

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04296153-6/1((010504-120007))

"INCIDENTE EN P-31675/17 FC/ LEMOS DELFINO LUIS RICARDO P/  
ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" (120007) P/ RECURSO  
EXT.DE CASACIÓN  
\*104369487\*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de agosto del año dos mil dieciocho, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04296153-6/1, caratulada “INCIDENTE EN AUTOS N° P-31675/17 FISCAL C/LEMOS DELFINO LUIS RICARDO P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL”.

De conformidad con lo decretado en la audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el Dr. **JOSÉ V. VALERIO**; segundo, el Dr. **PEDRO J. LLORENTE**; y, tercero, el Dr. **MARIO D. ADARO**.

La Dra. Virginia Rumbo, Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 8 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual y otros Delitos no especializados, y la Dra. Claudia Vélez, titular de la Oficina de Asistencia al Querellante Particular, interponen recurso de casación (ver fs. 71/77 y fs. 78/84 respectivamente) contra la resolución proveniente de la Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial que decidió confirmar la sentencia de sobreseimiento dictada por el Tercer Juzgado de Garantías, respecto de los delitos acusados a Luis Ricardo Alberto Delfino, estos son, abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guarda en número indeterminado de hechos en concurso real con, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la calidad de guarda en número indeterminado de hechos en concurso real con, corrupción de menores agravado por ser la víctima menor de edad (ver fs. 61/69).

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA:** ¿Es procedente el recurso interpuesto?

**SEGUNDA:** En su caso, ¿qué solución corresponde?

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:**

#### **I.- La resolución recurrida**

En fecha 14 de diciembre de 2017, la Cuarta Cámara del Crimen consideró que debía confirmarse el sobreseimiento de Luis Ricardo Lemos Delfino, por haberse operado la prescripción de la acción. En efecto, al cerciorarse de que el acusado fue intimado por delitos que habrían cesado en octubre del 2002 y de que este no contenía antecedentes computables capaces de interrumpir los plazos, correspondía aplicar la previsión del máximo cómputo de la prescripción para las penas temporales -12 años conforme la previsión el art. 62 inc. 2º del C.P.-.

Para decidir de esta manera, preliminarmente, advirtió que en el caso se discute la colisión de garantías de raigambre constitucional a favor del imputado y de la presunta víctima. Así, enumeró los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal, de la aplicación de la ley penal más benigna y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, por un lado. Por otro, mencionó el derecho a una tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y el interés superior del niño y la mujer (ver fs. 63).

Al analizar el instituto de la prescripción, y tras repasar las posturas doctrinarias existentes relativas a su concepto y naturaleza, el *a quo* sostuvo que, si bien dicho instituto produce efectos procesales al extinguirse la pretensión punitiva del Estado, ello no le otorga un carácter procesal ni mixto. Con ello indicó, que la prescripción tiene carácter material, puesto que, al constituir una

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

causa de extinción de la acción, debe ser entendida como una condición de punibilidad, y, siendo esto así, que resulta aplicable necesariamente el principio sustancial de la ley penal más benigna previsto por el art. 2 del C.P. (ver fs. 64).

Asimismo, señaló que aún adscribiendo a la teoría que sostiene que el instituto de la prescripción tiene naturaleza mixta, se trata de un instituto cuya regulación fue cedida por las provincias al Congreso Nacional, atento a que impacta en la aplicación de la ley de fondo, la que se vería constreñida si se aceptaran tantas regulaciones procesales ya que se vulneraría el principio de igualdad ante la ley (ver fs. 65).

En otro sentido de ideas, sostuvo que tampoco podía ser otra la solución desde una visión constitucional puesto que, aunque pueda compartirse la igualdad de jerarquías entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Belem do Pará -por un lado- y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -por otro lado-, no puede soslayarse que el deber estatal de garantizar la tutela judicial efectiva encuentra un límite en las garantías constitucionales que demarcan el poder del Estado. A ello, adhirió que no puede olvidarse que los Tratados internacionales de Derecho Humanos incorporados al texto constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional, debiendo entenderse complementarios de los derechos y garantías allí reconocidos (ver fs. 68).

Finalmente, el tribunal *a quo* advirtió que no se encontraban presentes los presupuestos de los casos que el Máximo Tribunal de la Nación y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos han calificado como excepciones a la regla de la prescriptibilidad, estos son, supuestos en los que existe una grave vulneración de los derechos fundamentales del hombre (ver fs. 68 vta.).

