

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 38644/2015/CA1

“F., N.”. Prescripción. Abuso sexual agravado. Instrucción 30. a/c

///nos Aires, 30 de septiembre de 2016.

Y VISTOS:

La representante del Ministerio Público Fiscal y la querellante V. A. apelaron el auto documentado a fs. 103/108, en cuanto se declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto de N. D. F. y se lo sobreseyó.

La Fiscalía invocó la aplicación al caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1 y 25), en cuanto al concepto que la Corte Federal desarrolló como *tutela judicial efectiva*, y de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3.1 y 19), así como la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno, de modo que –según entendió–, *“las normas nacionales que regulaban por entonces [en la época de los hechos] la prescripción de la acción penal resultaban contrarias a la normativa internacional mencionada y, por lo tanto, inaplicables, motivo por el cual corresponde continuar con la investigación...”* (fs. 110/111).

La querellante V. A., por su parte, sostuvo que *“los delitos de integridad sexual en los que las víctimas son menores, poseen ciertas características especiales que resultan incompatible con los principios generales de la prescripción”*, a cuyo fin sustancialmente se remitió a las consideraciones que –por mayoría– formuló la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en la causa N° 191/2012, registro N° 310/16.4, “A., J.”, del 22 de marzo de 2016, y a otros criterios jurisprudenciales en la misma dirección, con sustento en las leyes 26.705 y 27.206, que reformaron las disposiciones relativas a la prescripción de la acción penal cuando las víctimas son menores de edad.

A criterio de esta Sala, los agravios que desarrollaron los recurrentes no conmueven las fundadas razones volcadas en el pronunciamiento apelado.

Liminarmente, cabe puntualizar que los hechos que se atribuyen al imputado N. D. F. -calificados como constitutivos del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por haberse cometido aprovechando la condición de guardador y la convivencia preexistente (arts. 45 y 119, párrafos tercero y cuarto, incisos “b” y “f” del Código Penal)-, que arrojarían una penalidad máxima de veinte años de prisión, habrían ocurrido –según se denunció- durante aproximadamente un año y medio, entre los años 1991 y 1992.

Frente a la ausencia de antecedentes del imputado (fs. 98) y teniéndose en cuenta que el primer llamado a prestar declaración indagatoria que se le cursara tuvo lugar el 27 de enero de 2016 (fs. 65), con arreglo a lo dispuesto por la ley 25.990 en torno al concepto de *secuela de juicio*, pues el análisis debe formularse de manera integral o en bloque (de esta Sala, causas números 25.761, “G. V., S., del 2-3-2005 y 37.295/2014, “M., P.”, del 29-3-2016), es dable concluir en que transcurrió en exceso el plazo de doce años previsto como máximo para la prescripción de las penas temporales (art. 62, inciso 2º, del Código Penal). Véase que se duplicó tal lapso entre 1992 y 2016, pues transcurrieron más de 24 años hasta que se verificó el primero de los hitos que pudo haber interrumpido el curso de la prescripción de la acción penal (art. 67 del código sustantivo).

Como surge de la resolución cuestionada, la ley 26.705, que reformó el art. 63 del citado cuerpo legal, según el cual se suspende el curso de la prescripción de la acción penal hasta que el menor víctima del delito de abuso sexual alcance la mayoría de edad, fue publicada el 5 de octubre de 2011, en tanto la ley 27.206, que la

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 38644/2015/CA1

“F., N.”. Prescripción. Abuso sexual agravado. Instrucción 30. a/c

modificó y operó sobre su art. 67, al disponer que la suspensión tiene lugar mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría formule por sí la denuncia, fue publicada el pasado 10 de noviembre de 2015.

Como puede verse, la normativa vigente al tiempo de los hechos, con las modificaciones de la ley 25.990 sobre la *secuela de juicio*, resulta más benigna que la de las leyes 26.705 y 27.206, pues de ella se deriva la prescripción de la acción penal, de modo que el principio de irretroactividad de la ley penal que prevé el art. 2 del Código sustantivo impide aplicar las modificaciones ulteriores en perjuicio del imputado, siempre que lo colocaría en una situación más gravosa (de esta Sala, causa N° 37295/2014, “M., P. S.”, antes citada).

