

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EN LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Pablo Martín Perot ⁵⁷

Universidad Nacional de Mar del Plata
pmperot@yahoo.com.ar

Resumen: El trabajo analiza cómo se deberían decidir los casos de agresiones sexuales perpetradas contra menores de edad, que han sido cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de las leyes 26705 y 27206; pero que deben resolverse con posterioridad. Para ello se reconstruyen los argumentos ofrecidos en diferentes decisiones judiciales, identificando dos posiciones básicas: la estrategia de la prescripción y la estrategia de la tutela judicial. Luego, se precisa de qué forma debe comprenderse la controversia para no caer en un planteo ingenuo, que distorsione los argumentos que ambas estrategias ofrecen. Se concluye señalando que, en algunas situaciones, resulta claro cómo resolver la cuestión, sin abandonar una visión garantista del derecho penal, sea declarando la prescripción para garantizar los derechos del imputado, pero sin burlar la tutela de la víctima; o admitiendo la vigencia de la acción penal para asegurar esa tutela, pero sin restringir aquellos derechos.

Palabras claves: prescripción – tutela judicial – abusos sexuales

Abstract: The paper analyzes how cases of sexual aggressions perpetrated against minors, which have been committed prior to the entry into force of laws 26705 and 27206, should be resolved afterwards. To this end, the arguments offered in different judicial decisions are reconstructed, identifying two basic positions: the strategy of prescription and the strategy of judicial protection. Then, it is specified how the controversy should be understood in order not to fall into a naive approach that distorts the arguments offered by both strategies. It concludes by pointing out that, in some situations, it is clear how to resolve the issue, without abandoning a guaranteeing vision of criminal law, either by declaring the statute of limitations to guarantee the rights of the accused, but without circumventing the protection of the victim; or by admitting the validity of the criminal action to ensure such protection, but without restricting those rights.

Keywords: prescription – effective legal protection – sexual assault

⁵⁷ Abogado. Docente de la asignatura Teoría General del Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Miembro del grupo de investigación *Explicación y comprensión* de la misma universidad. Auxiliar letrado del Juzgado en lo Correccional N° 5 de Mar del Plata.

1. Las reformas introducidas por las leyes 26.705 y 27.206

Antes de la entrada en vigor de la ley 26.705 (BO: 05/10/2011), denominada «Ley Piazza», para los casos de abusos sexuales contra menores regían las pautas generales del Código Penal respecto de la prescripción de la acción penal. En ese contexto normativo, podían darse situaciones en las que la víctima menor de edad viese por completo frustrado su derecho a la tutela judicial; dado que, al momento del hecho, no tenía legitimación propia para denunciar porque la ley se lo impedía (arts. 71, inc. 1, y 72 del CP) y, al adquirir la mayoría de edad, la acción ya podía haber prescrito. La mentada ley modificó los plazos de prescripción relativos a ciertos delitos contra la integridad sexual al establecer que, cuando la víctima fuera menor de edad, el transcurso de esos plazos se suspendería, comenzando a correr desde el día en que ella hubiera alcanzado la mayoría de edad.⁵⁸

El debate parlamentario que condujo a la sanción de la ley 27.206 (BO: 10/11/2015) se inició alegando que la ley 26.705 todavía dejaba cierto margen de impunidad, porque impedía investigar los hechos que se denunciaban luego de vencidos los plazos de prescripción contados como ella lo disponía. La labor legislativa se inició en la Cámara de Senadores con la propuesta de establecer la imprescriptibilidad de los abusos sexuales cuando la víctima fuere menor de edad. Una vez ingresado el proyecto a la Cámara de Diputados, si bien una minoría propuso rechazar la reforma porque la flexibilidad del plazo atentaba contra la garantía de ser juzgado sin dilaciones indebidas⁵⁹, el proyecto se aprobó estableciendo un nuevo régimen para la prescripción de la acción en tales casos (Magio y Puig 2019).

