

La prescripción de la acción penal en el delito de abuso sexual infantil: La imposibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del imputado

Julieta Dávila

Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, Argentina

Fecha de recepción: 01/06/2024

Fecha de aceptación: 18/10/2024

Resumen

En el presente, luego de una breve introducción para definir el instituto de la prescripción de la acción penal, se analizará la regulación nacional en materia de prescripción de la acción penal en los delitos de abuso sexual cuando la víctima resulta ser una persona menor de edad. Asimismo, se analizarán sucintamente los diversos derechos y principios constitucionales en juego, al momento de realizarse el mal llamado “versus entre los derechos del imputado y los de la víctima”. Por otro lado, se realizará un estudio de los distintos criterios sentados, al día de la fecha, por las Salas de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata. Finalmente, brindaré mi opinión personal respecto al tópico, así como la posible respuesta que se le puede dar a la víctima de los delitos que se declaren prescriptos.

Palabras claves: Prescripción de la acción penal – irretroactividad de la ley – abuso sexual infantil – derechos del imputado- derechos de la víctima

Abstract

Herein, after a brief introduction to define the institution of the prescription of criminal action, the national regulation regarding the prescription of criminal action in crimes of sexual abuse when the victim turns out to be a minor will be analyzed. Likewise, the various constitutional rights and principles at stake will be succinctly analyzed when the so-called "versus between the rights of the accused and the victim" is carried out. On the other hand, a study will be carried out of the different criteria established, to date, by the Chambers of the Chamber of Appeals and Criminal Guarantees of the Judicial Department of Mar del Plata. Finally, I will provide my personal opinion regarding the topic, as well as the possible response that can be given to the victim of crimes that are declared prescribed.

Keywords: Prescription of criminal action – non-retroactivity of the law – child sexual abuse – rights of the accused and rights of the victim.



Introducción

Un tema actual, de arduo debate tanto en el ámbito judicial como en el legislativo, es la sanción de las leyes penales inherentes a la prescripción en causas donde se vulneran derechos humanos, tanto en el orden interno como en el internacional, compatibilizándolas con los reclamos que se originan como consecuencia de una disputa constante que parece no tener fin: los derechos del imputado vs. los derechos de las víctimas.

La prescripción es un instituto de derecho considerado como una causa de extinción de la acción penal, que no hace desaparecer al delito, sino que cesa la potestad del estado de perseguir penalmente al autor del mismo. El instituto de la prescripción de la acción penal lleva ínsito el concepto de límite al ius puniendi estatal, lo que implica que, de acuerdo a cómo se regule el instituto de la prescripción de la acción penal dentro del derecho interno de un país, estará dado el límite del poder punitivo del estado, y, como consecuencia de ello, la delimitación de los derechos de los ciudadanos.

La inexistencia del instituto de la prescripción, o la elongación indefinida de los plazos que lo prevén, coloca a los ciudadanos en un estado de incertidumbre permanente por la presunta comisión de un hecho que se le atribuye a su persona.

Si bien todo delito, con excepción de los delitos de lesa humanidad, da origen a una potestad persecutoria estatal susceptible de extinguirse con el paso del tiempo, en la conciencia social hay ciertos delitos que se cree que, por su aberrante contenido, deberían ser imprescriptibles. Este es el supuesto de los delitos contra la integridad sexual cuando la víctima es menor de edad. El abuso sexual infantil, definido como el contacto físico, deseado o no, entre un menor y su agresor para la satisfacción sexual de este último mediante la utilización del cuerpo del niño - sea mediante engaños, amenazas, seducción o coacción- para así lograr su disfrute sexual.

Desde la sanción del Código Penal, se ha ido modificando la regulación que el mismo realiza en relación al instituto de la prescripción y los delitos de naturaleza sexual, en respuesta a las demandas efectuadas por la sociedad en cumplimiento de los tratados internacionales oportunamente suscriptos. Lo que estas leyes buscaban era que los abusos sexuales cometidos a menores de edad no quedasen impunes por falta de denuncia de sus progenitores, ya fuere porque estos eran los protagonistas de la agresión o lo era algún familiar cercano o un amigo, o por cualquier otro motivo: la omisión, el querer evitar la revictimización del menor, y el descuido, la falta de interés, etc.

Sin perjuicio de ello, la demanda social no ha cesado y actualmente se reclama la aplicación de la norma con su redacción actual, a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, cuando se encontraba rigiendo una normativa completamente distinta. El problema se da cuando, en virtud de lo explicado en el párrafo anterior, el hecho ilícito no se denunció oportunamente y el menor que ya adquirió la mayoría de edad desea hacerlo por sus propios medios, y cuando por fin lo hace, se encuentra con que la acción penal está prescripta y no puede obtener una condena contra su abusador.

