



PROYECTO DE LEY

La Honorable Cámara de Diputados de la Nación

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso sancionan con fuerza de Ley:

Modificación Artículo 63 del Código Penal

ARTICULO 1° - Modifíquese el artículo 63 del Código Penal el cual reza de la siguiente manera: "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 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 aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad. (Segundo párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.705 B.O. 5/10/2011).

El mismo quedara redactado así: Artículo 63: " 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."



H. Cámara de Diputados de la Nación

"2020 - Año del General Manuel Belgrano"

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

Alvaro de Lamadrid
Diputado de la Nación



Fundamentos

Sr. Presidente:

Si bien la idea de sustraer estos delitos del efecto del paso del tiempo siempre ha estado en el trasfondo de muchas de estas reformas, ha sido solo recientemente que se ha tratado de legislar directamente bajo esa premisa.

La finalidad sería evitar que el no descubrimiento del delito deje a la víctima menor de edad en la total indefensión y permita la impunidad del agresor. Esta falta de descubrimiento puede originarse ya sea por el desconocimiento por parte del menor del contenido ofensivo de las acciones o por amenazas, coacciones u otro tipo de presiones bien del autor del delito, bien de la familia de la víctima o por el silencio de los propios padres y cercanos al menor como una forma de “protegerlo” o para proveer la impunidad al ofensor.

A causa de que estos delitos pueden afectar a un sujeto a edades muy tempranas de su formación, su descubrimiento puede no producirse de inmediato o simplemente quedar en el anonimato. La solución estaría en mantener abierta indefinidamente (al menos hasta la muerte del agente) la posibilidad de investigar y juzgar a estos sujetos, lo que implica, entonces, declarar imprescriptibles estos delitos.



Actualmente, se juzga la modificación del Art 63 del código penal del año 2011, como insuficiente. Apoyándose en literatura especializada y recomendaciones de organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), explican que estos plazos -en el mejor de los casos, diez años desde la mayoría de edad- serían muy exigüos, pues la evidencia apunta a que los momentos de revelación de estos actos acaecidos en la infancia se producen a edades más avanzadas y, en todo caso, luego de esos plazos máximos en los que la ley extiende la contingencia de persecución criminal que es el plazo de prescripción.

La prescripción de la acción penal y su fundamento

1. El fundamento de la prescripción de la acción penal

Para juzgar estas propuestas es preciso determinar el fundamento político criminal de la prescripción de la acción penal. A menudo se postula que el fundamento de la prescripción de la acción radica en el debilitamiento que las pruebas experimentan con el paso del tiempo, lo que redundaría en un aumento en la posibilidad de dictar sentencias erróneas, fundamento "procesal".

Aquí, ante todo, existe una confusión entre el fundamento y los efectos benéficos de una determinada institución: porque la prescripción cancela la posibilidad de juzgar hechos acaecidos a mucha distancia es que, en teoría,



disminuye la posibilidad de dictar sentencias erróneas por la mejor "calidad" del material probatorio, pero no al revés.

Además, es cierto que algunas pruebas se ven mucho más afectadas que otras por el transcurso del tiempo, como la prueba testimonial, pero otras no experimentan estos problemas, como las pruebas documentales.

En segundo lugar, parece poco apropiado esgrimir la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción. Ha sido el argumento preferido para oponerse a la imprescriptibilidad, por dos razones: la misma imprescriptibilidad atentaría contra la seguridad jurídica, y debido a la imprescriptibilidad se debilitaría la seguridad jurídica de los imputados.

La diferencia estriba en que para la primera posición los delitos que no prescriben jamás serían de por sí atentados contra la seguridad jurídica, al mantener al imputado eternamente en vilo a la espera de una eventual reacción de la justicia en su contra; la segunda, es una combinación de los argumentos procesales: la imprescriptibilidad debilita la seguridad jurídica, pues ser juzgado a tal distancia temporal aumenta las posibilidades de sentencias erróneas.

La primera posición no es sostenible, pues que un delito sea imprescriptible no atenta contra el núcleo central del principio de seguridad y certeza jurídicas que es la previsibilidad (seguridad subjetiva), de las consecuencias de una



acción. Si la imprescriptibilidad está declarada en la ley -y es irretroactiva, por cierto- el individuo sabe con anticipación que la amenaza de la reacción punitiva eventual puede extenderse por toda su existencia.

Modernamente, la doctrina considera que existen al menos dos fundamentos. El primero es aquel que sostiene que un delito se extingue por el paso del tiempo debido a que decae la necesidad de pena, en el sentido que una acción humana que merezca pena, con el paso del tiempo pasa a formar parte de la historia, haciendo innecesario el castigo penal. En este sentido también se habla de "fuerza del tiempo" en el sentido que transcurrido un cierto plazo, el olvido se cierne sobre todas las actividades humanas.