Asumiendo como base dichos fundamentos, concluye al sostener

que resulta más benigna la ley aplicable al tiempo de los hechos puesto que, ampliar la ampliación de los plazos de prescripción conforme surge de las leyes 26.705 y 27.206 -posteriores a los hechos denunciados- configura una vulneración al principio de la irretroactividad de la ley penal.

## **II.- El recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal**

La titular de la acción pública impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1° del C.P.P. de la provincia de Mendoza, esto es, debido a la presencia de vicios *in iudicando*.

Entiende que el tribunal *a quo* aplicó de manera errónea el art. 67, párrafo 4° del C.P. según la ley 27.206, ya que no ha considerado dicha norma a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

De manera preliminar indica que los agravios quedan ceñidos al análisis relativo al juicio de ponderación en la colisión de los derechos reconocidos en tratados internacionales vigentes al momento de los hechos. Así, señala que la magistrada interviniente no fundó debidamente el motivo por el que le otorgó prevalencia a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal por sobre el interés superior del niño y los derechos de la mujer, soslayando estos últimos con una errónea valoración.

Para sostener esto, aclara su posición respecto de las obligaciones asumidas por el Estado argentino: al encontrarse vigentes, para la fecha de los hechos denunciados, los principios jurídicos fundamentales que motivaron la reforma legislativa posterior sobre los plazos de prescripción, el Estado ya había asumido el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, por un lado -Convención Belem do Pará-, y, por otro lado, para proteger el interés superior del niño contra toda forma de perjuicio o abuso -Convención sobre los Derechos del Niño-.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

Con base en lo dicho, entiende que debe desecharse el uso de la norma procesal interna que impide el ejercicio pleno de los derechos de la mujer y del interés superior del niño, aplicándose las leyes que modificaron el régimen del plazo de prescripción en casos de delitos contra la integridad sexual de niñas y niños.

Así postula que, por imperio de la aplicación retroactiva de ley n° 26.705 (“*Ley Plaza*”), no habría operado la prescripción de la acción penal ya que el antiguo art. 62 inc. 2 del C.P. estipulaba que el plazo comenzaba a contarse desde las 0:00 hs. del día en que la víctima hubiera cumplido los 18 años de edad. A idéntica conclusión llega mediante una aplicación retroactiva de la nueva legislación vigente, que señala que el plazo se suspende mientras la víctima ha sido menor y hasta que, habiendo cumplido la mayoría de edad, formule por sí misma denuncia o ratifique la realizada por sus representantes legales siendo menor de edad -art. 67, cuarto párrafo del C.P., según ley n° 27.206-. Esta interpretación es posible, según reitera, puesto que los instrumentos internacionales firmados por el Estado nacional que inspiraron dichas reformas legislativas eran ley vigente en la época de los hechos.

Tras puntualizar los precedentes jurisprudenciales que avalan su postura la recurrente advierte que, ante un conflicto entre principios o garantías constitucionales de igual jerarquía, el operador judicial debe acudir a un juicio de ponderación para encontrar una respuesta que satisfaga a ambos en la mayor medida posible. Este proceso valorativo, según señala, no ha sido implementado en la sentencia criticada ya que el *a quo* se ha limitado a citar disposiciones legales de la Convención Americana de Derechos Humanos sin realizar un verdadero balance de las implicancias de los principios en juego, logrando así vulnerar los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente a la víctima de autos.

Concluye al sostener que, a fin de no vulnerar las obligaciones asumidas por el Estado al aprobar la Convención Belem do Pará y la Convención

sobre los Derechos del Niño, deben prevalecer los derechos de la víctima -quien, siendo niña en la época de los hechos, logró denunciarlos al alcanzar la mayoría de edad-.

Finalmente, solicita se revoque la resolución de la Cuarta Cámara del Crimen habilitando así la continuación de la investigación penal preparatoria, y hace expresa reserva del caso federal.

### **III.- El recurso de casación de la querellante particular**

La titular de la Oficina de Asistencia al Querellante Particular, en representación de Leonela Niyem Lucero, impugna la resolución de la Cuarta Cámara del Crimen por considerar que existen vicios en su motivación que invalidan sus fundamentos –art. 474 inc. 2 del C.P.P.–.