Lo que primeramente se desarrollará en el presente trabajo es cómo se encuentra regulado en nuestro derecho interno el instituto de la prescripción de la acción penal, para luego adentrarse en el análisis del instituto en el caso de delitos de naturaleza sexual cuando la víctima fuere menor de edad.

Asimismo, se realizará un breve análisis del criterio sentado por las tres Salas de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata, y la elaboración personal de una posible solución a la problemática en cuestión, para finalmente expedirme respecto a la posibilidad, o imposibilidad, de aplicar en forma retroactiva la legislación actual en perjuicio del imputado a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, tratando de lograr un equilibrio entre los derechos del imputado y los de la víctima en el marco de un proceso penal.

La prescripción de la acción penal

Se suele afirmar que el instituto de la prescripción nació como un instrumento racionalizador de la desigualdad que había en torno a la aplicación de la clemencia (desinterés estatal en perseguir y castigar), con lo cual, el paso del tiempo convirtió ese mecanismo en igualador.¹

La prescripción es entendida como una limitación temporal al ejercicio del ius puniendi estatal. En este sentido, Binder la define como una *"limitación temporal al ejercicio del poder del Estado que tiene por fin garantizar que no sea utilizado más allá de los límites de la necesidad social"*.² En similar línea se encuentra Pastor, quien la considera como *"el límite temporal autoimpuesto por el Estado, mediante el cual fija hasta dónde puede llevarse adelante la persecución y el castigo de los hechos punibles..."*³

Por su parte, Zaffaroni, de una forma más metafórica, explica que la prescripción funciona como una válvula de escape del dique contenedor conformado por el derecho penal y el poder jurídico, el cual debe seleccionar y dejar pasar la cantidad de agua que

¹ La Rosa, M. R. (2008), "La prescripción en el derecho penal", Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, página 9.

² Binder, A. (2004), "Justicia Penal y Estado de Derecho", Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad-Hoc, página 130.

³ Pastor, D. R. (2005), "Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal", Buenos Aires, Argentina, Editorial Editores del Puerto, página 51.

resulte necesaria para mantener su estabilidad y evitar que el Estado de Derecho sea cubierto.⁴

Con respecto a las razones que rodean la creación del instituto de la prescripción, Carrara afirmaba que los motivos para que la acción prescriba eran dos: que haya cesado el interés social por el castigo, por un lado, y que exista el peligro de que el inocente no pueda defenderse a causa de que el ejercicio de la acción se ha retardado.⁵

Respecto a esta temática, Aboso considera que el mismo está dado por la decisión del Estado acerca de imponerse un límite, temporal, para el ejercicio de su poder penal. Es decir, el autor entiende que trascurrido el plazo previsto en la ley el Estado no puede llevar adelante la persecución penal pública -como así tampoco puede hacerlo el lesionado- derivada de una sospecha de que se ha cometido un hecho punible concreto.⁶ En este sentido, Carlos J. Lascano considera que la prescripción no borra el delito, como hecho penalmente típico, antijurídico y culpable, sino que elimina su punibilidad⁷.

En similar línea se expide La Rosa, quien considera que la prescripción *“es la extinción por el tiempo del derecho o facultad de perseguir la represión de un delito. Es decir que acaece cuando concurren determinadas circunstancias sobrevinidas con posterioridad a la comisión del delito que anulan el poder represivo de aquel”*.⁸

Por su parte, Grisetti y Villanueva definen a la prescripción penal como la *“imposibilidad de perseguir y castigar a alguien si ha transcurrido un cierto tiempo desde la comisión del crimen, es propio de una cultura jurídica liberal y tiene una clara base y razón de ser en que la pena no debe ser aplicada más allá de sus propios límites lógicos y éticos”*.⁹ Por otro lado, los referidos autores la consideran como *“la autolimitación que el Estado se impone para perseguir y sancionar tanto hechos catalogados como delitos como así también a sus autores”*.¹⁰

Oscar N. Vera Barros explica que hay diversas posiciones respecto a la naturaleza jurídica del instituto de la prescripción. Así, explica que para algunos la prescripción es un instituto de derecho material, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo es la presentación punitiva del Estado, es decir, su derecho a castigar en el caso concreto. Otra posición sostiene que la naturaleza jurídica es de carácter procesal, ya que sólo importa un impedimento negativo u obstáculo para la iniciación o prosecución del procedimiento

⁴ Zaffaroni, E. R. – Alagia, A. – Slokar, A. (2006), Manual de Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, página 65.

⁵ Carrara, F. (1972), “Programa de Derecho Criminal Parte General”, Italia, Editorial Temis, página 182.