En la nueva normativa, a diferencia de lo que sucedía con el régimen derogado, el plazo de prescripción se suspende desde la comisión del delito hasta que se verifique alguna de las condiciones que expresamente se indican como hito inicial de ese plazo. Teniendo presente que siempre debe tratarse de casos en los que la víctima sea menor de edad, para que el plazo de prescripción inicie su curso debe darse alguna de las siguientes condiciones: a) que ella formule la denuncia siendo mayor de edad; b) que ratifique la denuncia que sus representantes legales formularon cuando era menor; o, c) si como consecuencia del delito se provocó su muerte, que se llegue al día en el que la víctima hubiera adquirido la mayoría de edad.

Uno de los problemas que surgieron luego de promulgadas las leyes 26.705 y 27.206 es cómo deben tratarse los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor; pero que son juzgados con posterioridad a ella. En lo que sigue se distinguirán dos posiciones o estrategias básicas para enfrentar tal problema, que pueden identificarse en algunas decisiones judiciales que resolvieron ese tipo de casos. Luego, se precisará de qué forma debe comprenderse la controversia para no caer en un planteo ingenuo o pueril de la misma, que distorsione los argumentos que ofrece cada una de las alternativas.

2. Estrategia de la prescripción

⁵⁸ La ley 27.455 (BO 25/10/2018) modificó el artículo 72 del Código Penal en lo que concierne a las acciones dependientes de instancia privada, disponiendo que, para los delitos previstos por los arts. 119, 120 y 130 del mismo Código, se procederá de oficio cuando la víctima fuere menor de dieciocho años o haya sido declarada incapaz.

⁵⁹ En el trabajo se utilizarán como sinónimos las expresiones «derecho a ser juzgado en un plazo razonable», «sin dilaciones indebidas», «derecho a un juicio rápido» y «la prohibición de duración excesiva del proceso penal». Daniel Pastor, en cambio, prefiere la primera de las denominaciones porque la considera mejor desde un punto de vista técnico, dado que aportaría una precisión insuperable al establecer la noción de «plazo», la que se encontraría determinada con toda exactitud por el derecho procesal penal (Pastor, 2002:48 y Pastor, 2004:55-56).

En la práctica forense se han adoptado decisiones judiciales que, más allá de las diferencias significativas entre los casos individuales resueltos y la riqueza de argumentos que se brindaron como justificación, es posible agrupar en dos posiciones o estrategias básicas, en función a la respuesta afirmativa o negativa que ofrezcan a la siguiente incógnita: *¿se deben aplicar las normas del Código Penal vigentes al momento del hecho y, por ende, declarar prescriptas las acciones penales que emanan de las agresiones sexuales perpetradas contra menores antes de la sanción de las leyes 26.705 y 27.206?*

La posición básica que responde de forma afirmativa esa pregunta será denominada estrategia de la prescripción.⁶⁰ Desde tal perspectiva, las agresiones sexuales cometidas contra menores con anterioridad a la entrada en vigor de las leyes 26.705 y 27.206, deben considerarse prescriptas si transcurrieron los plazos establecidos por el Código Penal al momento de perpetrarse los hechos. Se afirma, en tal sentido, que el derecho a la tutela judicial de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como el correlativo deber del Estado de investigarlos y sancionarlos, deben conjugarse con otros principios y derechos que poseen idéntico rango y juegan en favor de la situación de los imputados de tales delitos.

En especial, quienes participan de esta posición consideran que debe respetarse el principio de legalidad penal. De conformidad con la referida máxima, por mucho que una conducta sea socialmente nociva y reveladora de necesidad de castigo, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente deletérea, sería el precio que se ha de pagar por la seguridad jurídica y la falta de arbitrariedad, es decir, por hacer que la aplicación de la potestad punitiva del Estado sea calculable. Las exigencias del principio de legalidad tradicionalmente se traducen en prohibiciones, una de las cuales consiste, precisamente, en la prohibición de retroactividad o *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Ella exige que la punibilidad del hecho esté declarada y determinada legalmente antes de su realización (Roxin, 1992:137-138 y 140-141).

