra expresamente incluido este remedio procesal, el recurrente alega la*



inobservancia de las garantías constitucionales que amparan a su representado, así como la errónea aplicación de la ley penal, conforme los arts. 372 inc. 1 y 2 del CPP, protesta que resultan atendibles y habilitan la vía intentada”.

En razón de no haber suscripto dicha resolución, me permito adherir a los argumentos vertidos por la Cámara y señalar que la resolución que se ataca, aun cuando no es parte de la sentencia de condena, fue dictada al inicio del juicio oral y público, que culminó con el dictado de una sentencia condenatoria, sin que aquí interese que la misma sea producto de un juicio abreviado, que no significó un desistimiento del planteo de prescripción oportunamente incoado.

La novedosa y oficiosa decisión de la magistrada, adelantándose a cualquier cuestionamiento que pudiera realizar el recurrente, de disponer en el resolutorio cuándo y cómo la Defensa podría apelar dicha decisión, significó en los hechos la continuidad del proceso y en ese marco las partes llegaron a un acuerdo de condena mediante el procedimiento de Juicio Abreviado, cuya validez quedaría sujeta al resultado del planteo de prescripción, en virtud de que esa resolución no se encontraba firme.

Llaman la atención las particulares aristas que exhibe el caso que informan de la aquiescencia del MPF para celebrar un juicio abreviado con un imputado que cuestiona la subsistencia de la acción, la que de encontrarse extinguida impone dejar sin efecto la condena y dictar el sobreseimiento. No puede soslayarse que el acuerdo de juicio celebrado incluyó la conformidad de la víctima, quien difícilmente pueda comprender los vericuetos de un proceso penal tan intrincado.

No hay discusión en punto a que las resoluciones que obligan a continuar sometido a proceso no reúnen, en principio, la calidad de sentencia equiparable a definitiva y así ha sido confirmado por la CSJN en numerosos precedentes (Tomo

175:725; 206:1087; 233:929, entre otros); empero, el Máximo Tribunal de nuestro país también ha sostenido que cabe hacer excepción a dicha regla, con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad, en salvaguarda de la garantía del debido proceso, cuando el pronunciamiento impugnado afecta irremediablemente el derecho de defensa en juicio sobre la base de un injustificado ritualismo (Fallos, 311:148; 330:1072 ; 342:2389).

En este sentido, resulta oportuno recordar que la vigencia de la acción penal - en tanto requisito de punibilidad- constituye un presupuesto necesario en el proceso penal, que debe atenderse con prioridad respecto de cualquier otro. Ninguna importancia tiene discurrir acerca de la relevancia penal del hecho o de la suficiencia probatoria de los elementos reunidos en la causa para acreditarlo si la acción penal se encuentra extinguida (cfr. CSJN, Tomo 122:179; 146:563, entre otros). Asimismo, la Corte Federal ha generado una inveterada doctrina que concibe a la prescripción de la acción penal como una cuestión de orden público, que debe ser declarada aún de oficio (Fallos, 186:289; 275:241, entre muchos otros), que se produce de pleno derecho (Fallos, 207:86; 297:215; 301:339; 310:2246; 323:1785, entre otros) y que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos, 322:300, entre otros).

El proceso penal ha sido definido como el modo legalmente regulado de realización de la actividad jurisdiccional, compuesto por actos encaminados a la realización del Derecho, mediante los cuales se desentraña el objeto del proceso y se llega a una conclusión consecuente con lo que se ha juzgado.

El exceso jurisdiccional trae aparejado, como ocurrió en el caso, incertidumbre jurídica para el justiciable, cuestión que se verificó en la decisión adoptada por la Jueza Penal, quien contradiciendo su propia resolución le rechazó la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa.



No admite mayor discusión que si la resolución dispone, que en caso de ser necesario recurrir la sentencia que se derive del juicio –una condena-, los agravios contra el rechazo de sobreseimiento por prescripción, debían formar parte de esa impugnación ordinaria, el plazo para recurrir comenzaba a correr a partir de la notificación de la sentencia condenatoria.

Por último, la competencia de la Cámara en lo Penal, contra la resolución atacada, se encuentra plenamente habilitada, teniendo en cuenta el alcance del derecho al recurso –doble conforme- en favor del imputado en tanto el cuestionamiento de la parte recurrente se vincula a la validez temporal de la ley penal establecida en el art. 2º del Código Penal de la Nación, y con el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional y el principio de aplicación de la ley penal más benigna, contemplado en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos incorporados a nuestra Carta Magna en su art. 75, inc. 22.

II. En este estado, es necesario dejar en claro que aquí se juzgan hechos que habrían ocurrido entre los años 2008 y 2015, que han sido calificados por el MPF como constitutivos del delito de abuso sexual simple (art. 119 primer párrafo del Código Penal). Asimismo, cabe considerar que el MPF a la hora de concursar los hechos relatados por la menor víctima, utilizó el instituto del delito continuado, que significa aplicar la escala penal prevista del concurso ideal, que en el caso es de seis meses a cuatro años, conforme el art. 54 del Código Penal.

III. Ahora bien, la discusión que plantean las partes se reduce a determinar cuál de las leyes que regulan la prescripción es aplicable a los presentes actuados. Ello en razón de que sí, como pretende la Defensa, se aplica la ley vigente al comienzo de los

hechos investigados, al momento de formular la denuncia los mismos estaría prescriptos.

Por el contrario, si se aplica la ley vigente al momento del cese de las conductas imputadas—como afirma el MPF- la solución jurídica sería lo contrario, es decir la acción penal no se habría extinguido. Sostienen que aun cuando no estuviesen vigentes las leyes que amplían el plazo de prescripción sancionadas en 2011 y 2015, en el año 2008 ya se encontraban vigentes la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional de Derechos del NNA y la Convención de Belem Do Para, que prevén la garantía de la tutela judicial efectiva para las víctimas, que en este caso posee una doble condición de vulnerabilidad por ser mujer y menor de edad.

El dilema radica en si es aplicable o no la ley penal más benigna y si en los delitos de violencia de género merecen en materia de prescripción, un trato diferente a los delitos comunes.

IV. La defensa al fundamentar su pretensión ante la Jueza de grado se apoya en los principios de legalidad y de la ley penal más benigna, ambos de rango constitucional y convencional, con cita del art. 18 de la CN y del art. 9 de la CADH y el art. 15 del Pacto San José de Costa Rica.

Acto seguido señala que existe en nuestro país la doctrina de Leal Acatamiento que obliga a los tribunales inferiores a aplicar la doctrina legal que fijan los tribunales superiores y cita jurisprudencia del Máximo Tribunal de nuestra provincia. Resume que en esos casos el Superior Tribunal de Justicia rechazo la retroactividad de las leyes Nros. 26.705 y 27.206.

Explicó que el MPF eligió la figura del delito continuado que habría comenzado en el año 2008. Reiteró que en ese entonces no estaban vigentes las leyes nacionales Nros. 26.705 y 27.206 y con cita al fallo “*Granillo Ocampo*” de la CSJN, en la que resolvió que en los casos de delitos permanentes se aplica la Ley que rige al comienzo



de los hechos. Cita a Bidart Campos y a Zaffaroni y Slokar, quienes acordarían con el criterio de la Corte Suprema.

También refiere que el art. 18 de la Constitución Nacional “*nos dice que debe ser la más beneficiosa durante el tránsito de toda la comisión del delito y que todos sabemos lo que es el delito continuado, es un delito que no tiene definición legal, hay una suerte de apreciación en lo que se refiere al art. 63 cuando nos habla a contrario sensu del concurso real porque no es un concurso real. Y se dan estos casos que hay identidad de objetos, sujetos, conducta*”. Concluye: “*Por lo tanto todo lo que está relacionado al año 2015 no sería de aplicación y también debo decir que la Ley Nro. 27.206 ingresó en vigencia el 10 de noviembre de 2015. En el relato de los hechos no tenemos tampoco precisión que para noviembre de 2015 todavía continuaran aconteciendo los hechos denunciados*”.

Descartó que los hechos investigados puedan estar abarcados por la categoría de delitos de Lesa Humanidad, con cita de jurisprudencia de la CIDH. (Abraham Cornejo y Suarez c/Ecuador)

Solicitó el dictado de sobreseimiento de su defendido por extinción de la acción penal.

En esa oportunidad procesal, el MPF sostuvo que el planteo era extemporáneo y que contrariamente a lo requerido por la Defensa, son de aplicación a la presente investigación las dos leyes cuestionadas por la recurrente, en razón que la víctima era menor al momento de los hechos. Agregó, que aun remontando al año 2008 que no estaría vigente la “*Ley Piazza*”, sí estaba vigente la Convención de los Derecho del niño, niña y adolescente y la Convención Americana de Derechos Humanas que establecen la garantía a la tutela judicial efectiva y en el caso de la última Convención citada, resalta que el art. 3º establece el interés superior del niño.

Sostiene que la Defensa pretende darle mayor jerarquía al principio de legalidad sin armonizar las leyes nacionales con las convencionales internacionales que protegen los derechos de una niña víctima de abuso sexual.

Solicitó se rechace el planteo de sobreseimiento.

La defensa rechazó categóricamente el planteo de extemporaneidad, señalando que no existe una sola norma penal que le prohíba solicitar el sobreseimiento por prescripción en cualquier etapa del juicio.

A la hora de resolver la Jueza adhirió a la postura del MPF y sostuvo que era extemporáneo ya que la Defensa no lo planteó al contestar la acusación. Afirma que *“su criterio es no tratar cuestiones que debieron serlo en una etapa anterior como cuestión previa”*. A continuación se pregunta ¿pierde la posibilidad de impugnar la Defensa? y se responde *“No, podría establecerla como parte de la teoría del caso de la defensa y eventualmente estará contenida en su impugnación ordinaria, si ella fuese necesario, y que no sabemos cuál será el resultado de este Debate”*. Concluye *“Entonces, en primer término el planteo es extemporáneo y dilatorio, ya que el debate oral no se inició en la fecha establecida”*.

Sin perjuicio de haber aceptado la extemporaneidad del planteo de la Defensa, la Jueza continuó diciendo *“Sobre el segundo punto, medular a su criterio, debo adelantar que comparto la postura del MPF”*. Sostuvo que *“la Convención de Belem do Para y la Convención Internacional del NNA, ambas exigibles inmediatamente por los individuos sin necesidad reglamentación interna”*.

Refiere que es aplicable lo dispuesto en los artículos 63 y 67 del Código Penal. *“...este último conforme la modificación introducida por la Ley 27.206, establece que para los delitos contra la integridad sexual, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule la denuncia”*.



Recuerda la garantía de la tutela judicial efectiva y el derecho a la verdad de la víctima. Menciona que el principio de legalidad debe ser analizado a la luz de la normativa internacional citada. Menciona el caso “Buenos Alves v Argentina”.

Apoya su decisión en un fallo del STJ de Chaco, *“que reconoce que no es un delito de lesa humanidad, pero que las consecuencias traumáticas de estos delitos en NNA, sus tiempos, requieren términos generales de la prescripción que no pueden ser los generales previstos en el Código Penal”*.

Luego, responde a la Defensa en punto a la *“Doctrina de Leal Acatamiento”*, afirmando que *“la garantía a la independencia irrestricta interna y externa es una forma de garantizarle a la sociedad que las decisiones judiciales están exentas de cualquier tipo de presión sea desde fuera del Poder Judicial o desde dentro”*.

Agrega que la CSJN establece doctrinas legales, pero que los jueces se pueden apartar cuando dan fundamentos y agrega que en este caso elige el fallo del STJ de Chaco y no del STJ de Chubut, toda vez que a su criterio es el primero el que realiza un control de convencionalidad adecuado.

Concluye su decisión con cita a fallos de la CIDH – Campo Algodonero- y afirma que *“la perspectiva de género es la única garantía de decisión imparcial. Porque se trata de la ampliación de la mirada hacia colectivos históricamente vulnerados o en condición de vulnerabilidad, a fin de que los hechos denunciados por las personas de estos grupos colectivos sean efectivamente juzgados, ya que se reconoce que la discriminación histórica ha propiciado la impunidad en los casos donde son víctimas de determinados delitos. Sostener que una interpretación de la ley es neutra es desconocer que el derecho es androcéntrico, no es otra cosa que tomar al hombre como modelo, medida y ejemplo. De ese modo se considera que lo masculino es neutral. Y todo bagaje cultural se vuelca en la interpretación”*.

Finalmente no le hace lugar a la excepción de prescripción ni al pedido de sobreseimiento requerido por la Defensa.

La impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa, en resumidas cuentas, expresa que tanto el fundamento del MPF como de la sentenciante ha sido justificar la aplicación de las leyes Nro. 26.205 y 27.206 en las convenciones de Belem de Para y de los Derechos del NNA, motivados en los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la materia. Observa, el recurrente, que paralelamente se omite que tanto el plexo constitucional como convencional, observa en este caso de manera expresa, la aplicación de la ley penal más benigna. Cita jurisprudencia de la CIDH y del STJ de Chubut.

La Fiscal -en su responde- reiteró su posicionamiento en cuanto a la extemporaneidad del planteo y agregó que la Jueza estableció que la defensa podría incluir este planteo en la impugnación ordinaria, si fuera necesario conforme las resultas del juicio y agregó – con subrayado y negrita- *“no olvidemos señores jueces, que las partes hicimos de un juicio abreviado, que el mismo fue homologado, que K. fue condenado, sanción que se encuentra firme y que el encausado se haya ya cumpliendo. Concretamente estamos hablando de las reglas del art. 27 del CPP, que fueron impuestas y aceptadas por la Defensa”*.

Acto seguido, transcribe los fundamentos de la resolución y agrega, *“Entendiendo que la Sra. Magistrada ha dado razones de su resolución y que se halla motivada en los términos de los arts. 169 del C.CH. y 25 del CPP, solicitamos se rechace la impugnación intentada por la defensa de G.K y se confirme la Resolución de la Sra. Magistrada en todos sus términos.”*.

V. Para analizar al planteo efectuado a la defensa es necesario precisar algunas cuestiones esenciales, que a la postre permitirán responder todos los cuestionamientos efectuados por el recurrente, las que no fueron rebatidas ni respondidas por el titular



de la acción al oponerse a la pretensión de la Defensa, ni por la Jueza en su decisión denegatoria.

- a.- Los hechos que integran la acusación ocurrieron entre los años 2008 a 2015.
- b.- La víctima era una niña/adolescente, menor de edad, durante la comisión de los mismos.
- c.- Son hechos de violencia de género.
- d.- En ese lapso temporal -de ocho años-, se sancionaron las leyes Nros. 26.205 y 27.206 (año 2011 y 2015, respectivamente) que modificaron el instituto de la prescripción para diversos delitos entre los que se encuentra incluido el de abuso sexual simple tipificado en el art 119 del CP.
- e) Fueron calificados por el MPF, como constitutivos del delito de abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado. (art. 119 primer párrafo y 54 del Código Penal)

VI. Respecto de los puntos a) y b) antes mencionados, simplemente sostener que los hechos en juzgamiento se encuentran descriptos en la acusación pública formulada por el MPF y se acompaña en la prueba ofrecida por el MPF el certificado de nacimiento que da cuenta de la edad de la víctima y que efectivamente era menor de edad en el lapso temporal en que se habrían producido los hechos denunciados.

En cuanto al punto c) es inevitable me refiera a la legislación nacional y a la especial protección normativa internacional incorporada a nuestra legislación nacional.

Cuatro instrumentos principales se ocupan específicamente de la violencia contra las mujeres en el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos. Estos son:
-la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW);

- la Recomendación General N°. 19 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité de la Cedaw);
- la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y
- la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará.

Sin embargo, el análisis debe incluir la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el que se incluyeron los primeros acuerdos sobre derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en dos artículos ubica la cláusula de no discriminación. Todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos y todas las personas tenemos los mismos derechos y libertades proclamados en la Declaración sin distinción de *“raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

Se suma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, en conjunto con la Declaración de Derechos Humanos constituyen lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos. La cláusula de no discriminación del PIDCP está contenida en los artículos 2, 3., 4.y 26 que rezan: i) que los Estados Parte respetarán y garantizarán a los individuos en sus territorios los derechos reconocidos en el Pacto sin “distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; ii) que los Estados Parte garantizarán a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos enunciados; iii) que los Estados, en situaciones excepcionales pueden adoptar medidas que restrinjan el goce de los



derechos reconocidos en el Pacto, siempre que no impliquen “discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”, y iv) que todas las personas somos iguales ante la ley.

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considerada por la doctrina como el principal instrumento del sistema interamericano de protección de derechos, en los artículos 1, 17, 24 y 27 contiene la cláusula de no discriminación. El artículo 1 establece que los Estados Parte deben respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidos en la Convención sin ninguna discriminación; el artículo 17 señala que los Estados deben garantizar el igual reconocimiento de los derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los esposos en el matrimonio; el artículo 24 reconoce el derecho de igual protección ante la ley y el artículo 27, sobre supresión de garantías, establece que en casos excepcionales se podrán suspender las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención, siempre que la suspensión no implique “discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

Ahora sí, en 1979 se aprueba la CEDAW, que es el primer instrumento internacional referido exclusivamente a derechos de las mujeres y *“es el resultado del trabajo realizado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 por la ONU”*. Se funda en los principios de igualdad y dignidad humana promulgados por la Carta de las Naciones Unidas y define la discriminación contra las mujeres como las distinciones, exclusiones o restricciones basadas en el sexo y que se proponen menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979: artículo 1). (Ley Nro. 23.179)

Establece que los Estados deben adoptar medidas para eliminar la discriminación, ocurra por acción estatal, de personas, organizaciones o empresas. Invita a la adopción de medidas de acción afirmativas que contribuyan a lograr una igualdad real. Obliga a los Estados a eliminar los estereotipos basados en relaciones de superioridad y reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en la discriminación. Define los conceptos de igualdad y no discriminación contra las mujeres. Se refiere a derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, fortaleciendo el concepto de indivisibilidad de los derechos. Insta a los Estados no sólo a reconocer los derechos de las mujeres y proveer las condiciones para su ejercicio efectivo, sino también a crear los mecanismos necesarios para su denuncia (UNIFEM, 2010)

En su recomendación general N° 19 del año 1992, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer afirmó inequívocamente “que la violencia contra la mujer constituye una forma de discriminación por motivos de género y que la discriminación es una de las causas principales de dicha violencia”. Ese análisis ubicó a la violencia contra la mujer dentro de los términos de la Convención y la norma jurídica internacional de no discriminación por motivos de sexo y, de tal modo, directamente en el lenguaje, las instituciones y los procesos de derechos humanos. (Asamblea General de Naciones Unidas, 2006: 10).

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer se refiere a la violencia contra las mujeres como una categoría autónoma y señala que esta constituye una violación a los derechos humanos. Fue aprobada el 20 de diciembre de 1993 y afirma que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993: Preámbulo).



Además, este instrumento internacional, define a la violencia contra las mujeres como aquella que tiene o puede tener “como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993: artículo 1.)

En el ámbito regional de protección de derechos, la llamada Convención de Belem do Pará de 1994, afirma, al igual que la Declaración de Naciones Unidas, que la violencia contra las mujeres es una violación a los derechos humanos y libertades fundamentales, que limita su ejercicio, goce y reconocimiento.

Define la violencia contra las mujeres como cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado.

Reconoce expresamente la relación que existe entre violencia de género y discriminación, indicando que tal violencia es un reflejo de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y varones y que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados

Establece que la violencia afecta a las mujeres por múltiples vías, obstaculizando el ejercicio de otros derechos de naturaleza civil y política, así como los derechos económicos, sociales y culturales

Dispone que los Estados Partes deben actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres que ocurre tanto en espacios públicos como privados, cuando ocurra dentro del hogar o de la comunidad, y que sea perpetrada por individuos o agentes estatales.

Provee que los Estados deben tomar especial cuenta de la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueden sufrir las mujeres en razón, entre otras, de su raza o condición étnica; por su status como migrantes, refugiadas, o desplazadas; por estar embarazadas o discapacitadas; por ser menores de edad o ancianas; por confrontar una situación económica desfavorable; por estar afectadas por un conflicto armado; o por estar privadas de su libertad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006)

Me detengo acá.

Todos los instrumentos analizados contienen cláusulas de no discriminación y de prohibición de violencia contra las mujeres y exhiben que el concepto de violencia contra las mujeres tuvo su raíz, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cláusula de no discriminación.

Ello explica porque las primeras normas sobre derechos de las mujeres y obligaciones de los Estados refieren a la igualdad entre los sexos y a la prohibición de discriminación contra la mujer.

Es necesario entender que “la violencia contra las mujeres constituye una forma de discriminación porque constituye la manifestación directa de la ruptura de la regla de justicia que se basa en la igualdad de status de hombres y mujeres. (Barrère, M. A. (2008). Género, discriminación y violencia contra las mujeres. En: Género, violencia y derecho, de Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, págs. 27-47. Valencia: Tirant lo BlanchBarrere,).

Asimismo, debe comprenderse la significancia de que el concepto de violencia contra las mujeres constituya una forma de discriminación radica en que este último es una norma del *iuscogens*, que implica además obligaciones erga omnes y que no se puede limitar en estados de excepción. Es una norma que tiene un lugar de



privilegio dentro de la jerarquía del Derecho Internacional y no puede ser desconocida bajo ninguna circunstancia por los Estados.

No olvidemos que los criterios para el reconocimiento de una norma de derecho internacional como una norma de *iuscogens* son sumamente estrictos. (Artículo 53 de la Convención de Viena de 1969). Una forma de identificar una norma de *iuscogens* es si se trata de aquellas garantías que no son derogables en estados de excepción, esto en consonancia con lo explicitado en la observación general N° 29 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La prohibición de discriminación, además de ser una norma de *iuscogens* y una garantía inderogable en estados de excepción es una obligación erga omnes. Es, decir, es una de aquellas obligaciones que un Estado tiene para con toda la comunidad internacional y cuyo desconocimiento atenta contra todos los demás Estados que la integran.

En definitiva, la inclusión de la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación permite ubicar esta conducta como una de las más graves y condenadas más enérgicamente por el Derecho Internacional y, en segundo lugar, reconocer su existencia y persistencia debido a relaciones desiguales de poder, basadas en la idea de inferioridad de las mujeres y de las características asociadas a lo femenino; también, que la “discriminación contra las mujeres y los estereotipos de género promueven, validan, incrementan y agravan la violencia contra las mujeres” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Washington: CIDH)

“El concepto de discriminación entra de este modo en el esquema interpretativo del patriarcado en el que la violencia contra las mujeres resultaría la

expresión más evidente de unas relaciones estructurales de poder que no son afrontables con los únicos esquemas de los derechos individuales” (Barrère, M. A. (2008). Género, discriminación y violencia contra las mujeres. En: Género, violencia y derecho, de Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, págs. 27-47. Valencia: Tirant lo Blanch).

Es imprescindible dejar en claro que la conclusión alcanzada en el análisis previo, es una premisa indiscutible del Derecho Internacional de Derechos Humanos que refiere que la violencia contra las mujeres y las niñas es una violación autónoma a los derechos humanos, producto de la discriminación histórica, que a su vez propicia y promueve otros escenarios de discriminación basados en relaciones desiguales de poder, que reproducen ideas de superioridad de lo masculino.

Ahora bien, tampoco puede soslayarse que a ese reconocimiento de la violencia y la discriminación contra las mujeres como una violación autónoma de los derechos humanos, que le impone obligaciones a los Estados, le sigue la firme exigencia de justicia frente a los Estados, de tal suerte que la lucha de mujeres y varones por la creación de instrumentos vinculantes, léase leyes, que garanticen el ejercicio del derecho a la igualdad y que tengan como resultado la investigación y sanción de los responsables de estos crímenes y de los Estados, por permitir su ocurrencia.

“De tal modo, la exigencia de que el Estado tome todas las medidas adecuadas para responder a la violencia contra la mujer sale del reino de la discrecionalidad y pasa a ser un derecho protegido jurídicamente”. (Asamblea General de Naciones Unidas, 2006 citada ut supra)

VII. Con ese objetivo, nuestro país ha sancionado, entre otras, las leyes: Nro. 23.179 que aprueba la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por Resolución 34/180 de la Asamblea



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

“VG – K. G. PSA ABUSO SEXUAL S/ IMPUGNACIÓN” Expte.
Nro. **/2023 CPPM – Carpeta **** OFIJU

General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980;

Nro. 24.417 de Protección contra la violencia familiar;

Nro. 24.632 que aprueba de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará);

Nro. 25.087 que modifica el Código Penal en el capítulo de los delitos contra la integridad sexual;

Nro. 26.705 modifica el artículo 63 del Código Penal. (Derogada por la ley Nro. 27.206)

Nro. 26.364 de Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas;

Nro. 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres;

Ley Nro. 26.791 que tipifica el homicidio agravado de mujeres;

Nro. 26.842 que modifica ley 26.364 sobre trata de personas y asistencia a sus víctimas.