⁶ Aboso, G. E. (2018), “Código Penal de la República Argentina comentado, concordado con jurisprudencia”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Euros Editores SRL, página 400.

⁷ Baigún, D.; Zaffaroni, E. R. (2012), “Código Penal y normas complementarias – 2B”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, página 168.

⁸ La Rosa, M. R. (2008), ob. cit., página 18.

⁹ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 452.

¹⁰ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 453.

penal. Y otra posición afirma el carácter mixto de la prescripción, al considerarla como una derogación del derecho subjetivo de punir como un impedimento procesal¹¹.

Entiendo, luego de analizar las posiciones doctrinarias anteriormente plasmadas que el fundamento de la prescripción de la acción penal radica en que la amenaza de sufrir una sanción penal no puede mantenerse vigente indefinidamente, ya que mediante el instituto de la prescripción se garantiza la vigencia de otro derecho de raigambre constitucional que es el de ser juzgado en un plazo razonable. En este aspecto, Días define a la prescripción como el *“cese de la atribución para excitar a la jurisdicción en relación con una determinada pretensión, a la cual se busca hacer valer, y cuyo cese se encuentra motivado por el mero paso del tiempo”*.¹²

Riquert F. L. afirma que el fundamento de la prescripción es muy discutido y que, en cierto modo no es una razón, sino que son múltiples las razones que basan la prescripción y sus efectos en el derecho penal. Así, el autor indica que *“las consideraciones político-criminales van desde el debilitamiento de la pretensión punitiva, pues ha desaparecido, en gran medida, las razones para su castigo, hasta la imposibilidad de realización de los fines de la pena, la absoluta negación del principio de inmediación y celeridad de la justicia penal, etcétera. No existe un fundamento unitario, aceptado en forma generalizada”*.¹³

En este punto, Luzardo sostiene que el fundamento del instituto de la prescripción de la acción penal *“no puede ser otro que la propia voluntad del Estado de imponerse un límite al ejercicio de su poder punitivo, como así también de contar con una herramienta de oportunidad que le permita descomprimir el sistema penal y determinar hasta cuándo los hechos punibles resultan perseguibles”*.¹⁴

Por su parte, Aboso considera que existe otro fundamento de la prescripción, y que el mismo se encuentra dado por la ausencia de la voluntad persecutoria estatal, al referir que *“transcurrido un lapso prolongado sin que se hay perseguido al autor del delito, queda en evidencia la inexistencia de la voluntad persecutoria estatal”* ¹⁵.

Este último argumento, permite considerar que el curso de la prescripción puede ser interrumpido, y por lo tanto el plazo prologado, cuando se realicen por parte del Estado actos procesales que pongan en evidencia la voluntad estatal de reprimir el hecho investigado.

¹¹ Baigún, D.; Zaffaroni, E. R. (2012), ob. cit., página 33.

¹² Días, H. (2018), “Código Penal de la Nación Argentina Comentado. Parte General”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni, página 544.

¹³ Riquert, L. F. (2020), “Control de convencionalidad y prescripción de la acción penal”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurab, página 163.

¹⁴ Luzardo, W. J. G. (2018), “La interrupción de la prescripción de la acción penal”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, página 26.

¹⁵ Aboso, G. E., ob. cit., página 401.

Por otro lado, al ser considerada la prescripción de la acción penal como de orden público, la misma puede ser declarada de oficio por el juez, lo que quiere decir que la misma se produce de pleno derecho por el sólo transcurso del tiempo, ello aún en contra de la voluntad del interesado o de su deseo de que se juzgue su causa.

En este sentido, Grisetti y Villanueva entienden que, si bien la prescripción puede ser descripta como un instituto de orden público, para ellos se trata de un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción cuyo fundamento último reposa en el principio de la seguridad jurídica. Por ello, consideran que *“tratándose del ius puniendi, potestad exclusiva del Estado, la prescripción extintiva se manifiesta en un mandato de prohibición a sus autoridades para que dejen de hacer efectiva la sanción impuesta, si dejaron transcurrir el lapso temporal que sus propias reglas fijaron para lograr el sometimiento del responsable penalmente...”*. En este sentido, indican que la prescripción es un instituto que tiene efectos extintivos de la pretensión punitiva (o acción penal), produciendo su efecto tanto sobre la acción en curso dentro del proceso, como sobre aquella que, haciendo nacido a raíz del hecho delictivo, no ha sido ejercitada aun ante el organismo judicial correspondiente.¹⁶

No sólo la doctrina se ha expedido respecto del contenido y vigencia del instituto de la prescripción. Así, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación el fundamento de la prescripción radica en *“el derecho a la decisión del proceso en un plazo razonable, respecto del cual dicho instituto es un instrumento idóneo para hacerlo valer”*¹⁷, cumpliendo *“un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio”*¹⁸.