En nuestro sistema jurídico el principio de legalidad posee rango constitucional, dado que no sólo forma parte de las prescripciones contenidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional; sino que también está reconocido en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 15 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP). Desde esta posición, además, se destaca que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido desde el fallo “Mirás” (Fallos: 287:76) que el instituto de la prescripción es alcanzado por el principio de legalidad dado que “... cabe sin duda alguna en el concepto de ley penal, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadores del régimen de extinción de la pretensión punitiva”.⁶¹

Para la estrategia de la prescripción, la tutela judicial de las víctimas debe congeniarse con las garantías que protegen al imputado en el marco de un proceso penal, en particular, con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Recientemente, en los fallos

⁶⁰ Los argumentos que componen la estrategia de la prescripción pueden encontrarse en las siguientes decisiones: C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala IV, 09/04/2013, causa “S. A. J. H.”; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, sala IV, 15/10/2013, causa “B. A., H. R.”; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala 5, 15/09/2014, causa “A., J.”; C. Fed. de Cas. Pen. CABA, Sala IV, 22/03/2016, causa “A., J.”, voto de la minoría; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala VI, 25/10/2017, causa “M., P.”, voto de la mayoría; C. Ap. y Gar. Pen. Mar del Plata, Sala II, 01/10/2018, causa “L., H. O.”, voto minoría; C. Nac. Cas. Crim. y Correc. CABA, Sala III, 18/12/2018, causa “F., N.”, voto mayoría; C. Nac. Cas. Crim. y Correc. CABA, Sala II, 01/02/2019, causa “M., P.”; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala VI, 29/04/2019, causa “C., G.”; Trib. Impug. Salta, Sala IV, 16/07/2019, causa “A., J. C.”.

⁶¹ La CADH y el PIDCP no parecen admitir a primera vista una interpretación tan amplia, pero por aplicación del principio *pro homine*, debería preferirse la aplicación del artículo 18 de la Constitución Nacional conforme la interpretación citada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

“Espíndola” (Fallos: 342:584) y “Escudero” (Fallos: 344:378), la Corte Suprema de la Nación Argentina reafirmó que el mentado derecho posee rango constitucional, no sólo por ser un corolario del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN), sino también por estar previsto expresamente como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a la justicia en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 8.1 de la CADH y art. 14.3 del PIDCP, en función del art. 75, inc. 22, de la CN). El Alto Tribunal subrayó que, en sus propios precedentes y a partir del marco normativo descripto, ya se había fijado una línea clara acerca de cuáles eran las pautas que deben considerarse en materia de plazo razonable de duración del proceso penal. Específicamente, recurrió a “Mattei” (Fallos: 272:188) para sostener que existe afectación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, toda vez que la prosecución de un pleito indebidamente prolongado conculque el derecho de defensa de los acusados, debiendo resolverse esa cuestión en forma previa a todas las demás. También invocó “Barra” (Fallos: 327:327) para aseverar que la garantía prevalece frente a las reglas del derecho común que impiden su realización efectiva, en particular, que es independiente de los plazos generales que el legislador ordinario impone teniendo en mira clases de casos, como lo serían los términos de prescripción de la acción penal. En lo que se refiere a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacó que ella atendió a cuatro elementos para evaluar la razonabilidad de la duración de un proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada.

En definitiva, a partir de la estrategia de la prescripción se concluye que, cuando han transcurrido los plazos de prescripción, contados de acuerdo con la legislación vigente al momento de los hechos, debe declararse la extinción de la acción penal de los delitos contra la integridad sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes. Ello debe ser así porque la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206 sería contraria al principio de legalidad penal, en la medida en que sus disposiciones amplían los plazos de prescripción, perjudicando la situación de los imputados y cercenando su derecho a ser juzgados en un plazo razonable.

3. Estrategia de la tutela judicial

Una respuesta negativa a la pregunta de si se deben aplicar las normas del Código Penal vigentes al momento del hecho y, por ende, declarar prescriptas las acciones penales que emanan de las agresiones sexuales perpetradas contra menores de edad antes de la sanción de las leyes 26.705 y 27.206, es ofrecida por la posición que será denominada *estrategia de la tutela judicial*.⁶² Desde este punto de vista, se destaca que el derecho a la tutela judicial efectiva brinda un sólido sustento a las leyes referidas, sobre todo si se repara que las víctimas de los delitos a los que ellas se refieren disfrutaran de una triple protección.