Nro. 26.879 que crea el registro nacional de datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual;

Nro. 27.206 modifica los artículos 20 bis, 63 y 67 del Código Penal;

Nro. 27.210 que crea el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género, en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el que tendrá como misión garantizar el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género en consonancia con las prescripciones de la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus

relaciones interpersonales y hacer efectivo el ejercicio y goce de los derechos consagrados en ésta y otras normas relacionadas con la problemática;

Ley 27.352, que modifica el Código Penal de la Nación con el objetivo de precisar las acciones que implican el delito de abuso sexual;

Nro. 27.363 modifica el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina para privar de la responsabilidad parental cualquiera de los progenitores en diversos supuestos de violencia;

Nro. 27.412 de paridad de género en ámbitos de representación política;

Nro. 27.452 que crea el Régimen de Reparación Económica para las niñas, niños y adolescentes cuando su progenitor y/o progenitor afín haya sido procesado y/o condenado por el delito de homicidio de su madre y cuando cualquiera de sus progenitores y/o progenitores afines haya fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género;

Nro. 27.455 que modificó el artículo 72 del Código Penal de la Nación y que convirtió en delito de acción pública el abuso sexual infantil permitiendo que el inicio de las actuaciones judiciales y la investigación pueda ser llevada adelante de oficio por los fiscales.

Nro. 27.499, "Ley Micaela", de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado;

Nro. 27.501 que modifica la Ley 26.485, incorporando como modalidad de violencia a la mujer la ejercida en el espacio público (acoso callejero).

Nro. Ley 27.533, que modifica la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, adicionando a la definición de violencia contra las mujeres, aquella que afecta la participación política;



Nro. 27.580 aprueba el Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo –Convenio 190–, adoptado por la conferencia general de la organización internacional del trabajo;

Nro. 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo;

Nro. 27.736 que modifica la Ley Nro. 26.485 incorporando como modalidad de violencia contra la mujer la violencia digital o telemática.

De la enumeración y cita antes realizada, en lo que aquí interesa, cabe detenerse en el análisis de las Leyes Nro. 26.705 y 27.206 que regulan la prescripción de ciertos delitos contenidos en el Código Penal.

VIII. Conforme la Acusación Pública, en el año 2008, al momento de los hechos aquí investigados, el artículo 63 del Código Penal establecía que “*La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si este fuera continuo, en que cesó de cometerse*”.

La ley 26.705 (B.O. 05/10/2011), introdujo al art. 63 CP, en cuanto aquí interesa: “*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. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquel hubiera alcanzado la mayoría de edad*”. (Conocida como “Ley Piazza”)

Este texto fue derogado por la ley Nro. 27.206 (B.O. 10/11/2015) y el artículo 63 quedó redactado como antes de la sanción de la ley Nro. 26.205.

El artículo 67 del Código Penal a partir de la sanción de la ley Nro. 27.206, quedó redactado: “La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

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

La prescripción se interrumpe solamente por:

- a) La comisión de otro delito;
- b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y



e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme. La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

Interesan los argumentos vertidos por los y las legisladores/as en el tratamiento de ambas leyes, aprobadas por unanimidad, quienes explicaron que una persona puede denunciar un delito contra la integridad sexual independientemente de la edad que tenga la víctima y de los años que hayan pasado desde la comisión del delito. Esto significa, que desde el servicio de justicia no se le puede contestar a nadie, a priori, que no se puede investigar porque esta prescripto.

En la sesión del 7 de octubre de 2015 hubo dos dictámenes relacionados con el proyecto de ley que fueron puestos en consideración de la H. Cámara de Diputados. Se aprobó el dictamen de la mayoría con el voto afirmativo de 172 diputados/as de los 173 presentes. El de la minoría, conforme lo expuesto, no obtuvo la adhesión de la gran mayoría de los/as integrantes de la Cámara.

Es importante mencionar que el dictamen de la mayoría es el que contenía el texto de la Ley Nro. 27.605 y el de la minoría proponía en su artículo 2º “ Incorpórese como artículo 62 bis a la ley 11.179, Código Penal, el siguiente: Artículo 62 bis: En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 –in fi ne–, y 130 –párrafos segundo y tercero– del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la acción será imprescriptible”.

Sentado ello, en aquella oportunidad, a la hora del tratamiento del proyecto de ley, varios/as legisladores/as hicieron uso de la palabra y manifestaron “La iniciativa se relaciona con el abuso sexual en menores, lo que significa una experiencia absolutamente traumática que no tiene fin. Por ese motivo, decimos que es un trauma

que no prescribe. Éste es el corazón de lo que estamos discutiendo. Imagínense lo que significa esto como victimización en la infancia, que continúa durante toda la vida. El 90 por ciento de los casos de abuso infantil se da en el peor de los escenarios: el marco de la familia, entre lazos de confianza que constituyen un engaño absolutamente imposible de comprender por parte de las víctimas, los niños, las niñas y los adolescentes. En el 90 por ciento de los casos estas situaciones se dan dentro de los hogares, entre padres, hermanos, abuelos. Hasta ahora, existe la idea de la prescripción y de que una persona muchos años después podría tener falsos recuerdos. Sin embargo, esto no es así. En muchísimos trabajos académicos se ha demostrado que en los niños y las niñas existe el momento del pacto secreto. Si la violación o el abuso es de parte de un padre, el miedo que tiene ese niño de perder el amor de su padre y la contradicción de ese incesto —esa lógica de quiebre brutal en la relación—, hacen que se genere un pacto de silencio. Me refiero al miedo de perder a aquel que te quiere, que es tu padre y que provoca ese daño o trauma; por eso es que las consecuencias de esta situación son devastadoras. Cuando este abuso se da en niños muy pequeños se genera un auténtico terror, un pánico a esa pérdida, porque en muchos casos no se puede concebir en la misma familia y el niño aparece metido en una trama de la que no puede salir, a menos que algún integrante de esa familia o algún docente pueda romper ese pacto secreto. En este sentido, en la Argentina se avanzó en algo muy importante, que fue la “Ley Piazza”. Esta norma establece que cuando un niño o una niña sufren un abuso sexual, desde el momento que cumplen su mayoría de edad comienza a regir la prescripción de la acción. Sin embargo, la realidad ha demostrado otra cosa. Nosotros —éste es el objetivo de esta iniciativa— necesitamos que la Justicia se adapte al tiempo del daño producido a la víctima, y ese tiempo no necesariamente es esa edad; es el tiempo en que la persona logra generar la fortaleza para denunciar, quizás, a su padre, tío, hermano o a quien convive con su



madre. Esa fortaleza psicológica tan difícil de conseguir no necesariamente se da a los 18 años, cuando el adolescente quizás no tiene la posibilidad de hacerlo. En la reunión conjunta de las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia escuchamos casos terribles de suicidios de niños y de niñas, producto de la imposibilidad de salir de esta situación. Por ese motivo, todos los bloques hemos trabajado en conjunto y encontrado una manera de superar esto, que había sido un gran avance en la legislación penal: los plazos de la prescripción comenzarán a regir desde el momento de la denuncia. Éste es un avance importante”. (Diputada Nacional Patricia Bullrich).

Continuó expresando “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 las 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 represión 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 períodos 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 prolongado, puede ocurrir que llegue a recordar sucesos que tenía borrados pero guardados en su inconsciencia, 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 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 niños. 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 la 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”.

Afirmó “El objeto de este proyecto de ley no es distinto a lo que otras legislaciones establecen 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 encontraban 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”

A su turno la Diputada Nacional Diana Conti explicó “hace pocos años, de la mano de la entonces diputada Canela, trabajamos en esta Honorable Cámara sobre un proyecto que después se convirtió en la denominada “Ley Piazza”. Esa norma legal transformó los términos de la imprescriptibilidad de la acción penal en el caso de los delitos contra la integridad sexual de menores, permitiéndose que los denunciaran y que la prescripción corriera a partir de la mayoría de edad. Las víctimas de estos delitos, así como también las del delito de trata, comenzaron a movilizarse en el país a raíz de la indiferencia judicial que existía frente a este tema. Ni siquiera con la denominada “Ley Piazza” la justicia patriarcal, que hoy es mayoría en la Argentina, les abrió las puertas en la búsqueda de una sentencia que si bien no repararía el daño, por lo menos les permitiría ver una puerta hacia el desarrollo de una vida digna. Hoy, venimos a dar en forma conjunta otro salto de calidad a través de un pequeño

instrumento que las víctimas han reclamado para ver si la Justicia se conmueve y se comporta como corresponde”.

También expuso el Diputado Felipe Solá quien expresó “hago mías las palabras de las dos señoras diputadas preopinantes en el sentido de que como parlamentarios tenemos la impresión de que venimos a tratar de corregir, en la medida de lo posible, lo que vemos como un defecto de acción de la Justicia, que en este caso no está a la altura de lo que significa el abuso sexual contra menores...”

“Nos encontramos en un mundo que está despertando frente a la enorme cantidad de abusos de menores que se encuentran escondidos y son silenciados hasta que alcanzan la mayoría de edad”.

“Nos encontramos en un mundo que está mostrando en la ficción, en las películas y en todos lados el origen de muchísimos conflictos de la vida cotidiana a partir de un abuso sufrido por una persona durante su infancia”.

“Nos encontramos en un mundo que no está totalmente preparado para entender todavía los alcances de la pedofilia y de los abusos intrafamiliares”.

“Nos encontramos en un mundo que no está suficientemente sensibilizado o que reacciona de una manera ultraviolenta contra un abusador o violador por defecto de la ley, o sobre todo, de la acción de la Justicia”.

“Nos encontramos en un mundo en el que las mujeres deben acostumbrarse a ver al abusador de sus hijos, que muchas veces es el padre de ellos, caminando libremente por la calle porque la condena que recibió fue leve y le permitió salir en libertad. Nos encontramos en un mundo en el que las mujeres en muchos casos tienen terror de que vuelva a ocurrir lo mismo a un hijo de ellas”.

“Nos encontramos en un mundo en el que muchas mujeres que fueron abusadas cuando eran niñas y muchos hombres que fueron abusados cuando eran niños tienen terror de que les pase lo mismo a sus descendientes. De manera tal que,



evidentemente, hay una inacción o una falta de conciencia por parte de muchos de los jueces que deben intervenir. Eso es lo que estamos tratando de subsanar”.

“Creo que la señora diputada Bullrich ha sido muy clara cuando explicó la significación psicológica que tiene el abuso y la terrible confusión que se plantea en el abusado cuando el caso es intrafamiliar. En muchas ocasiones, eso conduce a la persona abusada a una vida absolutamente perdida en cuanto a la imposibilidad de ser feliz, o peor aún, al suicidio. Por lo tanto, me parece que este proyecto de ley viene a corregir muy claramente una situación respecto de la prescripción de estos delitos. Permitirá que el plazo de la prescripción comience a regir a partir del momento en el que alguien que ha sido abusado decida efectuar la denuncia cuando es mayor. Puede ocurrir que esa persona haya hecho la denuncia antes, es decir, cuando era menor. Esta norma se diferencia de la Ley Piazza, que establecía que la prescripción comenzaba a regir cuando se cumplía la mayoría de edad y no antes”.

Por último, la Diputada A. G. González expresó “Agradezco que este proyecto haya sido puesto a consideración en esta sesión y espero que el Senado pronto lo convierta en ley. Necesitamos escuchar a los chicos y acompañar a esas madres que hoy están acá, porque ellas también son víctimas que creen en sus niños y son re victimizadas en todo el proceso de ese calvario que transitan. Hoy, estamos dando un paso importante, pero, como dijeron otros diputados, debemos asumir el compromiso para visibilizar este tema y continuar poniéndolo en la agenda política, a fin de que sean respetados los derechos de los chicos y acompañar a estas madres consideradas mentirosas y fabuleras por parte de la justicia argentina. El transcurso del tiempo es importante porque no podemos lograr reparaciones del dolor y del daño si no actuamos rápidamente. El dictamen de las correspondientes comisiones significa un verdadero avance en la materia. Asumimos un compromiso, pero debemos buscar la

vuelta para que la Justicia acompañe. Si no, este calvario no se va a terminar. No sólo hay que reparar el perjuicio causado a las víctimas, sino también evitar que estos monstruos violadores sigan en la calle, porque van a volver a violar. Entonces, estamos hablando de justicia tanto para reparar como para evitar que estos victimarios estén libres”.