Asimismo, nuestro máximo tribunal tiene dicho que *“...debe reputarse incluido en las garantías de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 CN, el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”*¹⁹.

Por su parte, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo “Folgar”, tiene dicho que *“la regulación del instituto de la prescripción de la acción penal, tiene fundamento en razones de utilidad pública tendientes a otorgar estabilidad y seguridad jurídica a los justiciables, alejando la idea de incertidumbre generada por la prolongación de los procesos a que se encuentran sometidos y, también, en el deterioro pensable en el interés estatal por la persecución. Así, el Estado como titular del poder de*

¹⁶ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit, página 417.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 322:360.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, fecha 23/12/2004.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo “Mattei, Ángel s/ contrabando de importación”, fecha 29/11/1968.

*la acción, se pone un límite, a fin de resguardar los intereses antes mencionados, renunciando, luego de transcurrido el lapso legalmente prescripto, a la potestad punitiva, haciendo entonces desaparecer, de tal modo, la incertidumbre que pesaba sobre quien se encuentra a la espera de un pronunciamiento judicial”.*²⁰

La regulación de la prescripción en el Código Penal Argentino

Ya en el Proyecto de Código de Tejedor de 1865, se encontraba prevista en su título séptimo la prescripción como una causal de extinción de la acción penal y también de la pena, a lo largo de los artículos 192 al 195. Las reformas legislativas posteriores, fueron introduciendo diversas modificaciones, caracterizadas por aumentos de plazos, modificación de las causales interruptivas o suspensivas del curso de la prescripción, el modo del cómputo de los plazos respecto de un cierto tipo de delitos, como lo son aquellos cometidos contra la integridad sexual de niños y niñas, entre otros.

Nuestro actual Código Penal de 1921 no tenía previsto el instituto de la prescripción de la acción penal por el sólo transcurso del tiempo, sino que fue con las reformas que lo sucedieron que se llegó a la regulación del instituto objeto de análisis.

El Código Penal prevé, en su redacción actual, las causales de extinción de la acción penal. Así, el artículo 59 establece que *“La acción penal se extinguirá: 1) Por la muerte del imputado; 2) Por la amnistía; 3) Por la prescripción; 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada; 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.”*

El Código Penal supedita el término de la prescripción de la acción a la clase y al monto de la pena establecida por la ley para cada delito. En este sentido, Riquert afirma que *“El Código establece distintos plazos de prescripción de la acción penal, cuya duración guarda estrecha relación con la especie y gravedad de la pena fijada para el delito que se trate”*²¹. Así, determina en su artículo 62 cómo se deberán computar los plazos para que opere la prescripción de la acción penal. En este sentido, Aboso afirma que los plazos máximos de prescripción de la acción penal operan como un umbral máximo de perseguibilidad en los supuestos de rebeldía o fuga del imputado, o de interrupción de la prescripción por comisión de otro delito, y considera que en el resto de los casos la perseguibilidad penal se cancela cuando se vencen los términos establecidos para la

²⁰ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, fecha 16/06/2005.

²¹ Riquert, M. A. -director- (2018), “Código Penal de la Nación comentado y anotado”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Erreius, página 423.

duración de la investigación de la citación a juicio y del plazo para fijar el debate, siempre que antes no haya operado la prescripción de la acción de acuerdo al artículo referido.²²

Asimismo, el Código determina desde cuándo comienza a correr la prescripción de la acción, al establecer en el artículo 63 que *“La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.”* Aboso considera que el Código Penal no establece expresamente la manera de contar el término de la prescripción, por lo que entiende que se debe recurrir a los principios generales del Código Civil, en cuanto se determina allí los modos de contar los intervalos en el derecho, con carácter obligatorio para todos los plazos señalados en las leyes, salvo disposición en contrario.

Riquert también remite a la normativa civil para poder determinar el cómputo del plazo. Así, considera que para poder realizar el cómputo, hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil y Comercial de la Nación (en vigencia desde el 01/08/2015), el cual establece el modo de contar los intervalos en el derecho, determinando que: día es el intervalo corre de medianoche a medianoche, y que, en los plazos fijados en días, a contar de a uno determinado, quedara este excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente.²³

Además de regular el instituto de la prescripción y cuando la misma comienza a correr, nuestro código de fondo determina las causales por las cuales se interrumpe o suspende el plazo de la misma. En este punto, se debe aclarar que la suspensión del curso de la prescripción impide que se inicie o continúe transcurriendo el plazo de extinción de la acción, es decir, implica la detención o paralización de una acción penal ejercida anteriormente o la no iniciación de aquella cuyo ejercicio es inminente. Por su parte, la interrupción de la acción opera hacia el pasado, determinando que quede inocuo el plazo transcurrido, a partir de la medianoche del día en que se produce alguna de las causales previstas.