En primer lugar, gozan de la protección que en general se confiere a toda persona de conformidad con los artículos 8.1 y 25 la CADH y 14.1 del PIDCP. Entre las exigencias básicas del derecho a la tutela judicial se encuentran la posibilidad de acceder a la jurisdicción, a participar en un debido proceso que culmine con una decisión final y a la

⁶² Los argumentos que componen la estrategia de la tutela judicial pueden verse en las siguientes decisiones: C. Fed. de Cas. Pen. CABA, Sala IV, 22/03/2016, causa “A., J.”, voto de la mayoría; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala VI, 25/10/2017, causa “M., P.”, voto de la minoría; C. Ap. y Gar. Pen. Mar del Plata, Sala II, 01/10/2018, causa “L., H. O.”, voto mayoría; C. Nac. Cas. Crim. y Correc. CABA, Sala III, 18/12/2018, causa “F., N.”, voto minoría; Trib. Impug. Salta, Sala IV, 19/12/2018, causa “L., E. R.”; C. Ap. y Gar. Pen. La Plata, Sala IV, 07/03/2019, causa “O. L.”; Sup. Trib. Chaco, Sala II Crim. y Correc., 3/05/2019, causa “N. M. E.”; C. 1ra Ap. Crim. y Corr. Formosa, 30/07/2019, causa “B., J. D.”

efectividad de esa decisión. Es decir, el derecho no se agota en la posibilidad de reclamar ante la justicia, ni en el desarrollo de un procedimiento con las debidas garantías; sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que se determine la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen. El derecho quedaría satisfecho, aunque se rechace la pretensión articulada, siempre que el rechazo esté justificado (González Pérez, 1989:43-44; Cafferata Nores, 2008:53-54).

En segundo lugar, disfrutan de la protección especial que se concede a los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece la obligación de los Estados de adoptar medidas tendientes a asegurar al menor de edad la protección y el cuidado necesarios para su bienestar en general y, más específicamente, la protección de su indemnidad sexual. La consideración primordial que se debe otorgar al interés de los niños también ha sido prescripta en el ámbito interno por el artículo 3 de la ley 26.061, al establecer que, si existe un conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberá prevalecer “el interés superior del niño”.

Por último, también gozan de la especial protección que se confiere a las mujeres, que en la gran mayoría de los casos son las víctimas de las agresiones sexuales sufridas por menores. En el ámbito internacional el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra la mujer tiene su fuente en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”). Mientras que en el ámbito interno la ley 26.485 de protección integral de las mujeres garantiza los derechos reconocidos tanto por la Convención de Belem do Pará como por la CDN, en particular la integridad sexual de las mujeres (art. 3), y tiene por objeto promover y garantizar el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia (art. 2).

Uno de los argumentos más sólidos de esta estrategia radica en que el derecho a la tutela judicial de las víctimas posee rango constitucional gracias al estatus que le otorga el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional a la CADH, al PIDCP y a la CDN. Por tal razón, se afirma que no se pueden oponer las normas del Código Penal que regulaban la prescripción como fundamento para desconocer el derecho a la tutela judicial, en la medida en que las disposiciones que garantizan ese derecho estaban vigentes al momento de los hechos y que, desde entonces, ya formaban parte del bloque constitucional, por lo que claramente poseen una jerarquía superior a las normas del Código Penal que regulaban los plazos de prescripción.

En definitiva, a partir de la estrategia de la tutela judicial se concluye que no se debe declarar la extinción de las acciones penales que emergen de los delitos contra la integridad sexual de menores cometidos antes de la entrada en vigor de las leyes 26.705 y 27.206, aunque según las reglas del Código Penal vigente al momento de los hechos los plazos de prescripción hubieran transcurrido en su totalidad; porque esas reglas entran en conflicto con las normas de rango constitucional que garantizan el derecho a la tutela judicial de niñas y niños, las que también se hallaban vigentes al momento de los hechos.