El segundo sostiene que la prescripción de la acción penal solo se explica por razones de humanidad, en el sentido que un mínimo respeto a la dignidad del imputado y una razonable restricción del ius puniendi estatal admite que uno de los vectores de dicha restricción sea el paso del tiempo.

De este modo, el tiempo en relación no con la comunidad, sino con el sujeto, se establece como una dimensión de limitación del poder del Estado; el Estado declara, como compromiso, no mantener la contingencia de punición permanentemente abierta como forma de protección del individuo, basado en la noción kantiana de dignidad que exige que el individuo sea el centro del mundo y de la sociedad.



Como principio, la humanidad exige, entonces, que la reacción penal se justifique no solo por la conducta del sujeto (típica, antijurídica y culpable) sino también por los restantes presupuestos de la punibilidad, entre ellos, el factor temporal, irrogándose solo dentro de un espacio temporal delimitado por la ley. Esto se explica porque solo de este modo pueden asegurarse niveles de autorrealización aceptables, autorrealización que se vería amenazada por un estado de permanente "disponibilidad" del individuo para el poder punitivo del Estado, lo que a menudo podemos relacionar con la noción de pertinencia de la sanción penal.

A la vez, desde esta perspectiva la seguridad jurídica se transforma no en fundamento de la prescripción del delito, sino en el fundamento de su naturaleza sustantiva en su concepción objetiva, es decir, como protección de la confianza o protección de la objetividad o no modificación de las reglas del juego.

2. El fundamento de la imprescriptibilidad

Lo anterior haría concluir, entonces, que los delitos, todos, deberían prescribir. Las legislaciones del derecho continental siguen mayoritariamente esta premisa, pero muchas consideran desde antiguo, delitos imprescriptibles y hoy el Derecho internacional y buena parte de las legislaciones del mundo cancelan la extinción de la responsabilidad penal por el paso del tiempo en los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra.



Sin embargo, hay que reconocer que el legislador no parece estar limitado constitucionalmente a la hora de declarar una infracción penal como imprescriptible. No se trata de una garantía expresa en el ordenamiento. Se trata de una decisión de política criminal respecto de las cuales el legislador es libre para decidir, aunque, por cierto, esa libertad se encuentra determinada y limitada por algunos fines.

Así, podemos observar que, desde antiguo, la prescripción penal existe como regla general en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Tradicionalmente, el criterio para considerar una infracción imprescriptible es la gravedad asociada al delito. Así lo demuestran las legislaciones que mantienen la prescriptibilidad como regla general pero reservan a algunos delitos esta característica, como el homicidio agravado. Es también el fundamento utilizado a menudo para justificar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. El fundamento es fácil de rastrear: a mayor gravedad material del ilícito, decaen los motivos que la fundamentan; así, de un delito muy grave por atentar contra bienes jurídicos de superlativa importancia (v.g., la vida) no puede predicarse que deja de ser necesaria la pena solo por el largo transcurso del tiempo; o que el respeto a la humanidad del reo cede aquí por las también excepcionales consecuencias de su obrar. En cierto sentido, la prescriptibilidad de una acción medida de acuerdo con su ofensividad es un argumento para defender la naturaleza sustantiva de este



instituto.

En este orden de ideas, me parece que lo que justificaría la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad no es (solo) la gravedad material de estos delitos (la que no se desconoce), sino su contexto: si la voluntad de perseguir dichos ilícitos no existe, entonces mantener los plazos de prescripción del derecho interno resulta absurdo, cuando no un auténtico fraude a las legítimas aspiraciones de castigo y reparación. Si la perpetración de un delito contra la humanidad importa un fracaso del Estado de Derecho -porque el mismo Estado es su perpetrador o lo ha permitido sin serlo- resulta entonces poco recomendable considerar que al tiempo de su comisión alguna posibilidad de persecución y castigo pudiese darse. Además, otra característica predicada de estos delitos, es decir, su escala más o menos industrial -de la que Auschwitz es su triste epígono-, implica que estos atroces hechos difícilmente pueden ser realizados por una o algunas pocas personas, requiriéndose en la mayoría de los casos el concurso de aparatos estatales o de similares características. Esta escala (que abarque muchos ejecutores o que estos se hayan visto beneficiados por la cobertura del Estado para cometerlos y permanecer en la impunidad, o ambos) justifica el recurso al instrumento de la imprescriptibilidad.