IX. Evidentemente el dictado de esas normas tuvo como objeto garantizarle la tutela judicial efectiva a las víctimas menores de edad, que han sido abusadas sexualmente y que por las características descriptas por las/os legisladores/as, en una gran mayoría de casos el develamiento se produce muchos años después de haber cesado la comisión del delito.

Aunque el objetivo esencial es como dije garantizar derechos de las víctimas, con ello la República Argentina cumple con los compromisos asumidos internacionalmente de eliminar los obstáculos legales que conculcan el derecho a la tutela judicial efectiva.

La *tutela judicial efectiva* es uno de esos conceptos claves sobre los que ha girado el desarrollo del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del siglo pasado. Como derecho fundamental a nivel constitucional aparece en Europa tras la Segunda Guerra Mundial como una vigorosa reacción frente a la trágica experiencia jurídica de la época inmediatamente anterior al conflicto mundial, con las que las constituciones pretendieron frenar los embates del poder público en los dos frentes más amenazados: en materia penal y contencioso administrativa; convirtiéndose hoy en el centro de la dogmática del derecho público.

Su origen se sitúa en la Constitución italiana de 1947 (art. 24), incorporada luego a la *Grundgesetz* alemana de 1949 (art. 19.4), aunque con esa denominación – con la cualidad añadida de “tutela efectiva” –, es producto del constituyente español



de 1978 (art. 24.1) y así recogida luego en algunas de constituciones latinoamericanas más actuales como Venezuela (1999, art. 26); Ecuador (2008, arts. 11.9 y 75); Bolivia (2009, art. 115.1) y Cuba (2019, art. 92)

En el ámbito de los tratados internacionales de los derechos humanos, el término viene a recogerse por primera vez en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza, en 2000, que reconoce expresamente en su art. 47, el “derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial” aunque, con terminologías diferentes, ya formaba parte del catálogo de derechos de Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, –que consagra (art. 10) “el derecho de toda persona a ser oída, en condiciones de igualdad públicamente y con justicia por un tribunal imparcial e independiente para la determinación de sus derechos u obligaciones” y (art. 8), el derecho “a disponer de un recurso efectivo ante los tribunales nacionales que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.” Con fórmulas análogas se recoge también el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, (art. 13), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José, 1969 (art. 8.1 y 25) y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (art. 7).

La tutela judicial efectiva comprende un triple e inescindible enfoque: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión. c) Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.

Conforme ello, la prescripción es presentada como un obstáculo legal que impide a la víctima ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto supone un límite al poder punitivo del Estado, que se reconoce solo cuando se ejerce dentro del periodo previsto por la Ley y pasado el mismo desaparece tal posibilidad de ejercerlo.

X.-Se define a la prescripción de la acción como una causa de extinción de la pretensión punitiva estatal, que opera por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito. (Lazcano, Carlos, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, David Baigun, Eugenio R. Zaffaroni (dirs) 2002, t.2, p653.

La CSJN, al fallar en el caso “Arancibia Clavel”, señaló que el fundamento común de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda (de la acción o de la pena), es 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 jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para ser un mero hecho histórico anecdótico. (CJSN Fallos 327:3312, cons. 20)

También, hay consenso en la jurisprudencia en que la prescripción es una garantía del individuo, cuya función consiste en garantizar que ese poder no se utilizado más allá de los límites de la necesidad social.

El otro aspecto que ha generado importantes discusiones es el relacionado con la naturaleza jurídica del instituto. Las tres posturas que se han desarrollado se agrupan en la teoría sustantiva o material, la procesal y la mixta. Para la primera la prescripción forma parte del derecho sustantivo y supone la eximición de la punibilidad, aunque proyecte sus efectos en el proceso penal.

En el otro extremo, encontramos la teoría mediante la cual se afirma que es una institución de naturaleza estrictamente procesal, puesto que la imposibilidad de



castigar un injusto penal se produce como consecuencia de un óbice de procedibilidad. Por último la postura que le asigna una naturaleza mixta o doble personalidad jurídica, parten del doble efecto que tiene su aplicación. Ello significa que “los tribunales pueden apreciar, en cualquier momento del proceso, de oficio o a instancia parte el cumplimiento del plazo preclusivo de la responsabilidad criminal. Así pues de una parte, y para poderse concretar como existente, es necesario acudir a las normas procesales que nos enseñan la realidad del trámite y los correspondientes plazos, y de otra, es necesario entender que a través suyo, puede llegarse a la conclusión o resolución tan importante como es la extinción de la responsabilidad penal con todas las demás consecuencias favorables para el presunto reo o hipotéticamente inculpado y ello, en aras de un principio tan general y antiguo como es el de seguridad jurídica que debe ser aceptado en todo enjuiciamiento” (Sentencia del Tribunal Supremo Español del 25-1-94, RJA 106)

En nuestro país, la discusión doctrinaria ha sido zanjada por la CSJN, que ha tomado partido en este sentido. A partir del caso “Miras” ha venido afirmando que el concepto de ley penal comprende no sólo al precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva. En el caso “Arancibia Clavel”, antes citado, también se sostuvo que el principio abarca todas las condiciones de punibilidad y no está limitada al ámbito de lo imputable. (Voto del Dr. Belluscio)

La

Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, resolvió “Solo me resta agregar que tuve oportunidad de expedirme en un caso análogo, “C., P. E. s/ La prescripción de la acción penal en casos de abuso sexual infantil” (CNACC, Sala I, causa nro. 63.376/2014/3/CA caratulada “C., P. E. s/ Prescripción”, en donde entendí que la discusión dogmática y jurisprudencial sobre el tema se encuentra zanjada por

la CSJN al sostener “Que el instituto de la prescripción de la acción penal está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso ‘Miras’ (Fallos 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal.” (Voto Dr. Rimondi causa N° 8.75-2017-CNC1, “LUCIO, Juan Alberto y LUQUEZ, Ramón Eladio s/ recurso de casación)

Sin embargo, no podemos soslayar que otros países no le asignan la misma entidad a la prescripción. En los Estados Unidos de América la irretroactividad de la ley penal comprende el castigo de los hechos antes de la sanción de la ley, la agravación del delito imponiéndole pena mayor que la tenía al tiempo de ser cometido, la agravación de la pena del delito y aspectos procesales relacionados con la regla de prueba, dejando afuera las normas de la prescripción.

En Alemania es considerada por la mayoría de la doctrina de naturaleza procesal y a pesar de ello se debatió si se vedaba su aplicación retroactiva ante la ampliación en los plazos de prescripción. El Tribunal Federal Constitucional sostuvo que no está alcanzada por la prohibición de aplicación retroactiva de la ley más gravosa. (Cita del Procurador General en el dictamen del fallo de la CSJN “Torea”)

En el caso citado, la CSJN adhirió al dictamen del Procurador de la Nación., quien desarrolló las opiniones que rechazan en los supuestos de sucesión de leyes la aplicación de una ley que amplíe los plazos de prescripción, una ley que permita al Estado continuar ejercitando sobre el ciudadano su poder punitivo y, por ello, una ley más gravosa.



Todo lo hasta aquí expuesto refleja el criterio de la CSJN que refiere a supuestos de sucesión de leyes en delitos comunes, es decir a leyes más gravosas para el imputado que se han sancionado cuando el delito ha cesado. En esos casos la ley entra en vigencia entre la cesación del delito y la condena.

Cabe aclarar que a la fecha no hay precedentes de la CSJN en los que se debata esta cuestión, en los que se juzguen hechos calificados como constitutivos de los delitos contra la integridad sexual tipificados en el Título III del Código Penal de la Nación. Según informa el MPF de la Nación en su página oficial se encuentran para resolver –al menos- siete recursos extraordinarios interpuestos por el acusador público nacional, algunos en conjunto con la parte querellante, contra absoluciones dictadas por las diversas Salas de la C.N.CCC. (Los casos son “Moreyra”, “Molina”, “Ugarte”, “Susanj”, “Sauco”, “Funicelli”, “Clancy” y “Villanueva”).

Por otro lado, el Superior Tribunal de Chubut se expidió en los casos “Epulef”, “Gutiérrez Olguera”, “Ortiz” y “Neira” en los que se investigaban abusos sexuales cometidos contra menores y los hechos denunciados habían ocurrido y cesado antes de la sanción de la “Ley Piazza” y de la “Ley de respeto de los tiempos de las víctimas” (Leyes Nros. 26.705 y 27-206). Los cambios legislativos se produjeron entre la cesación del delito y la denuncia. En esos cuatro casos eran supuestos de sucesión de leyes a diferencia del presente que es de coexistencia de leyes.

Los fundamentos volcados por los distintos Ministros y Ministras del Máximo Tribunal de Chubut coinciden en su mayoría en no hacer lugar a la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa en los casos de sucesión de leyes. La única disidencia ha sido suscripta por el Juez Lucchelli que integra esta Cámara, en el carácter de subrogante del Máximo Tribunal, en el caso “Ortiz”.

En los autos caratulados “Gutiérrez Olguera, Edgardo p.s.a abuso sexual agravado s/ impugnación extraordinaria la Ministra Banfi expresó: “Así el artículo 2 del Código Penal determina la validez temporal de la ley penal y el principio de la ley penal más benigna; y el artículo 18 de la Constitución Nacional impide que una persona sea juzgada y penada por un hecho que, al tiempo de comisión no era delito o no era punible y veda la posibilidad de imponer una pena más gravosa. De esta manera la cuestión a determinar cómo vamos a interpretar esta pugna que existen entre las normas constitucionales – principio de legalidad/irretroactividad de la ley penal más gravosa- y las convencionales –que garantizan o tutelan los derechos de los niños y mujeres-. No es nada sencilla decisión, máxime cuando es deber de los estados actuar con la debida diligencia en estos casos y con una mirada sensible al género. Sin embargo considero que la misma normativa internacional me obliga a mantener una postura coherente con el ordenamiento interno, sobre todo cuando se trata del principio constitucional máspreciado: el de legalidad”. (Expediente Nro. 100820- año 2022)

XI. Es oportuno y necesario recordar que tanto el MPF al alegar su pretensión como la Jueza al resolver se apartan del criterio sostenido por la CSJN para los casos de sucesión de leyes, en las que las últimas amplían los plazos de prescripción en delitos comunes y de la doctrina específica del STJ sostenida desde el año 2017 sin reparar que, a diferencia de los casos juzgados por nuestro Máximo Tribunal provincial, en estos actuados se juzga un delito continuado -conforme la calificación legal escogida del MPF-, y que durante el tiempo en que se produjeron los hechos se sancionaron dos leyes que modificaron el instituto de la prescripción ampliando los plazos de prescripción, lo cual –reitero- constituye un supuesto de coexistencia de leyes.



Todo ello, a pesar de que la Defensa Técnica al requerir el sobreseimiento, hizo especial referencia a esta circunstancia y apoyó su pretensión en el caso “Granillo Ocampo” de la CSJN, en la que el Máximo Tribunal de la Nación resolvió un planteo de prescripción en un delito permanente.

Veamos.

El Artículo 63 del Código Penal establece que la prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.

En consecuencia, volviendo al punto de partida, lo que aquí se debe establecer es cuál de las leyes se aplican el caso en particular, si la ley que estaba vigente cuando el imputado habría comenzado a abusar a la niña (Ley Nro. 11.179) o la que estaba vigente cuando había cesado el delito. (Ley Nro. 27.206 -2015- con la particularidad que esta ley derogaba la Ley Nro. 26.705 -2011- , que también modificaba los plazos de prescripción para los delitos contra la integridad sexual.

La diferencia entre las dos últimas leyes radica en que la primera establecía que la prescripción comenzaba a correr cuando la menor víctima cumplía la mayoría de edad y en la última se dispuso que el plazo 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.

Para ello, necesariamente debo acudir al principio de legalidad, que en su faz de garantía contra la aplicación retroactiva de leyes penales –más gravosas-, regulado en el artículo 2do. del Código Penal, se encuentra formulado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento*

de la comisión del delito”. Asimismo, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone – en forma similar a la Convención – que “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*”.

De lo expuesto se desprende la importancia de la determinación del momento de la comisión del delito, ya que la ley aplicable será aquella que rija en ese tiempo. En estos casos las leyes no se suceden, sino que coexisten en función de la naturaleza jurídica de los delitos permanentes, y na sola de estas leyes es la que se debe aplicar porque uno sólo es el delito cometido.