4. La propuesta de Caramuti y Graña

Comentando un fallo dictado por el Tribunal de Impugnaciones de Salta⁶³, Carlos Caramuti y Matías Graña efectúan una defensa de la estrategia de la tutela judicial, cuyo análisis puede resultar sumamente útil como punto de partida para identificar el problema normativo que subyace al enfrentamiento entre las dos posiciones discriminadas (Caramuti y Graña, 2019). Los autores conciben la cuestión señalando que se verifica una relación

⁶³ Trib. Impug. Salta, Sala IV, 19/12/2018, causa “L., E. R.”.

conflictiva o tensión entre el instituto de la prescripción de la acción penal y los derechos de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva de las víctimas de abuso sexual infantil. Ciñen el ámbito fáctico del problema a aquellos casos en los que efectivamente han operado los plazos legales de prescripción vigentes en el Código Penal a la fecha de los hechos del caso; pero en los que resulta evidente que la víctima no ha podido instar oportunamente la puesta en funcionamiento de los mecanismos estatales de investigación penal, y ese impedimento fáctico aparece como una circunstancia esencial para que hayan operado los plazos de prescripción. Precisan que la tensión es mayor cuanto más vulnerable es la víctima, frente a un victimario especialmente poderoso o que goza del amparo o protección de una institución que le garantiza un importante nivel de impunidad. En breve, subrayan que la tensión aumenta proporcionalmente a medida que crece la desigualdad entre el imputado (poderoso) y la víctima (vulnerable). Explican que, en tales casos, la prescripción se vuelve un obstáculo al acceso a la justicia de las víctimas vulnerables, y se transforma en una herramienta al servicio de la impunidad de imputados poderosos.

La propuesta de los autores resulta interesante porque no se limita a resumir y elogiar los argumentos expuestos en la sentencia. Luego de manifestar que comparten la orientación que surge de la reforma legal en la Argentina sobre prescripción en los casos de abuso sexual infantil y la solución del fallo que comentan, afirman que resulta conveniente fijar estándares objetivos muy rigurosos, de interpretación restrictiva, para legitimar el apartamiento de las normas legales de prescripción. Aunque advierten que la casuística es muy diversa y siempre pueden presentarse circunstancias imprevistas, sin pretender agotar su enunciación, consideran que puede excluirse la prescripción en los casos donde concurran las siguientes circunstancias:

a) *Gravedad de los hechos*: debe tratarse de delitos que revistan especial gravedad, implicando violación de derechos humanos fundamentales, aunque no sea necesario que sean considerados de *lesa humanidad*.

b) *Vulnerabilidad especial de la víctima con relación al victimario*: además de ser menor de edad, rasgo que torna a la víctima vulnerable por sí misma, debe existir un contexto que denominan “de silencio y/o de inferioridad” en relación con el victimario, quien aparece en una posición preponderante o de poder frente a la víctima.

c) *Imposibilidad real de denunciar por amparo o tolerancia del poder*: la nota distintiva del amparo o tolerancia del poder estaría principalmente por el Estado, pero también podría producirse por otras instituciones que configuran un aparato o entramado socio cultural de poder en un tiempo y lugar determinados (instituciones religiosas; agrupaciones políticas; comunidades cerradas; etc.).

d) *Perduración de los efectos del delito*: las agresiones sexuales pueden tener severas consecuencias tanto físicas como psicológicas. En particular, destacan las dificultades que tienen las víctimas para interiorizar y comprender los abusos; la distorsión y represión del recuerdo de los hechos; la vergüenza; las barreras sociales y culturales que les impiden contar lo que les pasó. Indican que todo ello se potencia, en la medida en que no haya oportunidades reales de denunciar el hecho, sea por impotencia psicológica o por los altos costos de esa naturaleza que implica la exposición de hechos vividos como vergonzantes, con la carga adicional de tener que enfrentar a sus victimarios poderosos y, frecuentemente, con alto nivel de protección estatal o de instituciones que gozan de su reconocimiento.