Así, el artículo 67 en su redacción actual determina que *“La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso. La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional. En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129—in fine—, 130—párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145*

²² Aboso, G. E., ob. cit., página 407.

²³ Riquert, M. A. -director- (2018), ob. cit., página 429.

ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad. La prescripción se interrumpe solamente por: a) La comisión de otro delito; b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado; c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente; d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme. La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.”

La prescripción de la acción penal en el delito de abuso sexual infantil

Las previsiones legales en esta materia han variado con el tiempo y las diversas reformas legislativas que se han producido, consecuencia de diversos reclamos sociales y en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país. En el presente apartado, se analizará como el legislador fue regulando el plazo de la prescripción del delito de abuso sexual infantil, desde la incorporación del instituto al Código Penal, hasta llegar a su redacción actual. Considero que, en este punto, el análisis de la cuestión puede dividirse en tres etapas: etapa 1: antes del 05/10/2011, etapa 2: después del 05/10/2011 y antes del 10/11/2015, y etapa 3: después del 10/11/2015.

Etapa 1: antes del 05/10/2011

Tal como fue sancionado nuestro Código Penal a través de la ley 11.179, la prescripción se fundaba exclusivamente en el transcurso del tiempo. No existían causales de interrupción ni suspensión del plazo de la prescripción, sino hasta la sanción de la Ley 11.221 (Ley de Fe de Erratas), que introdujo como causal de interrupción la comisión de otro delito. Se regulaba el instituto de la prescripción de la siguiente manera:

Art. 59. - La acción penal se extinguirá: 1.º Por la muerte del imputado; 2.º Por la amnistía; 3.º Por la prescripción; 4.º Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

Art. 62. - La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1.º A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2.º Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3.º A los

cinco años, cuando se tratase de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4.º Al año, cuando se tratase de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5.º A los dos años, cuando se tratase de hechos reprimidos con multa mayor de dos mil pesos: 6.º Al año, cuando se tratase de hechos reprimidos con multa de quinientos a dos mil pesos: 7.º A los seis meses, cuando se tratase de hechos reprimidos con multa que no excediere de quinientos pesos.

Art. 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.

Cómo se observa, nada en particular se preveía para el caso de que la víctima del delito de naturaleza sexual fuera menor de edad, por lo que la prescripción comenzaba a correr desde la medianoche del día en que se cometía el delito.

Con el dictado de la ley 13.569, se introdujeron otras causales de suspensión del plazo de la prescripción y se incorporó una causal de interrupción del instituto, pero nada se dijo respecto a la víctima menor de edad. Lo mismo ocurrió con la ley 16.648.

Con la reforma constitucional de 1994, ingresan a nuestro derecho interno por imperio del art. 75 inc. 22 de nuestra carta magna, con jerarquía constitucional, diversos tratados internacionales de relevancia en la materia, los cuales comenzaron a cambiar el modo en que se analizaba y aplicaba la ley en esta temática. Entre ellos se destacan: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

Con la incorporación a nuestro derecho interno de estos tratados internacionales, comenzaron a gestarse en la doctrina y la jurisprudencia diversas concepciones en relación a la prescripción de la acción penal en el caso de delitos de naturaleza sexual cuando la víctima fuere menor de edad. Sin perjuicio de ello, y si bien diversas leyes modificaron al instituto de la prescripción, ninguna introdujo cambios respecto al cómputo de la prescripción del delito cuando la víctima era menor de edad. Esto recién se produjo en el año 2011 con el dictado de la ley 26.705, conocida como "Ley Piazza".

Con anterioridad a la sanción de la ley 26.705, tramitaron ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, algunos proyectos, plasmados en los expedientes 2405-D-2009 (de los diputados R.O. Aguad, S. B. Lemos y J.E. B. Acuña Kunz) y 0072-D-2010 (de la diputada D.B. Conti), en los que se proponía ampliar el plazo de prescripción de la acción penal en los delitos cometidos contra la integridad sexual de menores de edad, pero que no llegaron a convertirse en ley.

Mediante los proyectos de ley referidos se pretendía modificar la prescripción de la acción penal en el caso de los delitos previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal. Así, el dictamen de la mayoría establecía que la misma comenzaría a correr desde la medianoche del día en que la víctima fuere mayor de edad. Y para el caso de que la acción fuera iniciada con anterioridad a esa fecha, la prescripción empezara a correr desde la medianoche del día del inicio de la acción. Se consideraba que, con esta reforma, el ofendido contara, a partir de su mayoría de edad, con un plazo razonable para poder realizar la denuncia.