En primer lugar, indica que no coincide con las apreciaciones realizadas por el tribunal respecto de la naturaleza de la prescripción puesto que, al impedir esta la prosecución de los procesos, su esencia no puede ser sino de carácter procesal, razón que explica por qué no puede aplicarse la “ley penal más benigna” -instituto reservado para la legislación de tipo sustancial-.

Con ello, sostiene que debe aplicarse el nuevo régimen de la prescripción de la acción penal establecido por la ley n° 27.296, la que incorporó para casos como el presente la suspensión de los plazos mientras la víctima fuese menor y hasta que, habiendo logrado la mayoría de edad, haya denunciado o ratificado la denuncia realizada por sus representantes legales durante la minoría de edad.

Señala que esta solución se adecua a los compromisos internacionales asumidos por el Estado nacional en diversos instrumentos internacionales y, como corolario, recuerda que en el año 2011 -estando vigente el plazo de la acción en este proceso-, el legislador ya había modificado las normas del régimen de la prescripción frente a delitos contra la integridad sexual -Ley

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

“Piazza”-, lo que provocó que el conteo se reiniciara al cumplir la víctima los 18 años de edad -según el reformado art. 63 del C.P.-.

En segundo lugar indica que, en casos con víctimas de abusos sexuales que eran menores de edad al momento del hecho, siempre debe estarse por la prevalencia de los principios del derecho internacional de los derechos humanos que favorecen la validez de la acción penal sobre los principios o normas de derecho interno, evitando dictar la prescripción de la acción si el plazo se encuentra cumplido al formularse la denuncia.

Cita diversos pronunciamientos jurisprudenciales en apoyo de sus afirmaciones.

Por último, indica que la declaración de prescripción de la acción penal implicaría vulnerar principios y garantías constitucionales tales como, el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad ante la ley, no discriminación y protección igualitaria; el interés superior del niño

Concluye al señalar que, el auto de la Cuarta Cámara del Crimen que rechazó el recurso de apelación incoado y confirmó la solución del Tercer Juzgado de Garantías por el sobreseimiento del acusado, no ha tenido en cuenta las consideraciones previamente hechas, razón por la que carece de sustento suficiente que avale su validez, y, consecuentemente, debe dictarse su nulidad.

Formula reserva del caso federal.

#### **IV. El dictamen del señor Procurador General**

El Procurador General, tras mantener el recurso de casación formulado por la Sra. Titular de la Fiscalía e Instrucción n° 8 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la integridad sexual y demás Delitos no especializados (ver fs. 93), se remitió a sus argumentos y los dio por reproducidos (ver fs. 100).

#### **V.- La solución del caso**

Por diversas razones considero que no corresponde hacer lugar a los recursos de casación formulados por la representante del Ministerio Público Fiscal y la querrela oficial, y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia recurrida. Veamos.

Preliminarmente debe aclararse que, aunque se cuenta con dos recursos casatorios independientes contra la resolución de la Cuarta Cámara del Crimen, su análisis puede abordarse de manera conjunta puesto que contienen planteos idénticos. En efecto, ambos aducen una disconformidad con el modo en que el *a quo* argumentó la solución a la que llega, es decir, indican un agravio de tipo formal por vicios en la fundamentación; asimismo, ambos invocan una crítica sustancial ya que, en esencia, demandan la aplicación de la misma legislación.

Aclarado ello, entonces, conviene definir el marco desde el cual abordaré el tratamiento de los planteos recursivos para, de esa manera, determinar si el *a quo* ha fallado de manera adecuada.

El presente caso nos introduce en la discusión constitucional acerca de las controversias que presupone el conflicto o colisión entre derechos fundamentales.

Por un lado, contamos con la petición de la querrela y el Ministerio Público Fiscal, quienes pregonan por la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal en virtud de los principios que se desprenden de la *Convención sobre los Derechos del Niño* y de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará)*. Básicamente, señalan que los derechos reconocidos en dichos instrumentos adquirieron plena operatividad desde que ambas convenciones fueron ratificadas e incorporadas al bloque de derechos constitucionales, con anterioridad a la fecha de los hechos. Para los recurrentes las normas nacionales que regulaban por entonces la prescripción de la acción penal resultaban contrarias a la normativa internacional mencionada y, por lo tanto, son inaplicables.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

De este modo señalan que no existe obstáculo para aplicar las causas de suspensión de la acción penal que fueron incorporadas con posterioridad a los abusos denunciados por las leyes n° 26.705 y 27.206. Según explican, estas leyes no son más que la cristalización de principios que ya se encontraban vigentes. En este sentido, adhieren que el Estado argentino se comprometió a adoptar todas las medidas necesarias para hacer operativos el interés superior del niño y los derechos de la mujer, siendo esta la perspectiva desde la que deben interpretarse las reformas legislativas y ante la que no puede contraponerse un instituto de derecho interno como es la prescripción.