A partir de lo anterior, los autores concluyen que puede excluirse la prescripción en los casos donde concurran estas circunstancias o estándares, teniendo en cuenta la obligación que recae sobre los jueces de llevar a cabo siempre un control de convencionalidad de las normas que aplican en los casos concretos, conforme al compromiso asumido por la Argentina (deber de garantía y de remover obstáculos internos; arts. 1º y 2º, CADH; en relación con el art. 27, Convención de Viena). En los supuestos en que el derecho no haya sido garantizado por las leyes, como sucedería en los casos de abuso sexual infantil que son

objeto de análisis, tocaría a los jueces subsanar la deficiencia y hacer efectivas las obligaciones internacionales asumidas. Como reflexión final y citando a Luigi Ferrajoli, enfatizan que hay que partir siempre de un estándar conforme al cual el derecho debe ponerse del lado del más débil y vulnerable, compensando el desequilibrio respecto del poderoso.

5. Un falso dilema: legalidad o tutela judicial

La propuesta de Caramuti y Graña resulta ambigua, dado que no es del todo claro cómo conciben la controversia que enfrenta a las estrategias de la prescripción y de la tutela judicial y, por ende, cuál es el alcance preciso de la posición que defienden. Antes de finalizar su trabajo realizan una serie de aclaraciones entre las que destacan que no existiría violación al principio de legalidad en los casos analizados. Ello se justificaría en que las conductas ilícitas imputadas efectivamente estaban prohibidas en el momento de los hechos y la prescripción no integraría el núcleo duro del principio de legalidad, en tanto no puede considerarse que el autor tome en cuenta la eventual prescripción de su acción al momento de cometer los hechos.

Este no parece ser un buen argumento para justificar la estrategia de la tutela judicial, fundamentalmente, por dos razones. En primer término, uno de los argumentos más convincentes de la estrategia de la prescripción radica en que a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia establecida en el caso “Mirás”, no se modificó ni siquiera en el tratamiento de los delitos de *lesa humanidad*. En “Priebke” y “Arancibia Clavel”, por ejemplo, se mantuvo que la prescripción estaba comprendida por el principio de legalidad; pero se admitió que las reglas de prescripción interna quedan desplazadas por las normas internacionales en los delitos de *lesa humanidad*. Los votos mayoritarios en “Arancibia Clavel”, salvo el del Ministro Petracchi, concordaron en que la aplicación del Derecho internacional no contradice el principio de irretroactividad de la ley penal, porque el Derecho de gentes reconocido por la Constitución Nacional afirmaba la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad* al momento de llevarse a cabo los hechos bajo juzgamiento. Es decir, si la retroactividad de las leyes que modifican los plazos de prescripción en perjuicio de los imputados fue rechazada por la Corte Suprema para los delitos de *lesa humanidad*, manteniendo la doctrina sentada en “Mirás” de que el principio de legalidad penal comprende las reglas que gobiernan el instituto de la prescripción; con mayor razón debería rechazarse en los delitos abarcados por las leyes 25.706 y 27.206 que, en general, como lo admiten Caramuti y Graña, no poseen tal carácter.

En segundo término, no resulta bueno el argumento propuesto porque pareciera suponer que, para dar sustento a la vigencia de las acciones penales en los casos objeto de análisis, sería necesario justificar que la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206 no afecta el principio de legalidad penal. En términos más generales, ello presupone que el conflicto entre las opciones en pugna podría presentarse como un dilema: o bien respetamos el principio de legalidad penal, pero debemos dejar de lado el derecho a la tutela judicial de niñas, niños y adolescentes víctimas de agresiones sexuales, dado que está prohibido aplicar retroactivamente las leyes 26.705 y 27.206; o bien garantizamos el derecho a la tutela judicial de las víctimas, pero dejamos de lado el principio de legalidad, porque tenemos que aplicar retroactivamente tales leyes.