En otras palabras, lo que justificaría la imprescriptibilidad en el caso de los crímenes de lesa humanidad y genocidio es la gravedad material de estos delitos, acompañada de su ejecución a gran escala, lo que condiciona negativamente la posibilidad de su persecución y juzgamiento (imposibilidad



fáctica).

Entiendo aquí por “gravedad material” aquella que se desprende del concepto de antijuridicidad material o lesividad del delito, es decir, grave tanto por la calidad y jerarquía del bien jurídico tutelado como por la forma del ataque que sufre.

Ahora, cuando estamos en presencia solo de gravedad material, las legislaciones suelen reservar la imprescriptibilidad para delitos que atentan contra bienes jurídicos de superlativa relevancia, como la vida; es el caso del asesinato, imprescriptible en varias legislaciones.

3. La imprescriptibilidad sería la única forma de asegurar el acceso a la justicia de parte de las víctimas

Respecto del primer argumento se trata del principal para ampliar los plazos de prescripción o eliminarlos absolutamente: las víctimas no han tenido la oportunidad real de acceder a la justicia. Como hemos visto, las razones para declarar un delito imprescriptible (es decir, que la contingencia de la punición no esté limitada o condicionada por el tiempo) puede radicar en la gravedad material del delito y en la ejecución a gran escala de los mismos. Como reconocen los autores de la propuesta no sería este el motivo (a pesar de que se trata de delitos graves), sino la imposibilidad de ejercer la acción penal en forma tempestiva (es decir, la imposibilidad fáctica).



Quienes sostienen la imprescriptibilidad de la acción, se apoyan en estudios criminológicos en que se ha determinado que la edad de revelación de los mismos es fluctuante, pero que superaría con creces incluso el plazo dispuesto en el Art 63, actual, (la mayoría de edad).

A ello se suma otro argumento: el derecho "al tiempo" como patrimonio de las víctimas y que debiese ser respetado por el legislador, cancelando los plazos prescriptivos de estos delitos.

El derecho al tiempo consistiría en el derecho a perseguir delitos en el momento en que las víctimas estén en condiciones de hacerlo, sin estar sujetos a plazos u otras condiciones. El concepto de derecho al tiempo se basa en la noción de empatía, es decir, en un sentimiento de identificación de un sujeto con los demás, para "vivenciar de manera intersubjetiva las afecciones a las que puede llegar a abrigar, siempre tomando como referencia una situación límite o autoevidente, es decir, la facultad de reproducir lo que el otro siente, piensa o experimenta".

En este contexto, las exigencias derivadas del concepto de empatía en el Derecho obligarían a legisladores y jueces a colocarse en el lugar, en este caso de la víctima y respetar el proceso interno de elaboración de la propia memoria y reconstrucción de los hechos, habida cuenta de los severos daños neurocognitivos que producen los delitos de violencia sexual en los menores.



En conclusión, impedimentos temporales de carácter legal deben ser removidos para permitir a las víctimas acceder a la justicia.

Ahora bien, más allá de considerar a la empatía como un concepto o principio vigente de nuestro ordenamiento, la pregunta es si su inclusión obliga o no a la reparación por vía penal. Es decir, si del respeto al tiempo de las víctimas se colige directamente la obligación de perseguir y condenar penalmente a un sujeto.

Esta conexión no es del todo clara, porque de ella se seguiría, entonces, que la víctima tendría un derecho a la pena del autor. Es decir, que ese proceso de reconstrucción del severo trauma vivido en la niñez o adolescencia se repararía por medio de una sanción punitiva. Esta afirmación nos obliga a revisar, brevemente, el papel de la víctima en el Derecho penal.

Como sabemos, el proceso de "confiscación" (o neutralización) de la víctima tiene antecedentes en la historia siendo precedido por un período de protagonismo y luego de redescubrimiento.

Solo posteriormente a la Segunda Guerra Mundial la víctima, especialmente en el Derecho penal internacional, comenzó a ser revalorada como sujeto de derechos e individuo de importante significación en el tejido social.



Este redescubrimiento de la víctima tiene muchos adeptos en el mundo político y en la comunidad en general, pero desde una perspectiva diversa: a causa de que se tiende a considerar al proceso penal como uno que se concentra casi exclusivamente en la protección de los imputados y poco en el perjudicado por el delito (situación injusta, según estos sectores), el redescubrimiento de la víctima presenta una faceta menos "saludable" de la mano de movimientos que buscan no dejar espacio a la impunidad y que ven el castigo (sin reparación) del imputado como un derecho de la víctima.