Ahora bien, lo que primero se debe establecer en el caso de delitos cuya ejecución se traduce a través de actos extendidos en el tiempo, cuál es el momento del hecho.

Sabemos que se entiende por delitos permanentes aquellos en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica.

También cabe aclarar que la cuestión en debate resulta extensible a todos aquellos en que es posible distinguir entre el momento de consumación y de agotamiento del delito como los delitos continuados y los habituales, respecto de lo cual no hay controversia en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Tal como he venido señalando el MPF escogió la calificación legal y en esa faena eligió concursar los hechos bajo la figura del delito continuado, que, en una apretada síntesis, consiste en considerar un supuesto de concurso real como si fuera un concurso ideal. Es decir varias acciones naturales son consideradas en la ficción como si fuese una sola acción jurídica.



Así, en un período de tiempo determinado una persona puede realizar una serie de actos contra una misma víctima y el tratamiento que recibirán estos hechos por parte del ordenamiento jurídico podrá ser del delito continuado.

XII. En consecuencia, yendo a la cuestión de fondo, es evidente que estamos ante un “caso difícil”, en virtud de los derechos constitucionales y convencionales en pugna que tienen los justiciables y porque además jurisprudencia de la CSJN presenta una serie de particularidades que no pueden ser ignoradas. Por un lado el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva y por el otro el principio de legalidad, de irretroactividad de la ley penal y de la aplicación de la ley penal más benigna.

La noción de “caso” es simple sólo en apariencia. A su respecto se han elaborado definiciones sumamente refinadas y precisas, como la que nos ofrecen Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 51), cuya cabal comprensión requiere de la iniciación a un aparataje conceptual que escapa a esta sentencia. Otras, por coloquiales, parecieran mucho más accesibles, como la que esboza Genaro Carrió (1987, p. 22).

Por ello llamaré “caso” (caso jurídico, o caso judicial, para evitar cualquier confusión) a una cierta situación fáctica, donde distintas partes aparecen con intereses encontrados, en razón de los cuales se ha generado un conflicto; este conflicto es presentado ante una autoridad que debe resolverlo mediante algún tipo de pronunciamiento que ha de estar dotado de un mínimo de racionalidad y respaldado por la amenaza de emplearse la coacción en caso de que fuera necesaria para hacer efectivo lo resuelto.

En el “caso fácil” estamos ante un conflicto originado en ciertos hechos (en determinada situación fáctica) cuya reconstrucción es relativamente sencilla: los discursos de las partes son suficientemente claros en este aspecto y las pruebas

aportadas, producidas respetando todas las garantías y libertades, resultan consecuentes y coherentes entre sí, por lo que la cadena de circunstancias que ha generado el conflicto puede ser historiada de una manera clara y suficiente a los fines de la toma de decisión. Ante ello, el juez que debe resolver el conflicto no encuentra mayores dificultades para subsumir los hechos —tal cual le han sido ofrecidos— en alguna (o algunas) de las normas que pueden encontrarse en el ordenamiento. Por su parte, esa norma —o esas varias normas, todas ellas relevantes para el caso, que precipitan en un precepto único, armado con propiedades de todas y cada una— no presenta mayores dificultades para su conocimiento e interpretación: ha quedado expresada en un lenguaje fácilmente comprensible, sin imprecisiones graves, con un sentido unívoco, y aparece claro (al menos *prima facie*) que es el precepto idealmente aplicable a los hechos tal como estos han sido reconstruidos. En resumen: un caso se considera fácil cuando, a partir de datos claros, o no discutidos, o adecuadamente probados sobre los hechos (la *quaestio facti*), es posible ponerlo en relación de manera natural, no forzada o espontánea con algún enunciado normativo suficientemente unívoco (la *quaestio iuris*), para derivar de ello una conclusión (formalmente válida y materialmente satisfactoria) que respalde una decisión (una sentencia) no controversial.

“Lo que hace que un caso sea difícil (dificultad que puede presentar diversos grados) es un cúmulo de circunstancias de distinta índole que presionan, cada una a su manera, al juez en el momento en que debe dictar la sentencia que resuelva el conflicto que le ha sido planteado. Por supuesto, no todas ellas agravan un caso de la misma manera o en el mismo grado, cuestión que depende de muy diversos factores. Algunas de tales circunstancias son circunstancias específicas del caso (inherentes al mismo), y en este renglón agrupamos tanto a las que están referidas a los hechos como a las que provienen de las normas que podrían aplicarse. Un segundo grupo remite a



las circunstancias que afectan el mecanismo inferencial. Se trata de dificultades que se presentan cuando tanto la premisa normativa como la premisa fáctica han sido establecidas luego de laboriosas elucubraciones, de tomas de decisión parciales, de opciones sometidas a la prudente discrecionalidad, etc., sin lograrse una fuerte certeza sobre su sentido. A consecuencia de esto la conclusión a la que se arrije (aquella que, luego de atravesar ciertos tamices, va a convertirse en lo resolutivo de la sentencia), corre el riesgo de no quedar debidamente respaldada, no ser suficientemente sólida o no provocar la necesaria convicción. En el último grupo se encuentran otros factores que, aunque no sean propios de aquello que se juzga, contribuyen decisivamente a complicarlo. Su consideración se hace necesaria porque ejercen una poderosa influencia en el juez (en cualquier juez, aunque ocurra en cada quien de manera diferente) a la hora de tomar su decisión y en la elaboración de su sentencia. Los llamaré —más abajo— circunstancias genéricas, o externas al caso, y para anticipar un ejemplo, recurriré a lo que Ross denomina la conciencia jurídica material del juez”. (Lo difícil de los casos difíciles, Por Guillermo G. Peñalva)

En estos actuados las múltiples dificultades se presentan no sólo por la colisión de las normas constitucionales y convencionales en juego, sino por el recorrido procesal que le han impreso al caso —desde la calificación legal escogida, la forma en que se concursaron los hechos; la suscripción de un acuerdo de juicio abreviado que requiere de del imputado que debe aceptar su responsabilidad penal y la sanción que se le impondrá y que genera en la víctima la expectativa de una condena, cuando en realidad está cuestionada la subsistencia de la acción penal; y la desvinculación argumentativa de la respuesta del MPF y de la sentenciante al planteo de la Defensa, entre otros.

Lo cierto es que “un caso se hace difícil cuando, más allá de lo fáctico o de la interpretación de las normas, el juez toma conciencia de que el sustrato de la causa que tiene la obligación de resolver, resulta un conflicto entre derechos fundamentales, entre principios reconocidos o entre reglas venerables, y que no le alcanza, para dar adecuada motivación a su pronunciamiento, la cita de alguna norma o la remisión a algún precedente jurisprudencial. En tales circunstancias, al fallar sobre el asunto, su actividad deberá incluir la estimación de los valores que, aunque disimulados, están en competencia, y preferir —con ayuda de la razonabilidad— a uno por sobre otro u otro. Esa actividad adicional hace ingresar al juez en elecciones y consideraciones que van más allá de las operaciones de reconstrucción de los hechos, de la interpretación de las normas o de la subsunción cuasi silogística. No solo exige una dedicación más considerable de su parte (lo que se traduce en más trabajo y más estudio), sino que también provoca un mayor desgaste emocional, porque se siente más expuesto al peligro de que su decisión no haya previsto todos los aspectos del problema o no conforme las expectativas de nadie”. (Lo difícil de los casos difíciles, Por Guillermo G. Peñalva)

Como afirma Pietro Sanchís, la aplicación de principios constitucionales ha hecho “del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles (...)”. La aplicación del Derecho “es por naturaleza una actividad justificadora que requiere y ha de apoyarse en razones y formas argumentativas que no son especiales, sino que remiten a una racionalidad práctica general; la tarea justificadora requiere igualdad y universalidad, es decir, requiere un género de razonamiento que puede ser pronunciado ante cualquiera y sin necesidad de recurrir a la coacción o a la mera autoridad” (Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”. Trotta, Madrid, 2003, p. p. 335)



Alf Ross sostuvo “El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como ‘correctas’, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a esta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino la manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones que hemos denominado tradición cultural. Bajo el nombre de conciencia jurídica material esa tradición vive en el espíritu del juez, y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho. (Ross, 1974, p. 133 SCBA; Causa Ac. 95.464; sent. del 27/6/2005).

El carácter terrible del poder que, según Montesquieu, tienen los jueces, y su natural arrogancia solo puede ser contrarrestada por la adopción de una específica deontología profesional que no sólo abarca su independencia institucional sino sobre todo su independencia moral y cultural. Esto implica que deben someter sus decisiones a la evaluación de otros valores como la libertad y la justicia. “La honestidad intelectual, la genuina autocrítica, la prudencia ante la posibilidad de usar la discrecionalidad, la conciencia del peligro de caer en el error, la renuncia a las especulaciones, al exhibicionismo o al discurso fatuo, etc., forman parte del arsenal de máximas de buen comportamiento por las que deben guiarse los hombres y mujeres que ejercen la magistratura ser mitigados (Andrés Ibáñez, 2015, p. 346)

XIII. En definitiva, para resolver el caso, considero prima facie que el acusado no puede ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que, a pesar de la sanción de una norma más gravosa, en este caso que prolongaba los plazos de prescripción, siguió adelante con su conducta criminal sin adecuarla a las nuevas exigencias normativas.

El criterio de la buena conducta, informa que tanto la prescripción como la aplicación de la ley penal más benigna, son instituciones que sólo benefician a los imputados que demuestran una buena conducta, y que surge cuando el autor desiste de su voluntad de mantener la situación antijurídica permanente.

Por el contrario, mientras esta buena conducta no surja, el delito no estará terminado y no corresponderá aplicar ninguna institución beneficiosa (sea la prescripción o la aplicación de la ley penal más benigna).

El agravamiento de su posición tiene como base su voluntad de seguir delinquiendo al prolongar la consumación del hecho ilícito. De suerte que el criterio resulta acorde con el principio de culpabilidad y tampoco lesiona el principio de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional) puesto que no puede equipararse la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó cometiendo a pesar de ello.

A pesar de la modificación de la ley, asignando consecuencias más gravosas al incumplimiento de una norma, subsiste de todos modos, los deberes impuestos a un/a ciudadano/a, a través de los cuales se le reclama no seguir adelante con la ejecución del comportamiento prohibido, sin importar cual haya sido el régimen legal a cuyo amparo el hecho tuvo principio de ejecución. (La aplicación de leyes penales sobrevinientes, respecto de delitos cuya ejecución se extiende en el tiempo, por Pablo



Zalazar, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 17, Pág. 148, Editorial Hammurabi)

En esta línea de argumentación en el Caso “Tiu Tojín”, la CIDH afirma: “...Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son, la Sala Penal Nacional de Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y la Corte Constitucional de Colombia, Estados que, al igual que Guatemala, han ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada”. (Párrafo 87)

En el mismo sentido, en el Caso “Gelman” el Tribunal citado ha sostenido “...Es necesario reiterar que este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo...”. (Sentencia del 24 de febrero de 2011, apartado 236)

La CIDH, además, apoya su criterio en el caso "Rohlena vs. The Czech Republic" del T.E.D.H.) “...en tanto que la nueva tipificación, por un lado, era requerida para cumplir con la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta punible (derivada del arto 3° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) y, por el otro, era consecuencia de la obligación de investigar y sancionar hechos de tal especie así requerida por el ius cogens”. (Sentencia del 27 de enero de 2015)

Cabe agregar, que sobre este aspecto, la doctrina de nuestro país, mayoritariamente, se ha pronunciado en favor de la aplicación de la ley vigente al momento del cese de la comisión del delito, sin que ello constituya una violación al principio de legalidad ni al de aplicación de la ley más benigna, cuando la ley ha sido sancionada durante el tiempo en que continúa la situación antijurídica.