Nótese además que aun tomando el máximo plazo de doce años aludido, lo que ubicaría la culminación del curso de prescripción hacia fines de 2004, transcurrieron luego siete años hasta que el legislador argentino sancionó la primera reforma que se vincula con la minoridad de las víctimas, pues como se dijo la ley 26.705 comenzó a regir en el año 2011.

Cabe apuntar también que P. y V. A. alcanzaron la mayoría de edad hace más de trece y once años, respectivamente, y que al tiempo de sus denuncias contaban con treinta y veintisiete años de edad, en ese orden.

Adviértase que aun en el marco de vigencia de las convenciones a las que luego se aludirá, siquiera en la actualidad la legislación doméstica ha dejado de poner límites a la persecución penal de delitos de aquella naturaleza, bien entendido que particularmente con la ley 27.206 los plazos cobran mayor extensión en orden a la prescripción de la acción.

Superada entonces la cuestión desde tal perspectiva legal, se entiende que tampoco puede tener andamio la cuestión desde una visión constitucional.

El principio de legalidad en materia penal (art. 18 de la Constitución Nacional), entre sus múltiples contenidos, comprende el de la irretroactividad de la legislación penal.

Por ello es que la sola invocación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño, en torno a la noción de *tutela judicial efectiva*, a la que se aludió anteriormente, no puede neutralizar la vigencia de iguales normas convencionales que es dable observar.

En efecto, el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054 (Boletín Oficial del 27-3-1984), bajo el significativo epígrafe “Principios de Legalidad y de Retroactividad”, prescribe lo siguiente: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*.

El refuerzo de tal prohibición viene dado por la previsión de su art. 27.2, pues los principios acuñados en el mentado art. 9 siquiera pueden ser suspendidos en *“caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”*, como tampoco puede operar la suspensión respecto de *“las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”*.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 38644/2015/CA1

“F., N.”. Prescripción. Abuso sexual agravado. Instrucción 30. a/c

Una disposición análoga trae el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que rige en nuestro derecho desde el año 1986 (ley 23.313), en tanto el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos contiene el mismo principio.

Como puede observarse y sin perjuicio de la clara manda del art. 18 del texto magno, tales instrumentos ya tenían vigencia al tiempo de los hechos aquí ventilados, extremo que resiente la fundamentación suministrada por el Ministerio Público Fiscal, a lo que cabe adicionar que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –“Convención de Belém do Pará”- fue aprobada con posterioridad a los sucesos aquí ventilados, por ley 24.632 (Boletín Oficial del 9-4-1996).

En cuanto a las alegaciones formuladas con invocación de la doctrina emergente del caso “E.” (315:1492), cabe recordar que los tratados de derechos humanos *“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”* (art. 75, inciso 22, de la ley fundamental).

Sobre el particular, se ha puntualizado que en Fallos: 319:3241 la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *“los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud el cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna [de la primera parte de la Constitución], por lo cual la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir”*, entendiéndose así que esta relación de complementariedad, a partir de “E.”, *“plantea a los Tribunales una tarea de armonización, compleja y extensiva”* (G., M.

A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, cuarta edición, tercera reimpression, Buenos Aires, La Ley , 2011, pp. 225/227).

De ahí que no sólo las leyes dictadas por el Congreso Nacional (en el contexto del caso, las mencionadas 26.705 y 27.206 e inclusive la ley 26.061, relativa a la protección de los derechos de los niños, invocada a fs. 114 vta.), sino por hipótesis una Convención, no podrían ser aplicadas en detrimento de los principios de legalidad e irretroactividad que emergen del art. 18 de la Constitución Nacional, más allá de que, como se vio, en rigor éstos han sido receptados también por los textos convencionales referenciados.

Bajo este lineamiento, se ha sostenido que *“no corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, por lo que su aplicación, en contra de los derechos goza el imputado, y tal como pretende la querella, acarrearía la violación a los derechos que han adquirido jerarquía constitucional”*, porque *“la ley 26.705 [menos aún la ulterior 27.206] no constituye, desde el punto de vista de los derechos del imputado, una ley más benigna, sino en todo caso se trata de una ley cuya aplicación, con toda claridad empeora considerablemente la situación del imputado”* (voto del juez Juan Carlos Gemignani en la mencionada causa “A., J.” de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal; la Sala V de esta Cámara de Apelaciones se pronunció en sentido análogo recientemente en la causa Nº 12490/205, “B., J.M.”, del 12 de agosto último).

Concordemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de los órganos estatales en un Estado de Derecho, *“particularmente cuando viene al caso el ejercicio*

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 38644/2015/CA1

“F., N.”. Prescripción. Abuso sexual agravado. Instrucción 30. a/c

*del poder punitivo”* (casos “García Astro y Ramírez Rojas vs. Perú”, del 25 de noviembre de 2005, parágrafo 187; y “Fermín Ramírez vs. Guatemala.”, del 20 de junio de 2005, parágrafo 90).

Nuestra Corte Federal, de igual modo, ha fijado la doctrina según la cual *“el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”* (Fallos: 287:76, doctrina del precedente “M.”; en igual dirección puede verse el voto del juez Petracchi en Fallos: 318:2148), de modo que en tal sentido cabe reeditar los fundamentos suministrados por el señor juez de la instancia anterior, en torno a que la prohibición constitucional de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del derecho material, y más allá de la discusión relativa a la ubicación –material o formal- del instituto de la prescripción de la acción penal, *“tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos”* (ver Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 163/165; en igual sentido, Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 684 y Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, décima edición, B d F, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 116, quien destaca que con la exigencia de la ley previa se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes, aspecto del principio de legalidad que *“afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica”*).

Al propio tiempo, la regla que dispone la retroactividad de la ley penal más benigna se encuentra enunciada en el art. 2 del Código Penal, directriz que, como se apuntó, se ajusta al mandato

constitucional. Tal precepto supone una alteración legal que puede deberse no sólo a la descriminalización del comportamiento; a la modificación o abandono de alguno de sus elementos descriptivos, valorativos, de sujeto activo o pasivo, cualificaciones modales o elementos subjetivos; y a la atenuación de las consecuencias jurídicas del hecho; sino a los institutos que regulan la capacidad de persecución estatal del hecho, ello es, la prescripción de la acción o de la pena (cf. Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, ps. 399/400).

Al cabo, ingentes cuestionamientos podrían formularse, en este marco, a la idea de que el castigo por la violación del derecho se persiga también mediante la violación del derecho (cfr. Sabelli, Héctor E. y Santiago, Alfonso (h), *Tiempo, Constitución y Ley Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 28)

De otro lado, el supuesto de hecho del *sub examine* no se ajusta a las excepciones que ha previsto el más Alto Tribunal en Fallos: 318:2148 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “*Barrios Altos vs. Perú*” (del 14 de marzo de 2001) y “*Bueno Alves vs. Argentina*” (del 11 de mayo de 2007), pues las agresiones sexuales denunciadas –más allá de su indiscutible contenido gravoso, según lo enunciado- no pueden ser consideradas un *delito de lesa humanidad*, en la medida en que tal categoría supone hechos cometidos por funcionarios estatales dentro de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, como tampoco es posible predicar que importe lo que se ha dado en llamar una *grave violación a los derechos humanos*, con los alcances fijados en “*Barrios Altos*” y “*Bueno Alves*” –casos donde se ventilaron denuncias de torturas-, pues aun frente a la entidad de los eventos de esta causa, tal categoría no recepta aquellos episodios acaecidos

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 38644/2015/CA1

“F., N.”. Prescripción. Abuso sexual agravado. Instrucción 30. a/c

en un ámbito intrafamiliar, sin intervención alguna de representantes de la autoridad pública (conf. de esta Sala, causa “M.”, ya citada).

En todo caso, la necesidad de protección a las víctimas que contemplan los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica inexorablemente la aplicación del derecho punitivo, puesto que *“la persecución penal -sin respeto a las garantías del individuo- invertiría la función que los derechos humanos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto”* (Fallos: 330:3248, disidencia del juez Carlos Fayt).

Por consiguiente y con costas de alzada por su orden, en razón de la plausibilidad del planteo, demostrado con la invocación de jurisprudencia afín y con el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal, el Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR el auto documentado a fs. 103/108, en cuanto fuera materia de recurso. Costas de alzada por su orden.

Devuélvase, sirviendo el presente proveído de atenta nota.

El juez Mauro A. Divito no intervino en la audiencia oral con motivo de su actuación simultánea en la Sala V de esta Cámara.-

Juan Esteban Cicciaro

Mariano A. Scotto

Ante mí: Marcelo Alejandro Sánchez