Con todo, existen a juicio de buena parte de la doctrina motivos para considerar con cautela este nuevo posicionamiento de la víctima, toda vez que se reconoce que el proceso de confiscación del derecho a castigar del Estado fue un triunfo de la racionalidad moderna. Se alega que difícilmente logra conciliarse con las finalidades de la pena o que la presencia de la víctima como interviniente no solo en materia adjetiva sino sustantiva distorsiona el carácter eminentemente público del derecho penal; o que estas reformas en lugar de favorecer a la víctima han terminado por invisibilizarla más.

El otro peligro asociado a conceder más intervención a la víctima está determinado por el fenómeno del neopunitivismo o el derecho de la víctima a la justicia y el castigo, rasgos que se han desarrollado sobre todo gracias a la labor de la Corte Interamericana que estaría creando un verdadero catálogo de derechos de la víctima de espaldas a la legislación y a costa de una reducción de las garantías de los imputados.



Es decir, el nuevo protagonismo asociado a la víctima aquí aparece como una decidida forma de limitar derechos del imputado, el centro de

- 3.1. La imprescriptibilidad de los delitos de violencia sexual contra menores es exigible pues se asimila a la tortura

Para los seguidores de la imprescriptibilidad de estos delitos , proviene de la exigencia emanada de organizaciones internacionales en el sentido de asimilar la violencia sexual contra menores a la tortura. Esto aparece de manifiesto , en antecedentes comparados; como por ejemplo , en las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño de la ONU respecto de los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, en el que se recomienda , que “tenga en cuenta la recomendación formulada por el Comité contra la Tortura en 2009 (véase CAT/C/CHL/CO/5, párr. 10) e introduzca en el Código Penal una disposición en que se establezca que el delito de tortura de niños no prescribe”. Luego, combinando estas Observaciones con el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Asamblea General de la ONU, que indica que “está demostrado que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura y malos tratos”; así entonces se construye el argumento: porque la tortura contra niños debe ser imprescriptible y que la violencia sexual contra menores es asimilable a la tortura, la violencia sexual contra menores debe ser imprescriptible.



La doctora Argibay en el precedente "Simón" (CSJN, Fallos: 328:2056), estableció que la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal no abarca de modo absoluto las reglas de prescripción: afirmó que se circunscribe a la prohibición material -conducta- pero no a la totalidad de las reglas para su persecución.-

La Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la ley n° 23.849 (sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de 1990), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la ley n° 23.054 (sancionada el 1 de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo del mismo año) ; se encontraba «positivizado» el deber del Estado de priorizar el interés superior del niño y en ambas Convenciones se reconoce expresamente el derecho reclamado por la víctima a contar con una tutela judicial efectiva".

"Por su parte, en el artículo 12 de la mencionada Convención se establece expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores, afirmándose que los niños tienen el derecho expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y se les dará la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte. Este artículo ha sido señalado como uno de los cuatro principios rectores de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. Ello pone de relieve



que no sólo es un derecho en sí mismo, sino que también es una guía de interpretación en la tarea de hacer respetar todos los demás derechos establecidos en la Convención (cfr. Comité sobre los derechos del Niño, Observación General n° 12, del 18 de abril del 2011)".

El derecho a la tutela judicial efectiva, también reconocido en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (arts. 8.1 y 25), es definido allí como el derecho a concurrir ante un órgano judicial en procura de la tutela de las garantías que se consideran vulneradas. La Convención exige la obligación del Estado de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción el acceso sencillo, rápido y efectivo a la administración de justicia contra actos que violen sus derechos fundamentales".

La CIDH, en el caso «Bulacio», se ha expedido por el rechazo del instituto de la prescripción en aras de asegurar el resguardo de los derechos humanos del menor puestos en juego. En tal sentido ha expresado: El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.

El Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos



humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva (...) este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción. Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades" (CIDH, sentencia del 18 de setiembre de 2003, caso «Bulacio vs. Argentina»).



En consonancia con lo expresado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expresó: «Que la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al “sub lite” las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad (“Convención sobre desaparición forzada de personas” -ley 24.556, art. VII- y “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” -ley 24.584-)..., el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable –íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho (cfr. citas de Fallos: 322-360, voto de los jueces Petracchi y Boggiano, consid. 9º)-, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (CSJN, E. 224. XXXIX. “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, 23 de



H. Cámara de Diputados de la Nación

"2020 - Año del General Manuel Belgrano"

diciembre de 2004, Fallos: 327:5668)".

Estos argumentos nos llevan a la conclusión de la especial situación de padecimiento de los menores, en caso de abuso y violación, los cuales los coloca en una situación, que determina como solución, la imprescriptibilidad de la acción, debe incluirse y modificar la redacción del actual artículo 63 del Código Penal.

Alvaro de Lamadrid
Diputado de la Nación