Por otro lado, tras el contenido del principio de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal, se enfilan los argumentos del tribunal *a quo* al hacer valer la solución más beneficiosa para el acusado, esta es, el sobreseimiento por considerar que la acción penal se encontraba prescripta por haber transcurrido el plazo máximo de la prescripción desde la fecha de los hechos.

Ahora bien, resumidas las posturas, debe decirse en primer lugar que las razones invocadas por los recurrentes desde un punto de vista formal no encuentran razones suficientes para prosperar en esta instancia. Ello puesto que, por su intermedio, las letradas invocan una arbitraria o errónea motivación en el juicio de ponderación realizado por el tribunal *a quo* que no logran demostrar a partir de precisiones concretas que reflejen cómo la fundamentación se ha valido de premisas inválidas.

El núcleo del análisis debe, entonces, circunscribirse a la pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva, es decir, debe determinarse si el juicio de ponderación en el conflicto de derechos ha sido el correcto. Según entiendo, la solución en esta contienda no puede ser otra que la confirmación de la resolución cuestionada puesto que la invocación de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Belem do Pará, en torno a la noción de tutela judicial efectiva y el interés superior del niño, no puede neutralizar la vigencia de iguales normas convencionales que es dable observar.

Ello puesto que, de avalarse la aplicación de las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal introducidas por las leyes n° 26.705 y 27.206, para supuestos de hechos acontecidos con anterioridad a dichas reformas legislativas, se violaría el principio de legalidad, lo que redundaría en una clara violación a las garantías de debido proceso y la defensa en juicio. Esta conclusión surge, según demostraré, de una interpretación armónica de todas las disposiciones legales en juego e integradora de los diferentes derechos y garantías reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

De manera preliminar entiendo adecuado recordar que, en un Estado Constitucional de Derecho, *la sujeción del juez únicamente a la ley* es un postulado fundamental para entender el principio de legitimación de la jurisdicción y de su independencia. En este sentido se ha dicho que, «[e]s a través de esta sujeción a la ley que la jurisdicción se conecta, en una democracia, con la voluntad política expresada por las representaciones parlamentarias [...]», motivo por el que «[e]l modo para limitar la discrecionalidad judicial es que el legislador sepa hacer su trabajo, es decir, que produzca normas con un significado lo más claro y unívoco posible. El principio de estricta legalidad, que es una metanorma que impone al legislador el uso de un lenguaje lo más riguroso posible, se revela así como la condición principal de la primacía de la ley, y, a la vez, de la independencia de la jurisdicción respecto de cualquier otro poder» (ver al respecto, FERRAJOLI LUIGI, «*Constitutionalismo y jurisdicción*», en GUZMÁN, NICOLÁS (coordinador), *LUIGI FERRAJOLI, Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Buenos Aires, pags. 438/439).

No puede soslayarse entonces, que es obligación de los tribunales resolver los casos sujetos a su jurisdicción en estricto apego al principio de legalidad, es decir, aplicando la Constitución, las leyes y los tratados como ley suprema. En este sentido resulta apropiado recordar que, de acuerdo con el ordenamiento constitucional local «[t]oda ley, decreto, ordenanza o disposición

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

*contrarios a las prescripciones de esta Constitución o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los habitantes de las garantías que aseguren, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces» (art. 48 de la Constitución de Mendoza).*

Junto a ello no debe olvidarse que, en el caso en que la letra de la ley no otorgue la solución al problema que el caso concreto plantea, será tarea del juez hallarla en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho (art. 31 de la Constitución Nacional y arts. 148 y 149 de la Constitución Provincial).

Ahora bien, tras haber recordado la importancia del principio de legalidad como postulado fundamental de nuestro Estado Constitucional de Derecho, entiendo que debe asentarse, como primera premisa, que los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra ley magna no derogaron artículo alguno de su primera parte y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75, inciso 22, de la ley fundamental). En efecto, así lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que "*[l]os 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*" (ver Fallos: 319:3241).