“...Especialmente importante es la determinación del término de la actividad, ya que es decisiva (...) porque en caso de modificación de la legislación, es aplicable al hecho total el derecho vigente al tiempo del acto de término”. Diferentes autores proponen que, para determinar el marco penal aplicable en casos en que se dé una posible continuidad delictiva entre delitos tentados, consumados, agravados y atenuados, la solución más adecuada es la de tomar el marco penal que corresponde al hecho individual más grave. Es decir, en el usual caso de quien, para robar una biblioteca usualmente abierta al público, todos los días se lleva un libro, hasta que un día advierte que la caja estaba cerrada y decide romper la puerta de ingreso, se debería aplicar la escala del robo y no del hurto”. (Righi, E. Derecho Penal. Parte General. Bs. As: Abeledo Perrot, 2010. P.447; Bacigalupo, E. Ob. Cit.. Pág.588; Welzel, H. Ob. Cit. Pág.336 y pág.338)

En igual sentido, en Alemania, se ha sostenido “...la agravación tiene lugar en el curso de un hecho divisible, se condena al autor por el precepto más riguroso; pero



para evitar su efecto retroactivo el precepto más riguroso ha de aplicarse de modo que en la determinación de la pena se tenga en cuenta la valoración más leve de la parte primera del hecho”. (cfr. Jakobs, G. Derecho penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2da. Ed., Marcial Pons: Madrid. 1997, parágrafo Apartado 4, 61. Pág.117.-

Para finalizar, entiendo atinado hacer referencia al criterio del “cambio en la valoración social”, respecto del cual la CSJN ha sostenido que el principio de la ley penal más benigna sólo garantiza que no se impondrán o mantendrán penas cuando la valoración social que pudo haberlas justificado en el pasado ha variado, en el sentido de que lo que antes era juzgado reprochable ya no lo es, o lo es sólo en menor medida.

Para ello, a fin de comprobar si ha existido un cambio en la valoración social de la conducta reprochada, se aconseja analizar el informe o dictamen de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados que acompañó el proyecto de ley finalmente aprobado; así como las exposiciones de los/as diputados/as y senadores/as.

Sobre este particular, he transcripto ut supra, algunas partes del debate parlamentario de la ley Nro. 27.206 del que se desprende que la valoración social negativa de los hechos que aquí se juzgan no sólo se encuentra plenamente vigente, y además que los/as legisladores siguen atentos la conflictiva social que rodea a los delitos de abuso y la necesidad de sancionar las normas que faciliten su juzgamiento mediante un proceso justo para el imputado, pero que al mismo tiempo garantice la tutela judicial efectiva.

En esa faena es que modificaron el régimen de la prescripción, aunque como ha quedado aclarado al describir el trámite parlamentario que se le imprimió a la Ley Nro. 27.602, existió un dictamen de la minoría que propiciaba declarar a los delitos cometidos contra la integridad sexual como imprescriptibles, que no fue aprobada.

También debe considerarse que tanto la “Ley Piazza” como la “Ley de respeto de los tiempos de las víctimas” integran el conjunto normativo de leyes –antes detallado- que la República Argentina ha sancionado para revertir la desigualdad histórica que sufren las mujeres y erradicar la violencia contra las mujeres y evitar su impunidad.

XIV. Yendo al análisis específico de la jurisprudencia de la CSJN, debemos tener presente que en los casos En el caso “Jofre” (Fallos:327:3279, año 2004) (y más tarde en “Rei” – (Fallos; 330:2434 -2007)-, “Gómez” (Fallos: 332:1555, año 2009), y “Landa” (Fallos 328:2702 “la mayoría de la CSJN sostenía la inaplicabilidad del art.2 del C.P. en casos de delitos permanentes. Según ésta posición, la unidad delictiva que posee el hecho permanente hace que la última ley no se aplique retroactivamente, sino la ley vigente al momento de su comisión (tempus regit actum). Se afirma que la citada norma fue ideada sólo para casos de sucesión de leyes penales no así para los delitos permanentes, en el que existen varias leyes pero que concurren durante sólo un momento (concurso aparente de tipos durante el “momento de comisión” del delito), y por ello estos casos debían resolverse conforme al principio que señala que ley posterior deroga a la anterior.

Ya en el año 2014 la CSJN, apartándose de lo resuelto en los casos antes citados, resolvió el expediente “Granillo Ocampo R.E. y otros” –citado por la parte recurrente-, con una mayoría integrada por los Ministros Lorenzetti, Maqueda, Petracci y Zaffaroni, en el que se había solicitado la prescripción con relación a una acción penal seguida por el delito de interposición de personas para disimular el enriquecimiento ilícito de un funcionario público previsto en el art. 268 inc. 2 del Código Penal, presuntamente cometido entre octubre de 1994 y diciembre de 1999. Si bien la figura penal permaneció inalterada durante esos años, en ese ínterin se elevó el máximo de la escala penal de cuatro a seis años de prisión. En el considerando 8º



la CSJN toma partido por el principio de legalidad, en su faz de garantía contra la irretroactividad de la ley penal y resuelve la situación planteada tan solo sobre la base de la aplicación de dicho principio, de forma tal que la regla que consagra la retroactividad de la ley penal más benigna no cobra relevancia alguna para la decisión del caso. En efecto de acuerdo al razonamiento de la C.S. en aquellos supuestos de delitos que se cometen a través de varios actos, durante cuya ejecución sobreviene una nueva ley más severa, es de aplicación la ley vigente al momento en el que comienza a ejecutarse la conducta atribuida, a pesar de que algunos tramos ocurran luego de la aprobación de la nueva ley, dado que la aplicación de esta última implicaría una violación al principio de legalidad.

Tres años más tarde, en el 2017 la Corte Suprema de la Nación, según señalan los Ministros votantes, precisó su postura sobre un punto en el que antes no había establecido doctrina, estableciendo un nuevo alcance al principio de aplicación de la ley penal más benigna en relación con los delitos continuos o permanentes. (art. 2º Cód. Pen.)

En la causa conocida como “Muiña” (CS, Fallos 340:549) , con voto de la mayoría integrada por la Ministra Highton de Nolasco y los Ministros Rosenkrantz y Rosatti, dejó sin efecto la decisión de la Sala IV de la CFCP y falló en favor de aplicación del art.7 de la ley 24.390, que contenía la conocida fórmula del “2x1”, por considerarla ley penal más benigna. Por su parte, la disidencia expuesta por los ministros Lorenzetti y Maqueda, reafirmó la postura anterior del Máximo Tribunal sostenida en los casos “Jofre” (Fallos: 327:3279), “Rei” (Fallos 330:2434), “Gómez” (Fallos: 332:1555), y “Landa” (Fallos: 328:2702). Hago notar que los Ministros Maqueda y Lorenzetti, que ahora suscriben las disidencias votaron el dictamen de la mayoría en el caso “Granillo Ocampo”

En “Muiña”, en el apartado 10 del voto de la mayoría (compuesto por los Ministros Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Rosatti) , se afirma: “Que, entonces, la interpretación adecuada del art. 2º del Código Penal es que resulta también aplicable a los delitos permanentes. En efecto, si el legislador, a quien le compete realizar las distinciones valorativas que pudieran corresponder, hubiera considerado que el art 2º del Código Penal no debía aplicarse a los delitos permanentes por cualquier razón, habría hecho la salvedad pertinente que no hizo y que el Poder Judicial, en virtud de la materia que aquí se trata -penal-no puede hacer. Más aún, cuando el legislador quiso estipular como relevante algún momento en especial de todos aquellos durante los cuales los delitos permanentes son cometidos, lo hizo de modo explícito. En ese sentido, el art. 63 del Código Penal, por ejemplo, establece que en los delitos permanentes para determinar cuándo comienza a correr el plazo de la prescripción, debe tenerse en cuenta el momento en el que cesan de cometerse. Debe recordarse que esta Corte tiene dicho que la inconsecuencia en el legislador no se presume (Fallos: 304:1820; 306:721; 307:518; 315:2668, entre tantos otros), de manera que no pueden caber dudas sobre la plausibilidad de las consideraciones precedentes.

Por el contrario, la disidencia integrada por los Ministros Lorenzetti y Maqueda sostiene: “Por ello, el derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa(cfr. doctrina de Fallos: 321:824, disidencia del juez Petracchi, considerandos 11 y sgtes., a los que se remite en Fallos:329:1053). Sólo en ese caso tiene el imputado por la comisión de un delito, un derecho federal a la aplicación de la ley posterior más benigna. Expresado en términos de una tradicional doctrina de esta Corte, cabe decir que la modificación de preceptos que condicionan la sanción penal "no configura un



régimen más benigno si no traduce un criterio legislativo de mayor lenidad en ordena la infracción cometida”(Fallos: 211:443,y disidencia del juez Petracchi en Fallos: 321:824, considerando 9º)”

“En este supuesto el carácter permanente de un delito implica que si durante su lapso de consumación rigieron dos le-yes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del art. 2º del Código Penal, donde se debe aplicar siempre la más benigna), sino de coexistencia de leyes. Por lo tanto, siguiendo este enfoque, se debe aplicar una sola ley que es la vigente en el último tramo de la conducta punible”.
(Voto Dr. Lorenzetti)

“Esta regla es la aceptada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que "por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo...la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo"("Gelman vs. Uruguay", sentencia del 24 de febrero de 2011, apartado 236)”

Un paréntesis.

Corresponde dejar sentado que con posterioridad al fallo “Muiña” de la CSJN, -nueve días después-, se publicó en el Boletín Oficial la Ley Nro. 27.362, que fue aprobada por unanimidad de ambas cámaras en la que se establece que “ conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional. El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo

7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley. Por último, que lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aún a las causas en trámite.

En diciembre de 2018 la Corte Suprema sentenció, en el caso Rufino Batalla, se pronunció sobre la inaplicabilidad del beneficio del 2x1 en los casos en los que se juzgan delitos de lesa humanidad. La Ministra Elena Highton de Nolasco y el Ministro Horacio Rosatti coincidieron en su voto, mientras que los Ministros Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti hicieron lo propio en un voto por separado. El Ministro Carlos Rosenkrantz, en tanto, votó en disidencia.

En una apretada síntesis, para la Jueza Highton de Nolasco y el Juez Rosatti el debate sobre la aplicación del beneficio del ‘2x1’ para los delitos de lesa humanidad necesitaba la sanción de una ‘ley interpretativa’ por parte del Congreso de la Nación. (Ley Nro. 27.362)

En sus votos, los Ministros Maqueda y Lorenzetti señalaron que las cuestiones planteadas por la parte resultaban análogas a las que analizaron en sus respectivos votos en disidencia en el precedente “Muiña” (Fallos: 340:549) donde se pronunciaron en contra de la aplicación del “2 x 1” respecto de los condenados por delitos de lesa humanidad. Consideraron que lo establecido en la ley 27.362 sancionada por el Congreso Nacional después del fallo “Muiña” donde la mayoría de la Corte decidió aplicar el “2 x 1” a un condenado por delitos de lesa humanidad, coincide en cuanto a sus efectos con el alcance que en sus disidencias en dicha sentencia le asignaron al art. 7° de la ley 24.390 (“2 x 1”). En consecuencia, concluyeron que no resultaba necesario tratar el planteo del recurrente en el que



solicitaba que no se aplicara la nueva ley, al tacharla de lesiva del principio de legalidad y de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna.

Por su parte, el Ministro Carlos Rosenkratz resolvió, en disidencia, que la solución de “Bignone o Muiña” (Fallos 340:549) sigue rigiendo el caso a pesar de la sanción de la ley 27.362 en tanto dicha ley es inconstitucional. Ello es así porque no se trata de una ley genuinamente interpretativa y aún si lo fuera, sería inaplicable por violar el principio de irretroactividad de la penal consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En definitiva, conforme todo lo expuesto, considero que la respuesta a la impugnación de la Defensa que propugno en estos actuados, no significa un apartamiento a la doctrina legal de la CSJN, en tanto lo resuelto en el caso “Muiña” y en “Granillo Ocampo” no es una doctrina jurídica consolidada y por otro lado, es notable la diversidad de circunstancias fácticas y normativas relevantes que se presentan en el presente caso, con las verificadas en los precedente de la CSJN antes citados.

Si bien los presentes actuados tienen puntos de coincidencia con aspectos jurídicos resueltos en el fallo citado, específicamente a cómo se deben interpretar los principios de legalidad, irretroactividad y ley más benigna en casos de delitos penales permanentes o continuados, los hechos de abuso sexual aquí juzgados fueron calificados como un delito continuado, son constitutivos de delitos de violencia de género y, a la fecha, no existe un precedente de la CSJN en un caso similar.

La propia CSJN ha dicho con relación a la “Doctrina del Leal Acatamiento”: “Que al respecto, debe tenerse presente que esta Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para

casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así, se ha remarcado que ya "en el pronunciamiento dictado en el expediente 'Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo', esta Corte sostuvo que: '...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...' (Fallos: 33:162, considerando 26...). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite" ("Acosta, Leonel Ignacio", Fallos: 340:1084).

XV. Conforme lo expuesto, por los argumentos antes desarrollados, debe rechazarse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del acusado y, en consecuencia, rechazar la excepción por falta de acción por prescripción, en razón que al momento del cese de la comisión de del delito se encontraba vigente la Ley Nro. 27.605.