Por otro lado, el dictamen de la minoría postulaba la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la integridad sexual, al considerar que este tipo de delitos eran tan graves y aberrantes como los delitos de lesa humanidad, permitiendo así que los infantes o víctimas que sufrieron violencia sexual pudieran denunciar a sus agresores aun cuando el tiempo haya pasado, en virtud de la profunda e imborrable huella que deja este tipo de agresiones a lo largo de su existencia.

Etapa 2: después del 05/10/2011 y antes del 10/11/2015

Con la sanción de la ley 26.705 (B.O. n° 33249, del 05/10/2011) se produjo una modificación en la regulación del instituto de la prescripción. La redacción del art. 62 es la misma que se encuentra hoy vigente, no obstante, si fue modificado el art. 63, al haberse incorporado una excepción a la idea de que la prescripción de la acción comenzaba a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito. Luego de la entrada en vigencia de la referida ley, la previsión legal quedó redactada de la siguiente manera *“art. 63: (comienzo del plazo de prescripción de la acción): la prescripción de la acción empezara a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse. En los delitos previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 –in fine- y 130 –parrs. 2° y 3°- del Cód. 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 comenzara a correr desde la medianoche del día en que aquel hubiera alcanzado la mayoría de edad”*.

Con la reforma de la ley 26.705, conocida como “Ley Piazza”, se introdujo al Código Penal una causal de suspensión de la acción penal desde el momento de la comisión del hecho considerado como delito, hasta que el menor víctima cumpliera la mayoría de edad, instante a partir del cual comenzaría a correr el plazo de la prescripción.

Lo que se pretendía, conforme los fundamentos de la ley, era que, en determinados delitos contra la integridad sexual, el plazo de prescripción de la acción comenzara a correr en la medianoche del día en que la víctima menor alcance la mayoría de edad, y, por ende, su plena capacidad civil de hecho y derecho conforme la normativa

civil vigente en ese momento. El objetivo de la norma el resguardo del interés superior del niño y brindar una normativa que le permitiera llevar a juicio a los agresores en el momento en que tuvieran el poder propio de hacerlo, logrando así que la víctima que no había podido defenderse durante su niñez, donde dependía de una representación legal forzosa, pudiera hacerlo una vez alcanzada la mayoría de edad. Asimismo, se resaltaron las obligaciones asumidas por el Estado al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño (en particular el art. 19) y los lineamientos de la Ley Nacional de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. También, los legisladores tuvieron en cuenta las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (convención de Belem Do Pará).

Grisetti y Villanueva consideran que el objetivo de la reforma era evitar que las víctimas que sufrieron los delitos enunciados por la norma objeto de análisis, durante su minoría de edad, no se encuentren con una acción extinta al momento de alcanzar la mayoría de edad, momento este en que se hallarían en mejores condiciones de ejercer la defensa de sus derechos agredidos. Consideran estos autores que, una de las razones por la que los menores de edad abusados no denuncian la comisión de este tipo de conductas delictivas en contra suya, es justamente por su condición de menores de edad, donde sus agresores normalmente logran intimidarlos y evitar que las autoridades investiguen y sancionen la conducta abusiva. Asimismo, consideran que *“establecer la mayoría de edad como el momento a partir del cual empieza a contar el termino de prescripción para los delitos contra la integridad sexual, tiene como finalidad permitir que los menores abusados puedan denunciar los actos delictivos cometidos en contra suya cuando son adultos y tienen capacidad real de identificar la conducta, denunciarla y afrontar un proceso penal”*.²⁴

Sin perjuicio de ello, otro segmento doctrinario criticó el texto de la reforma, alegando que existía una controversia entre la redacción del artículo y las razones que motivaron el proceso de reforma. Así, Carlos J. Lascano considera que, tal como se encontraba redactado el artículo, para el caso de que la acción se haya iniciado con anterioridad a que la víctima menor cumpliera los 18 años de edad, el Estado contaría a su favor con una parcela de tiempo para desarrollar la pretensión punitiva sin que rijan los efectos del instituto de la prescripción²⁵.

Etapa 3: después del 10/11/2015

Como ya se ha referido, el Código Penal realiza una distinción a la hora de realizar el cómputo del plazo de la prescripción penal en caso de ciertos delitos de naturaleza sexual en los cuales la víctima sea menor de edad. Es con la ley 27.206 (B.O. 10/11/2015) que se llega a la redacción actual del articulado. Por su parte, el artículo 63 establece que

²⁴ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 598.

²⁵ Baigún, D.; Zaffaroni, E. R. (2012), ob. cit., página 178.