En este marco, debe asimismo recordarse que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Belem do Pará, gozan de igual jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en sus artículos 9 y 15.1 consagran la garantía de la irretroactividad de la ley. Ante este panorama, debe traerse a colación la regla contenida en el art. 29 de la C.A.D.H., que prohíbe interpretar sus normas de

modo tal que impliquen la supresión del ejercicio de los derechos por ella reconocidos o limitar el goce y ejercicio de otro que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de un Estado.

El segundo postulado en el esquema que propongo implica recordar que el principio de legalidad en materia penal comprende, entre sus múltiples contenidos, el de la irretroactividad, y esta amplitud no sólo ha sido reconocida por la Constitución Nacional (art. 18) sino también por el cuerpo de tratados de derechos humanos que la complementan (art. 9 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Con ello resulta relevante recordar que, por la forma en la que está legislada, la prescripción de la acción penal es un instituto que se encuentra comprendido en el concepto de "ley penal", razón por la que las consecuencias sistemáticas que se desprenden de la plena vigencia del principio de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal, también deben aplicarse a los supuestos en que se pretende un plazo de prescripción de manera retroactiva.

Así lo entiende, por un lado, buena parte de la jurisprudencia nacional. En efecto, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que "*las leyes ex post facto que implican empeorar las condiciones de los infractores transgreden el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal (art. 18 Constitución Nacional) en cuyo concepto se incluye el instituto de la prescripción*" (C.S.J.N., Fallos 294:68); y que "*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*" (C.S.J.N. Fallos: 287:76; en igual dirección puede verse el voto del juez Petracchi en Fallos: 318:2148).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

La Cámara Federal de Casación Penal también tuvo oportunidad de expresarse al sostener que *"el principio de la ley penal más benigna, plasmado en el orden interno en art. 2 del Código Penal, al estar incluido en las convencionales internacionales (concretamente, en los arts. 9° de la C.A.D.D.H.H., 15 del P.I.D.D.C.C. y 9° de la D.U.D.D.H.H.), opera de pleno derecho y su aplicación resulta ineludible"*, destacando que la materia vinculada a la prescripción de la acción penal *"es preponderantemente de tinte sustancial, en el sentido de que si bien determina, o influye, en la extensión del proceso -corte instrumental de la norma-, su fin último es el de establecer el límite a la pretensión punitiva del Estado -perfil material de la normativa-, con arreglo a la normativa constitucional y de los pactos internacionales de derechos humanos receptados en la Carta Magna (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.)"* (C.F.C.P., Sala IV, causa 13.077 «González, Daniel», rta. 30/10/12, reg. 2036/12).

Por otro lado, la más calificada doctrina también asiste a la tesis que postulo. Efectivamente, se ha dicho que *"[e]l instituto de la prescripción en materia penal pertenece al derecho penal" y por ende "la ley penal que regula la prescripción penal debe ser previa, como toda ley penal"* ya que en *"nuestro derecho interno es posible...considerar como ley penal más benigna no sólo la que resulta más leve en cuanto al tipo penal o la sanción penal, sino también a la que es más suave en orden a otras cuestiones penales (eximentes, causas de justificación, de inimputabilidad, plazos de extinción de la acción penal, etc.)"* (ver al respecto BIDART CAMPOS GERMÁN J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs.As., 2002, t. II-A, págs. 88/99).

En similar inteligencia, Claus Roxin sostuvo que *"[l]a prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del Derecho material"* y que *"[no] cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pues al producirse la prescripción, el autor queda impune y puede confiar en ello [...]". Por eso, si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re-)fundamentación de*

*la punibilidad"* (ver ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, ed. Civitas, Madrid, España, reimpresión 1999, págs. 163/165).

También en esta sintonía, Maier, quien dijo que "[s]egún la letra de nuestra Constitución, art. 18, toda circunstancia que funde o que evite la pena, que la agrave o que la aminore, por la necesidad de fundarla en ley anterior al hecho objeto del proceso, se rige por el juego conjunto del llamado principio de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal y el mandato de aplicar la ley más benigna para el imputado, excepción a aquella regla de irretroactividad. No se debería dudar, entonces, al afirmar que todas las condiciones, positivas (ejercicio de la acción penal) y negativas (extinción de la acción penal), de la persecución penal [...], son asimismo, en el sentido expresado, condiciones de la punibilidad (objetivas, en tanto no dependen del conocimiento y de la voluntad del agente), o, al menos, funcionan como ellas, y, por tanto, están gobernadas también por los mismos principios". De tal modo, "[s]i, conforme a las circunstancias del hecho concreto imputado, la ley posterior, distinta a la del momento del hecho, suprime una condición que en el caso no existe -la instancia privada por ejemplo-, o bien negativa que opera según la ley anterior -el plazo de prescripción ya transcurrido, por ejemplo-, la nueva ley no es aplicable, precisamente porque no beneficia al imputado, sino que lo perjudica (CP, 2), y rige al caso su ley natural: la vigente al tiempo de realización del hecho punible imputado" (ver MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales*, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As. 2003, págs. 79/80).