XVI Una mención especial merece la figura legal escogida por el MPF a la hora de concursar los diversos hechos, que como ha quedado establecido fueron calificados como un delito continuado.

Entiende la doctrina que existen supuestos en que la repetición de conductas típicas no implica un concurso real, sino un mayor choque de la conducta típica llevada a cabo por el sujeto contra el derecho positivo; es decir, un mayor contenido de injusto de la conducta. Es decir, existen tipos en los que no sólo queda abarcada la conducta que lo consuma, sino que eventualmente también abarcan la hipótesis de un número indeterminado de repeticiones de la conducta consumativa dentro de idénticas o similares circunstancias



En estos casos, sostiene el Dr. Eugenio Zaffaroni que de considerarse un concurso real, se llegaría a consecuencias absurdas que entrarían en colisión con el principio de racionalidad de la pena (ej., el cajero de un banco que sustrae una pequeña suma todos los días hasta completar la que originariamente necesitaba y era su propósito sustraer).

En este mismo sentido, Carlos Lazcano afirma que el delito continuado es la concurrencia de varios hechos -cada uno de ellos delictuoso en sí mismo- que por su dependencia entre sí, están sometidos a una sola sanción penal.

Siguiendo la interpretación del ex ministro de la CSJN Dr. Eugenio Zaffaroni, puede advertirse que el delito continuado no está legalmente regulado, sino que surge jurisprudencial y doctrinariamente, y ello obedece a la necesidad de evitar consecuencias absurdas e indeseables, dado que no puede ser voluntad de la ley penar al que hurta \$ 10.000 en cien tandas de \$ 100 con 50 años de prisión, y al que los hurta de una sola vez con 2 años de prisión.

En otro extremo, Ricardo Núñez afirma que si bien no está expresamente definido en nuestro derecho positivo, la existencia del delito continuado, la misma ha sido reconocida por el art. 63 del C.P. con la denominación “delito continuo”, al regular el cómputo inicial del plazo de prescripción de la acción penal. Entonces, en el delito continuado se verifica la existencia de varias conductas (aquí hay pluralidad de acciones, como en el concurso real) pero que son dependientes entre sí, por lo que jurídicamente se las computa como una sola acción.

Sí, en cambio, hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia que habrá delito continuado cuando se verifiquen de manera conjunta los siguientes elementos: • Un dolo unitario (factor final o plan común). • Repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, el que debe admitir grados de afectación (ej., la propiedad) •

Realización de cada acción de forma similar, circunstancia que denote la dependencia de las mismas • Que la conducta implique una injerencia física en la persona del titular; es decir, debe haber identidad física del titular.

A partir de la dependencia que debe existir entre cada uno de los movimientos o acciones que integran al delito continuado (en el concurso real hay independencia), la unidad delictiva se determina en base a dos factores:1) Que la totalidad de esos hechos merezcan la misma calificación delictiva; 2) Que, no obstante poder existir varios ofendidos o víctimas de los delitos cometidos en forma continuada, la naturaleza de los bienes jurídicos afectados debe permitir la unificación delictiva, esto último porque no puede aplicarse la figura para los delitos que afectan derechos personalísimos.

Sintetizando, puede decirse que habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que implique una injerencia en la persona de éste.

Cabe agregar que la doctrina, en su gran mayoría, tanto en nuestro país como en el mundo no acepta el delito continuado contra bienes jurídicos que protegen derechos personalísimos. (Zaffaroni – Alagia – Slokar, Derecho Penal. Parte General, ob. cit., §57, Pto. 1.5, p. 624. En el mismo sentido, Stratenwerth, Günter, , Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible; 2ª edición alemana (1976) traducida por Gladys Romero, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 1.982, § 17, nº 1219, p. 353)

Los derechos sexuales o reproductivos son derechos personalísimos, que integran los derechos humanos más elementales y también han merecido una especial



protección internacional. Ello porque si bien es cierto que en muchas ocasiones los derechos de las mujeres son violados de la misma forma que los de los varones, en otras sus derechos son violados de manera en que no lo son los derechos de los varones, o que lo son pero sólo de manera excepcional. Estas violaciones específicas suelen estar referidas a la vida sexual y reproductiva de las mujeres.

Sin perjuicio de ello, debo reconocer que en nuestra provincia, no es excepcional que el MPF escoja la figura del delito continuado al calificar hechos de abuso sexual de niños, niñas y o adolescentes, a pesar de que como he afirmado se están afectando derechos personalísimos y además no se cumplan los requisitos antes señalados.

Es una obviedad que no es factible la existencia de un dolo total o único de abuso sexual que incluya más de un hecho abusivo y además, no hay manera de sostener que existe interdependencia entre las conductas sucesivas. Cada conducta comienza y se agota en cada hecho de abuso sexual.

Frente a ello, al analizar las diversas teorías que se utilizan para fundar el delito continuado –cuestiones de benignidad de la pena, menor culpabilidad y razones procesales- en estos casos se basaría en aliviar la carga procesal de tener que acreditar cada uno de los hechos, tanto objetiva como subjetivamente, sirviendo el instituto como un método para no dejar impune las conductas.

Nótese que esta postura ha sido criticada por diversos autores, ya que al entender que el delito continuado es una figura procesal útil para el proceso, se desvirtúan los elementos de la figura como tal, desnaturalizándose así el instituto.

Ahora bien, más allá del posicionamiento personal que pudiera tener respecto de la aplicación de la figura del delito continuado a los abusos sexuales, está Cámara

en lo Penal no puede modificar la calificación legal escogida por el MPF, pues con ello se afectaría la garantía de la *reformatio in peus*.

XVI. En virtud de ello, traigo a colación la debida diligencia reforzada que pesa sobre los/as funcionarios/as judiciales, concepto que he desarrollado en la causa “Provincia del Chubut c/ Palleres, Víctor Manuel” (Carpeta Judicial Nro. 5351 Legajo Fiscal Nro. 51467 – Esquel) argumentos a los que me remito.

Sin embargo, me permito reiterar, una vez más, que durante años no se tuvo en consideración los padecimientos de las mujeres que pasaron por hecho violento y, luego, por la violencia institucional.

No puedo desconocer las graves consecuencias psicológicas que presenta la víctima de estos actuados, que han sido mencionadas por la Perito Forense y que integran la historia clínica de la misma.

Con la debida diligencia reforzada se pretende, valga la redundancia, reforzar la prevención de hechos de violencia que la afecten y, cuando ello ha ocurrido, es necesario que los funcionarios judiciales, evitemos su re victimización institucional, para lo cual debemos rediseñar los métodos que utilizamos para cumplir nuestras obligaciones.

Ahora bien, cabe aclarar que la perspectiva de género no es una garantía. Tampoco implica una reducción de las garantías constitucionales.

Juzgar con perspectiva de género es una herramienta conceptual que permite detectar diferencias entre mujeres y hombres que se dan no sólo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos. Debe entenderse cómo una metodología y/o mecanismo que facilita la identificación de situaciones de discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres. Juzgar con perspectiva de género permite modificar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar sobre el conflicto jurídico.



Es importante tener en claro cómo se proyecta la perspectiva de género en el proceso penal, cuya función primordial es la de evitar los posibles excesos punitivos del Estado, al menos en los ordenamientos constitucionales. Sabemos que estos surgen de un principio de sana desconfianza hacia el ejercicio del poder penal por los sujetos institucionales públicos, en tanto que proclives al abuso y a la arbitrariedad, articulan diversos mecanismos para prevenir, corregir y sancionar dichos excesos que se cristalizan en un amplio elenco de garantías penales, procesales y sustantivas cuya función central es la preservación de la libertad del ciudadano.

Aun cuando, indudablemente, quepa extraer rendimientos fructíferos de la perspectiva de género en el análisis e interpretación de la ley penal y de sus instituciones, nunca ha de perderse de vista la función última de límite del poder público de esta rama del derecho estatal.

Por otro lado, con relación a la “Teoría del caso”, la misma puede definirse como el planteo que la acusación o la defensa hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan, y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma como ocurrieron los hechos, y la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.

En consecuencia las excepciones de falta de acción por prescripción no integran bajo ningún concepto la Teoría del Caso y deben ser tratadas por los Tribunales, conforme lo ha sostenido la CSJN en el caso “Fariña” (CSJ 2148/2015/RH1 Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo)

XVII. Con relación a los honorarios del Dr. Fabián Gabalachis, Defensor Particular del aquí imputado, adhiero a la propuesta del Juez que lidera el acuerdo.

Así voto.

La Juez Flavia F. TRINCHERI dijo:

Viene a conocimiento de esta Cámara la impugnación ordinaria presentada por el Sr. Defensor Particular Dr. Fabián Gabalachis contra la Resolución N° 2445/2023 de fecha 10 de Julio de 2023 en la que la Juez Penal Marcela Pérez Bogado rechazara la excepción de prescripción y el sobreseimiento (Art. 285 inc. 5 *contrario sensu* del CPP y 67 del CP) a favor de G.A.K. Tal decisorio, conforme se establecía en el punto III de esa integraría luego la sentencia N° 2669/23 de fecha 07 de agosto 2023, que imprimiendo el trámite art. 355 del CPP, finalmente lo condenara a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas en orden al delito de abuso sexual simple en carácter de autor y en la modalidad de delito continuado (Art. 119 primer párrafo, 55 y 45 del CP, por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn, entre los años 2009 a 2015, en perjuicio de A.S.

Por el Ministerio Público Fiscal, en la audiencia celebrada en esta Cámara intervino el Fiscal Jefe, Dr. Alex Williams y en la etapa previa, las Fiscales Generales Dra. María A. Cárcano y Dra. Romina Carrizo Díaz.

Los motivos de agravios esgrimidos por el Sr. Defensor en su libelo, ratificados en la audiencia a tenor del Art. 385 del CPP, fueron explicados en detalle al inicio de la presente, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.

Previo a adentrarme a la cuestión traída a esta instancia, encuentro necesario realizar una aclaración en cuanto al momento de comisión de los hechos. Luego que la menor A. S. depusiera en Cámara Gessel el MPF en fecha 19 de abril de 2022, en virtud de surgir nuevos hechos amplió la comisión de los mismos a partir del año dos mil ocho hasta el dos mil quince; pero la Jueza en su resolutorio consignó como inicio, el año dos mil nueve, por lo que se tendrán por cometido el delito a partir de esa fecha.



El Dr. Gabalachis planteó como cuestión previa a instancias del Debate de fecha 05 de julio 2023 el sobreseimiento del imputado conforme el Art. 285 inc. 5 del CPP en la comprensión que la acción se encontraba prescripta, argumentando que no resultaban aplicables las leyes 26705-Ley Piazza- y 27206 –ya que de ser así, implicaría vulnerar el principio de legalidad penal.

Los hechos imputados habrían ocurrido conforme la Fiscalía, entre los años 2009/2015 en perjuicio de la niña A. S. nacida el 23 de abril de 2004, enrostrándole a K. el delito de Abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado, Arts. 119 primer párrafo y 55 del CP, habiéndose realizado la denuncia de los mismos, el día 27 de Enero de 2021.

De lo anterior sindicó que tomando en cuenta el último acto consumativo en el año 2015 a la fecha de denuncia ya habían pasado los cuatro años que establece el delito imputado.

La cuestión planteada por el Letrado giró en torno al instituto de la prescripción de la acción, por entenderla constitutiva del principio de legalidad y por tanto de jerarquía constitucional y convencional.

Sostiene que los Pactos internacionales resultan de expresa aplicación al tema que nos trata y que las excepciones a los delitos imprescriptibles que se mencionan - violación a los derechos humanos crímenes de guerra, lesa humanidad- no incluyen en esta categoría a los delitos sexuales.

Afirmó que de acuerdo las fechas de los hechos imputados –conforme Art. 2 primer párrafo del CP- la causa se encontraba prescripta y debía decretarse el sobreseimiento del imputado, no siendo de aplicación las leyes posteriores N° 26705 y 27206, pues éstas no conformaban la excepción de benignidad establecida en el principio de legalidad. Que pese a lo anterior tanto la Juez como la Fiscalía las

justificaban pretendiendo su aplicación retroactiva en base a los compromisos asumidos por el Estado argentino en la materia, en las convenciones de Belem do Pará y de los Derechos del Niño.