No obstante, es ineludible destacar que un partidario de la estrategia de la tutela judicial no necesita sostener la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206, como parecen presuponer Caramuti y Graña. Para esa estrategia la vigencia de las acciones penales se justifica mostrando que los fundamentos constitucionales y convencionales de las leyes referidas (e.g. CADH, PIDCP y CDN), que ya estaban en vigor al momento de los hechos,

permiten justificar que no deben aplicarse las normas del Código Penal que regulan la prescripción. Dicho de otro modo, el argumento principal que sostienen es que, como la aplicación de esas normas sobre prescripción puede frustrar por completo el derecho a la tutela judicial de las víctimas menores de edad, ellas resultan inaplicables por contradecir las normas constitucionales y convencionales que reconocen el derecho a la tutela judicial. Lo anterior es muy distinto a decir que las leyes pueden aplicarse retroactivamente, porque la prescripción “no integra núcleo duro del principio de legalidad”, como lo hacen Caramuti y Graña.

Lo que se pone en evidencia de ese modo es que el dilema que nos obliga a elegir entre el principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial supone una visión distorsionada del problema normativo que se debe resolver, porque las alternativas que presenta no son las únicas posibles. En otras palabras, el dilema sería falso o aparente. La distorsión más grave a la que conduce es que ambas alternativas se ofrecen como mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, sin advertir que pueden existir casos en los que se puedan respetar conjuntamente el derecho a la tutela judicial, el principio de legalidad penal y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Es decir, de conformidad con el dilema, parecería que no queda más que elegir algunos de ellos en desmedro de los otros. Afortunadamente, ello no es así en todos los casos, porque es factible identificar situaciones en las que resulta claro cómo resolver la tensión que se presenta entre tales derechos y principios, sea declarando extinguida la acción penal o afirmando su vigencia, sin dejar de lado a ninguno de ellos. Pero para poder identificar esas situaciones es imprescindible abandonar el falso dilema y plantear la cuestión de un modo distinto.

6. Plazo razonable y tutela judicial efectiva de las víctimas

Caramuti y Graña sostienen que, cuando estamos en presencia de hechos graves, en los que la víctima presenta una vulnerabilidad especial con relación al victimario, existió una imposibilidad real de denunciar por amparo o tolerancia del poder y perduración de los efectos del delito, sería un abuso del derecho esgrimir la violación del plazo razonable para justificar la extinción de las acciones penales. En tal sentido, precisan que la garantía a ser juzgado sin dilaciones indebidas no solo ampara al imputado, sino también a la víctima. Ello obligaría a determinar, desde su perspectiva, cuál ha sido la razón por la cual la duración del proceso ha sido irrazonable o ha transcurrido el paso del tiempo sin que él se inicie. En los casos en que ello se debió a la inacción del Estado o de la víctima o sus representantes para instar su inicio o avance, no podría reprochársele al imputado la demora y, por ende, sí existiría violación al plazo razonable de juzgamiento en contra de éste. Por el contrario, si el paso del tiempo obedeció a la indefensión y vulnerabilidad de la víctima y la contrapuesta posición de poder o privilegio del imputado o su amparo por el Estado, por otra institución poderosa o por el entramado socio cultural de poder o prejuicios, que lo impidan o tornen particularmente dificultoso, en su entendimiento debería concluirse que no hay violación del plazo razonable respecto del imputado y, más bien sí respecto de la víctima cuya tutela judicial efectiva el Estado tiene el deber de garantizar.⁶⁴

La argumentación anterior presupone una forma de concebir el problema que resulta más fructífera, porque permite entender con mayor precisión la polémica entre la estrategia de la prescripción y la de la tutela judicial. El conflicto no se verificaría entre el principio de legalidad y la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206, como pretenden los

⁶⁴ También aclaran que, para habilitar la investigación y búsqueda de la verdad, a pesar del cumplimiento de los plazos de prescripción, no es necesario declarar expresamente la inconstitucionalidad de las normas sobre prescripción, dado que ello puede hacerse mediante la “no aplicación” de estas, en virtud de los mandatos convencionales y las obligaciones asumidas por nuestro país.

partidarios de la prescripción. Tampoco se daría entre el derecho a la tutela judicial y el instituto de la prescripción penal, como se pretende desde la estrategia de la tutela judicial. Por el contrario, el argumento resumido en el párrafo anterior supone que el conflicto se verifica entre el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas que otorga fundamento constitucional al instituto de la prescripción y el derecho a la tutela judicial que hace lo propio con las leyes de reforma mentadas.