“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.” La ley se refiere a la comisión del delito y no al día en que tuvo lugar la acción, por lo que la prescripción comenzará a correr en el momento en que se produce el resultado típico de la figura penal que se está analizando. Por otro lado, si una acción ha producido en momentos distintos varios resultados típicos, decisivo va a ser el tiempo de realización del último resultado. Además, se entiende que la prescripción de la acción no comienza a correr desde el día en que el delito fue descubierto, sino desde el día en que se cometió, salvo que, por imprecisiones en el relato o ausencia de fecha cierta, no se pueda determinar un día exacto y, como consecuencia, se tome como fecha la de iniciación de la causa.

Interesante es la postura que en este caso sostienen Grisetti y Villanueva. Dichos autores consideran que, para determinar el comienzo del término de la prescripción, se debe analizar lo normado por los artículos 1 punto 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y artículo 8 punto 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto establecen que toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad en un juicio público en que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Es por ello que consideran que, como derivación de esta máxima, nace el principio según el cual en caso de duda deberá estar a lo más favorable al imputado (receptado en el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires²⁶). De modo que, *“así como las oscuridades que pudieran existir respecto de la verificación de los elementos objetivos de un determinado tipo penal juegan a favor del imputado, la falta de certeza respecto del momento en que se consumó el delito también debe resolverse en el sentido más beneficioso para este”*²⁷. Esta idea será desarrollada con más detalle en los apartados siguientes.

Por su parte, el artículo 67 establece, en lo atinente a la temática aquí analizada, que *“...En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129—in fine—, 130—párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.”*

Es decir que, si la víctima del delito de naturaleza sexual es menor de edad, el cómputo del plazo de la prescripción se encuentra suspendido hasta que la misma, habiendo adquirido la mayoría de edad, realice ella la denuncia o ratifique la formulada por

²⁶Artículo 3 C.P.P.B.A.: “Interpretación.- Toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona, limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código o que establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, deberá ser interpretada restrictivamente.”

²⁷ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 622.

sus representantes legales durante la minoría de edad. Ello porque la suspensión de la prescripción determina que no se puede contar dentro del plazo prescriptivo todo el lapso temporal que transcurre durante la vigencia de la causal en cuestión, la cual, una vez que deja de tener virtualidad, el plazo de prescripción se reanuda.²⁸

Como afirma Días, la ley 27.206 vino a suplantar la ley 26.705, otorgando mayor protección a la víctima menor de los delitos incluidos en el artículo en cuestión, desde una perspectiva similar pero no idéntica. El autor explica que el sistema anterior (ley 26.705) contenía un enfoque basado en el comienzo del cómputo de la prescripción, estableciendo una excepción a la regla general, mientras que la redacción actual (ley 27.206) regula la cuestión como un supuesto de suspensión de la prescripción.²⁹

Luego de la reforma, y siguiendo el pensamiento de Grisetti y Villanueva³⁰, el nuevo artículo 67 regula a la prescripción como una causa de suspensión de la acción penal desde la comisión del delito, hasta que se produzca una de las causas que la ley específicamente estipula como generadoras de que la prescripción comience a correr. Y estas, según los autores, son tres:

- Cuando quien fue víctima de abuso siendo menor formula por sí mismo la denuncia siendo mayor de edad.
- Cuando quien ya es mayor de edad, pero fue víctima de abuso siendo menor, ratifica la denuncia que sus representantes legales formularon cuando era menor de edad.
- Cuando a raíz de la comisión del hecho ilícito devenga la muerte del menor, supuesto en el cual la prescripción comenzará a correr desde la medianoche del día en que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad.

En cuanto a los fundamentos que inspiraron este tipo de reformas, Riquert cita el trabajo realizado por Carlos Cabezas y sus conclusiones: el evitar que el no descubrimiento del delito –originado 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- lo deje en un total indefensión. Continúa citando a Cabezas en cuanto el referido autor explica 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, por lo que el legislador presume que llegado a un cierto momento, en este caso la mayoría de edad del ofendido, éste posee la madurez suficiente o cuenta con los medios para desvincularse de las presiones o amenazas de las

²⁸ Riquert, M. A. -director- (2018), ob. cit., página 442.

²⁹ Días, H. (2018), ob. cit., página 593.

³⁰ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 609.

que pudo haber sido objeto y así denunciar el delito, evitando de este modo la promesa de impunidad que supondría la llegada del plazo de prescripción de la acción penal.³¹

En este sentido, Grisetti y Villanueva sostienen que lo que estas leyes buscaban era que los abusos sexuales cometidos a menores de edad no quedaran impunes por falta de denuncia de sus progenitores, ya fuere porque estos fueren los protagonistas de la agresión, o por cualquier otro motivo, que puede ir desde la omisión, el descuido, la falta de interés, etc.³²

Como es sabido, muchas veces no se denuncian los abusos: sea porque los progenitores al tomar conocimiento del hecho no quieren denunciar para evitar la revictimización que ocasionaría al menor el transitar por un proceso judicial; para evitar la estigmatización social del menor; y, como sucede en gran parte de los casos, no se denuncia porque el abusador es un familiar cercano, por temor, o para proteger al victimario.