Aclara también que el Máximo Tribunal Provincial marcó en los fallos *Neira* del año 2017, *Ortiz* del año 2021 la vigencia del principio de legalidad y el alcance del instituto de la prescripción y su inaplicabilidad en los casos sucedidos con anterioridad a las leyes 26706 y 27206, por lo que la Juez, en base a la teoría del leal acatamiento establecida en el precedente *San Lorenzo* de la CSJN, debió dar razones del por qué se apartaba de los fallos de la Alzada.

Justificó con apoyo del criterio de la CSJN en el fallo *Granillo Ocampo* que la ley aplicable al hecho en el caso de delito continuado sería la del comienzo de ejecución, es decir la del año 2009, aclarando que en esos años el art. 63 y 67 del CP no tenían ninguna clase de interrupción de la prescripción motivado en cuestiones vinculadas a delitos de índole sexual. Afirma que la ley sindicada no podría modificarse pues se estaría aplicando una ley más perjudicial al individuo, lo que iría en contra del artículo 18 de la CN.

En base a ello argumentó que la ley aplicable es la más beneficiosa durante el tránsito de toda la comisión del hecho, por lo que la ley que entró en vigencia el 10 de noviembre de 2015 no sería de aplicación, amén que tampoco existiría precisión respecto de la fecha en la que habían acontecido los hechos en el año 2015.

Indicó que la Ley 27206 no hace otra cosa que derogar los dos incisos de la Ley 26705 que era la Ley Piazza, que en ese punto sería de aplicación más favorable y borraría la mayoría de edad como causal interruptiva de la prescripción.-

Por su parte la Fiscalía objetó la pretensión de la Defensa sosteniendo lo contrario. Expresó que no ha operado una causal de prescripción de la acción penal,



no se ha violentado el principio de legalidad penal, que el planteo resultaba extemporáneo y debía rechazarse el sobreseimiento incoado.

Así explicó que los hechos de abuso sexual de la menor que se le enrostraban a K. se habían desarrollado bajo la modalidad de delito continuado desde 2009 al 2015.

Señaló respecto del planteo del Dr. Gabalachis que éste no había considerado las leyes vigentes para el 2015 y que la víctima era menor de edad, así plantea la remisión al art. 67 del CP que había sido recientemente modificado por la sanción de la Ley 27206 e incorporaba la suspensión de la prescripción de la acción hasta que la víctima fuera menor y hasta que, habiendo cumplido la mayoría de edad, formulaba la denuncia por sí o ratifica la de sus representantes.

Que la ley anterior venía a derogar la llamada Ley *Piazza* –Ley 26705- del año 2011, vigente cuando se estaban cometiendo los hechos, donde se establecía que la prescripción de la acción en ese delito comenzaba a contarse a partir que el menor víctima cumplía los dieciocho años de edad.

Apunta que el análisis realizado por esa acusación es que, si la víctima nació en abril del 2004, alcanzó la mayoría de edad incluso cuando concluyó todo el proceso porque se hace por ratificación de la denuncia de la progenitora a partir del develamiento, siendo entonces que el plazo de prescripción podría haber comenzado a correr en abril de 2022.

Pero, además, resultaban de aplicación la normativa supranacional incorporada en 1994 –Convención de Belem do Pará, conjuntamente con el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de los Derechos del Niño, los cuales operaban como garantía de tutela judicial en base al interés superior del Niño-.

Por lo expresado niega que estuviese en crisis el principio de legalidad, no existiendo afectación ni confrontación de leyes pues la establecida resultaba clara respecto de su vigencia y aplicación.

A su turno, la Juzgadora Dra. Marcela Pérez Bogado compartió el criterio Fiscal en relación a que resultaba aplicable al caso el Art. 67 del CP., pues los hechos ocurrieron durante la niñez de la víctima, lo que suspendía el plazo hasta que la misma adquiriera la mayoría de edad y radicara la denuncia, resultando esa interpretación acorde con la perspectiva de género, aplicada transversalmente, en la valoración de las normas penales.

Efectúa una descripción de antecedentes de la causa, sindicando que la niña víctima contaba con cuatro/cinco años de edad cuando comenzaron los hechos, resultando por ello de aplicación la Convención de Belem do Pará y la de los Derechos del Niño, dado que la adhesión por parte de la República Argentina a dichos tratados hacía que su operatividad sea de pleno derecho, sin necesidad de reglamentación interna alguna.

Señala que para determinar si una acción se encuentra prescripta se deben aplicar las normas de los art. 63 y 67 del CP y verificar la fecha de ocurrencia de los hechos -2008/2009- resaltando que por la edad de la menor ninguna reglamentación interna podría dejarla desamparada bajo el pretexto de prescripción para lograr impunidad. Agrega que teniendo en cuenta los artículos antes enumerados más la modificación introducida por la Ley 27206 en el último, para los delitos del Art. 119 del CP operaba la suspensión de la prescripción mientras la víctima sea menor y hasta que al cumplir la mayoría, radicara la denuncia.

Aclara que si bien se cuestiona la aplicación del art. 67 del CP en razón del tiempo transcurrido entre el último hecho y la denuncia, y que a la entrada en vigencia de la Ley 27206 la acción ya había prescrito, a su criterio, resultaban de plena



operatividad la Convención de Belem do Pará y la Convención del Niño y en virtud de ellos debía resolverse.

Sostiene que debe estarse a la víctima y su derecho a la verdad, debiendo interpretar el principio de legalidad conforme la normativa señalada; puntualmente las consideraciones de este tipo de víctimas en la CEDAW, lo dicho por la CIDH respecto del deber de investigar como obligación estatal, sobre los niños y su protección especial, las responsabilidad Estatal contenida en Convención de Belem do Pará sobre las víctimas de abuso sexual infantil y su deferencia como violación de derecho humano fundamental.

Finalmente resuelve no hacer lugar a la excepción de prescripción ni al pedido de sobreseimiento articulado.

Puesta a resolver en consonancia con lo ya dicho, la Jueza erró al tildar de extemporáneo el planteo defensivo y resultando el mismo de orden público, deviene obligatorio su tratamiento, sobre la cuestión se ha dicho: *“El examen de la subsistencia de la acción penal resulta previo a cualquier otro planteo, toda vez que su extinción constituye una cuestión de orden público, que opera de pleno derecho y debe ser declarada de oficio* (Fallos: 305:652, 327:4633, entre otros) C.S.J.N 31-8-2010, B.627.XLIV, “B.E.G. s/robo calificado/uso de arma”, Fallos:333:1639, citado El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia. Tomo 1, 2º edición -2012- Rubinzal Culzoni Editores. Pág. 522. Por ello, no puede ser tachado de extemporáneo su planteamiento y debe ser analizado.

Que en el caso los hechos se sucedieron desde el año 2009 hasta el año 2015, por lo que se trata de un delito continuado, es decir la perpetración de varias acciones que se consideran como una unidad jurídica.

Durante el transcurso de esos hechos se sucedieron en el tiempo distintas leyes sobre la prescripción de la acción, siendo éste el primer prolegómeno con el que nos encontramos. Así, la Ley *Piazza* -mientras el autor se encontraba ejecutando la conducta- transformó los términos de la prescripción de la acción en los casos de los delitos contra la integridad sexual de menores, permitiendo que esa corriera a partir de la mayoría de edad de las víctimas.

Posteriormente el Congreso de la Nación emprendería una nueva reforma atendiendo a los tiempos de las víctimas, a través de la Ley 27.206, que modificó el Art. 63 del CP y extendió en el Art. 67, la suspensión de la prescripción de la acción hasta que, cumplida la mayoría de edad de la víctima, formulara la denuncia o ratificara la realizada por sus representantes legales –interpuesta en su minoría de edad-.

Entonces, la cuestión se centra en determinar cuál de éstos sistemas legales, vigentes en diferentes segmentos del hecho enrostrado a K., deberá aplicarse al caso; y para ello, he de apartarme del argumento central del recurrente en cuanto a que, por el principio de la ley penal más benigna será el Art. 63 del CP vigente al inicio del hecho el que deberá primar.

En tal sentido, debe estarse al alcance del mencionado principio, el que encuentra sustento en lo establecido por los Arts. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normativas que limitan su extensión a las leyes penales –*stricto sensu*- que efectúan una modificación en la tipificación de la conducta, y/o la sanción correspondiente a un delito.

Prolíficos son los antecedentes que, al respecto, han merecido tratamiento por nuestro Alto Tribunal Nacional – uno de ellos mencionado por el Dr. Gabalachis-, pero los que no se ajustan al caso en tratamiento por lo que no he de considerarlas.



En base a ello opino que si el régimen de la prescripción favorece o no al imputado, no es una cuestión que deba ponderarse a la luz del precepto mencionado, toda vez que se trata de una temática procesal la que, escapa a su contenido.

Dicho esto, la solución la encontramos conforme al hecho que fuera tipificado como “continuado”. Se ha establecido que *“En el caso de que la acción continuada y en el de los delitos permanentes, la cuestión debe precisarse. Maurach, Zipfy Gossel, en la obra citada, afirman que en ambos casos se trata de una sola acción, desde el punto de vista jurídico, de modo que debe aplicarse la ley vigente en el último acto del hecho continuado o hasta el último instante de la situación vigente en los delitos permanentes. Sin embargo, esta afirmación merece una aclaración que la doctrina ha hecho y que debe remarcar”* Ésta no rige, sin embargo, si la nueva ley funda la penalidad; en el caso de acciones continuadas, los actos parciales realizados antes de la reforma legal que perjudica al autor no caen en la conexión de continuidad; en el caso de delitos permanentes (como el de privación de la libertad) la situación criminal dominada por la voluntad del autor debe alcanzar hasta la vigencia de la nueva ley, para que el juzgamiento de lleve a efecto conforme a ésta. Tal principio rige, también, para los delitos continuados y los permanentes, ya que en esos casos y a estos efectos se debe entender como una sola acción (ver Jescheck, ob. Cit)” citado en Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte General Tomo I Rubinza Culzoni Editores Ed. 2008 Pág 403., tal cual se observa no es el caso, pues no se refiere a punibilidad.

Por lo expuesto, juzgo que resulta aplicable al caso la ley vigente al momento que el delito cesó de cometerse, es decir la de diciembre de 2015, siendo la ley 27206 y portanto la redacción del art. 67 del CP que ella incorporaba, en base a la que no se encuentra extinta la acción penal tal como arguye la Defensa.

En el caso no es posible soslayar que el autor, continuó con su conducta ilícita bajo la vigencia de la nueva ley penal asumiendo entonces las consecuencias que traía la nueva normativa.

Advierto que la cuestión puede resolverse a la luz de esta legislación, sin necesidad, como hizo la Juzgadora – sin perjuicio de arribar al mismo resultado - de enfocarse en el caso con sustento en instrumentos internacionales.

Por todo lo expuesto más arriba, ha de rechazarse la excepción de prescripción de la acción y el sobreseimiento –Art. 285 inc. 5° del CPP- peticionado en favor de G.A.K. Así voto.

Respecto a los honorarios correspondientes al Sr. Defensor Particular, Dr. Fabián Gabalachis, por su labor desplegada en esta instancia, adhiero a la propuesta del Juez que lidera el acuerdo. Así lo voto.

Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por unanimidad el siguiente:

FALLO:

- I) **RECHAZAR** el planteo de prescripción de la acción y el pedido de sobreseimiento, en base a las consideraciones *ut supra* efectuadas, en favor de G.A.K (Arts. 285 inc. 5 *contrario sensu* del CPP).
- II) **CONFIRMAR** la Resolución N° 2445/2023 de fecha 10 de Julio de 2023 obrante a fs. 35/38 y la Sentencia Registrada bajo el N° 2669/23 de fecha 7 de agosto de 2023, obrante a fs. 49/52vta.
- III) **REGULAR** los honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular, Dr. Fabián Gabalachis, en veinticinco (25) JUS, a cargo del imputado, (Art. 59 de Ley V N° 90 antes 4920 y 2200, arts. 6 y 7 de la Ley XIII N°4 y arts. 239 y 240 del CPP).



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

“VG – K. G. PSA ABUSO SEXUAL S/ IMPUGNACIÓN” Expte.
Nro. **/2023 CPPM – Carpeta **** OFIJU

IV) TENER PRESENTE la reserva del Caso Federal, efectuado por la
Defensa.

V) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese en forma electrónica.

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior
de la Sra. Juez Dra. Carina Paola Estefanía.

Flavia Fabiana TRINCHERI
Juez de Cámara

Rafael LUCHELLI
Juez de Cámara

Ante mí:

Corina FRANCO
Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° 03 CPPM DEL AÑO 2024. CONSTE.-

Corina FRANCO
Secretaría de Cámara