Además, es importante advertir que no todos los casos individuales deben ser resueltos de acuerdo con una de las posiciones en disputa; dado que existen situaciones en las que resulta claro cómo resolver la cuestión, sea declarando la prescripción para garantizar los derechos del imputado, pero sin burlar la tutela de la víctima; o admitiendo la vigencia de la acción penal para asegurar esa tutela, pero sin restringir aquellos derechos. Por tal razón, sería más preciso plantear el problema a través de la pregunta: *¿Bajo qué condiciones estaría justificado afirmar la vigencia de las acciones penales, pese a que los plazos de prescripción establecidos en el Código Penal en vigor al momento de los hechos habían transcurrido en su totalidad?*

Para responder esa pregunta, en términos generales, lo primero que debe observarse es en qué medida se han satisfecho el derecho a la tutela efectiva de las víctimas y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del imputado. Si la víctima ha tenido una auténtica oportunidad para realizar la denuncia y, con posterioridad al desarrollo de un debido proceso, no se hizo lugar a su reclamo de manera fundada; entonces, debe declararse la prescripción de la acción penal, dado que lo contrario supondría una clara violación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. En cambio, si la víctima no ha tenido esa oportunidad y el imputado no ha sufrido significativamente ninguna restricción derivada de la tramitación de un proceso penal en su contra; entonces, debe mantenerse la vigencia de la acción penal, porque lo contrario implicaría una restricción inaceptable del derecho a la tutela judicial.

Este modo de concebir el problema resulta más adecuado para dar cuenta del ideal Garantista al que hacen referencia Caramuti y Graña, citando a Ferrajoli. Si bien el maestro italiano afirma que el fin genérico del derecho penal es la protección del más débil contra el más fuerte, también aclara que deben discriminarse dos momentos distintos para identificar quién ocupa cada lugar (Ferrajoli, 1989:335). En el momento del delito, el más débil es el ofendido o amenazado por la conducta desviada, en tanto el más fuerte es el delincuente. Respecto de los abusos sexuales sufridos por menores de edad ello es aún más claro, dado que se trata de víctimas especialmente vulnerables. Sin embargo, en el momento de la reacción penal, la más débil es la persona contra la cual se dirige esa reacción y la más fuerte es la parte ofendida o los sujetos públicos solidarios con ella. En los casos analizados esa valoración no puede descartarse aludiendo exclusivamente a la especial vulnerabilidad de las víctimas, sino que debe conjugarse con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable que protege al imputado, es decir, al más débil en el marco del proceso penal.

Bibliografía

Albanese, S. (2007) *Garantías Judiciales*. Buenos Aires. Ediar (2° ed.).

Cafferata Nores, J. I. (2008) *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto (2ª ed. actualizada por Santiago Martínez).

Caramuti, C. S. y Graña, M. (2019) “La (no) prescripción en el abuso sexual infantil. Sobre la influencia en la prescripción de estos delitos del cambio de paradigma en la interpretación y aplicación del derecho, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”. *LLNOA2019* (agosto). Cita Online: AR/DOC/2328/2019.

Ferrajoli, L. (1989) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza. Traducción de: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.

----- (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. Traducción de Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi.

Gargarella, R. (2008a) (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo I. Democracia*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

----- (2008b) (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II. Derechos*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

González Pérez, J. (1989) *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid. Civitas (2º ed.).

Hendler, E. S. (2001) (comp.) *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires. Editores del Puerto.

Maggio, F. y Puig, R. M. (2019) “Plazos de prescripción en delitos contra la integridad sexual”. En: *Suplemento Penal 2019 (mayo)*, 14. La Ley. Online: AR/DOC/39/2019.

Maier, J. (1996) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires, Editores del Puerto (2da. ed.).

Pastor, D. R. (2002) *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires. AD-HOC.

----- (2004) “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”. En: *Jueces para la Democracia* (Nº49, pp. 51-76). Madrid.