Al propio tiempo, pero explicando las particularidades de la excepción a la regla, se ha dicho que la retroactividad de la ley penal más benigna "[s]upone 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

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

*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”* (ver al respecto, YACOBUCCI, GUILLERMO, *El sentido de los principios penales*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 399/400).

De todo lo dicho surge lo siguiente. El plexo constitucional es un entramado normativo que plantea a los tribunales una tarea de extensiva y compleja armonización de los derechos y garantías que reconoce. En este esquema, no sólo las leyes dictadas por el Congreso Nacional (en el contexto del caso, las mencionadas 26.705 y 27.206), sino también una Convención, no pueden ser aplicadas en detrimento de otros principios que han sido reconocidos por la labor constituyente como pilares fundacionales de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

La necesidad de protección a las víctimas que contemplan los instrumentos internacionales de derechos humanos invocados por el Ministerio Público Fiscal y la querrela particular no implica, inexorablemente, la aplicación del derecho punitivo, puesto que "*[l]a 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). En este entendimiento considero interesante lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar 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 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).

Por ello, aplicar en este caso las causales de suspensión de la acción penal introducidas por leyes que fueron dictadas con posterioridad a la

fecha en que habrían concluido los hechos denunciados, tal como pretenden los acusadores, acarrearía la violación de los derechos que han adquirido jerarquía constitucional. La ley 26.705 (y menos aún la ulterior 27.206) no constituyen, desde el punto de vista de los derechos del imputado, una ley más benigna, sino en todo caso, legislación cuya aplicación empeora considerablemente la situación del imputado, con toda claridad.

Con todo lo anterior, debe decirse que las recurrentes han acudido a un argumento inadecuado para sostener que el hecho intimado a Luis Alberto Delfino es imprescriptible y, por lo tanto, insusceptible de ser alcanzado por las normas que regulan la extinción de la acción penal por prescripción. Según entiendo, este caso no puede ser interpretado de acuerdo con los supuestos excepcionales que invocan los magistrados que forman el voto mayoritario en la resolución recurrida.

En efecto, las agresiones sexuales denunciadas -más allá de configurar para las presuntas víctimas una innegable violación a sus derechos de indiscutible contenido gravoso- no pueden ser consideradas como “*graves violaciones de los derechos humanos*”. En este punto advierto que, mediante la cita de diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte IDH, el tribunal *a quo* ha recurrido a equiparar los hechos aquí investigados con supuestos donde la prescripción de la acción resulta improcedente, pero sin reparar en que los supuestos que traen aparejada esta consecuencia contienen notas particulares.

Según entiendo, no toda conducta criminal, en tanto que vulnera un derecho humano, supone una “grave violación” y, por lo tanto, pasible de ser imprescriptible.

Al respecto, debe advertirse que dicha categoría no goza del consenso consuetudinario que sí caracteriza a delitos internacionales como los previstos en el Estatuto de Roma. Dicho *nomen iuris* ha sido fruto de la labor pretoriana de órganos jurisdiccionales que, en el marco interno o internacional, ha

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

sido emprendida en diversas regiones del mundo para establecer responsabilidades en marcos criminales donde no se encuentran presentes, la sistematicidad o generalidad que caracterizan a ciertas violaciones de derechos humanos a los que llamamos “crímenes de lesa humanidad”, o un conflicto armado que nos permita calificar a las violaciones de derechos humanos ocurridos como “crímenes de guerra”.

En este sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, pero que ello no debe confundirse con lo que el propio tribunal ha considerado a lo largo de su jurisprudencia como “*violaciones graves a los derechos humanos*”, puesto que, de lo contrario, se correría el riesgo de que todo caso sometido a su jurisdicción, por tratarse de hechos que, en sí mismos, implican gravedad, conllevaría la improcedencia del instituto de la prescripción (ver causa «*Vera Vera vs. Ecuador*», sentencia del 19/05/2011).

En esta oportunidad, la Corte dijo que la improcedencia de la prescripción usualmente ha sido declarada por las peculiaridades presentes en casos que involucran violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y la tortura, donde se justifica mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas; reafirmando así un criterio que ya había sostenido anteriormente (ver causa «*Ibsen Peña vs. Bolivia*», sentencia del 1/10/2010).

Como se ve, la categoría “*graves violaciones a los derechos humanos*”, es reservada por la jurisprudencia interamericana para supuestos fácticos (independientemente de que se trate de hechos individuales o hechos cometidos masivamente), en los que quepa reconocer su seriedad por su gravedad, por su condición de hecho internacionalmente ilícito y por su ilicitud derivada de normas consuetudinarias internacionales, de modo que surge la obligación del

Estado de investigar y sancionar su comisión.

Este ha sido el criterio esbozado por la Corte Interamericana al valorar la decisión primigenia de la CSJN en el renombrado caso “*Bueno Alves vs. Argentina*”, ocasión en la que la justicia nacional declaró prescripto el hecho investigado a pesar de que el cuerpo interamericano había ordenado seguir con la investigación. Al valorar esta decisión -que impedía la implementación de su orden-, la Corte Interamericana concordó con la Corte Argentina que no fue probado que los actos de tortura cometidos contra el Sr. Bueno Alves constituyeran un crimen de lesa humanidad, pero que, sin embargo, no era admisible la prescripción en el caso concreto debido a la presencia de diversas particularidades.

Entre ellas, la acusación de un funcionario estatal respecto de hechos de tortura o tratos crueles, el carácter *ius cogens* que la comunidad internacional le asigna a la prohibición de tortura, la posible relación de la imprescriptibilidad con el objetivo de impedir que el Estado evada la rendición de cuentas por las arbitrariedades que cometan sus propios funcionarios en el marco de contextos de violencia institucional u obstáculos en la investigación, y la negligencia estatal en la investigación (Corte IDH, caso «*Bueno Alves vs. Argentina. Supervisión de Sentencia*». Resolución de la CIDH de 5/7/2011).

De ello se deriva, según mi criterio, que la calificación de hechos delictivos como supuestos de “*graves violaciones a los derechos humanos*”, no puede ser usada sin más argumento que el de la afectación de un derecho humano, en el caso, la integridad sexual de un menor de edad. De acuerdo con la postura que sugiere la Corte Interamericana la categoría se encuentra reservada para aquellas situaciones en que, si bien no se encuentran presentes los caracteres de un delito internacional imprescriptible (crímenes de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra), la naturaleza y seriedad del hecho ilícito, la calidad de inderogable del derecho humano concernido y el carácter de *ius cogens* de la norma que lo tutela, evidencian una responsabilidad agravada del Estado que no

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

puede ser soslayada mediante la procedencia de la prescripción.

Por ello, de calificarse el hecho denunciado en este caso como pretenden las recurrentes, es decir, como un supuesto de “*grave violación a los derechos humanos*”, se realizaría una interpretación extensiva de las normas y la jurisprudencia internacionales en perjuicio del imputado. Dicho de otro modo, se avalaría la aplicación de una analogía *in malam partem* contraviniendo así, paradójicamente, numerosos tratados internacionales de derechos humanos.

A modo de conclusión entonces, debe decirse que las recurrentes no han demostrado en qué consisten los vicios de motivación por los que se agravian y no han dado mayores razones capaces de alterar el orden de prelación propuesto por el *a quo* en la ponderación de los derechos constitucionales en juego, solución que, conforme con los argumentos esbozados *ut supra*, resulta correcta. Por ello, cabe dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada, debiendo rechazarse los recursos casatorios presentados.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:**

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**S E N T E N C I A:**

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

**RESUELVE:**

1.- No hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por la Dra. Virginia Rumbo, Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 8 de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual y otros Delitos no especializados, y la Dra. Claudia Vélez, titular de la Oficina de Asistencia al Querellante Particular (fs. 71/77 y fs. 78/84 respectivamente)

2.- Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.

3.- Oportunamente, vuelvan los obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO  
Ministro

DR. PEDRO J. LLORENTE  
Ministro

*Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP).  
Secretaría, 17 de agosto de 2018.*