Por estos motivos es que considero acertado que, con la última reforma realizada, se hayan ampliado los plazos de la prescripción de la acción penal en estos casos en particular. Con la reforma efectuada al texto legal existente, se cumple con los principios y objetivos emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual integra desde 1994 nuestro bloque constitucional federal, y que obliga al Estado a la adopción de medidas tendientes a asegurar al menor de edad la protección y el cuidado necesario para su bienestar. Por su parte, la ley 26.061 también ordena esta protección, al receptar el derecho del niño, niña y adolescente a proteger su integridad física, sexual, psíquica y moral, estableciendo que, cuando existiere conflicto entre los derechos e intereses de los menores, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros. El interés superior del niño, reclama que quienes hayan sido víctimas de delitos contra su integridad sexual cuenten con normas que les permitan llevar a juicio a sus agresores, en el momento que puedan hacerlo por derecho propio.

Por su parte, también se cumple con lo normado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, en cuanto al compromiso de actuar con la debida diligencia y adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, e incluir en su legislación interna la normativa y los procedimientos legales eficaces con relación a ese fin (art. 7 inc. B, C y F).

Sin perjuicio de ello, y conforme se desarrolla más adelante, coincido con la postura de Grisetti y Villanueva al referir que *“el legislador ha aumentado los plazos de prescripción de la acción penal en delitos sexuales contra menores de edad en tanto*

³¹ Riquert, M. A. -director- (2018), ob. cit., página 447.

³² Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 418.

tiempo cuanto le falte a la víctima para llegar a la mayoría de edad. Y como se trata de un aumento –indeterminado- de plazos de prescripción, entonces es forzoso concluir que no puede aplicarse retroactivamente a hechos anteriores a su entrada en vigencia”³³.

Principales principios y garantías en juego

En este acápite, se desarrollarán brevemente los principales principios y garantías constitucionales que son de aplicación a la hipótesis de trabajo planteada en la introducción, el alcance de los mismos y la receptación que cada uno posee tanto en la legislación nacional como en la internacional aplicable en nuestro derecho interno.

a) El principio de legalidad

El principio de legalidad, de gran importancia en nuestro derecho penal, es un principio que cumple con una función que a mi criterio es esencial: dar seguridad jurídica, asegurar que a la persona no se la va a juzgar por un hecho el cual, al momento de ser cometido, no se encontraba tipificado como delito o tenía un tipo de sanción jurídica prevista. En este aspecto, Donna considera que, si bien el principio de legalidad se encuentra ligado a una teoría de la pena, el mismo aparece como uno de los tantos límites que se imponen al Estado para garantía de todos los individuos y no, como mal se ha dicho, como garantía de los delincuentes.

El principio de legalidad se encuentra receptado en nuestra Constitución Nacional, más precisamente en el artículo 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...” y complementado con el principio de reserva consagrado en el artículo 19 “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Asimismo, se encuentra receptado en diversos tratados internacionales de derechos humanos, los cuales ingresaron a nuestro derecho interno a través del artículo 75 inc. 22 de nuestra constitución Nacional. A saber:

- Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 9: Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

³³ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 600.

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 15: "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional."

- Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 11: "1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito."

El principio de legalidad, tal como se encuentra receptado en las constituciones modernas, es obra del liberalismo, especialmente de la teoría del contrato social entre los ciudadanos y el Estado, el cual tiene como finalidad limitar el poder de este último frente al individuo y la sociedad en su conjunto.

Afirma Donna que el principio de legalidad en materia penal significa la utilización precisa y cierta de la norma penal al caso dado, descartando cualquier tipo de interpretación basada en la costumbre, en el derecho de los jueces y en la analogía con otras leyes. Considera que la única fuente de derecho penal es la ley dictada por el Congreso de la Nación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo.

Por su parte, Roxin ubica al principio de legalidad como un instrumento que protege a los ciudadanos del propio derecho penal a fin de evitar una punición arbitraria y no calculable, sin ley o con ley imprecisa o retroactiva.

El principio de legalidad, según doctrina mayoritaria, se encuentra unido al liberalismo político, evitando así que los gobernantes y magistrados puedan ejercer la potestad punitiva su libre arbitrio. En este aspecto, Donna cita a Rivacoba y Rivacoba, al referir que el proyecto liberal en el Derecho Penal tiene las siguientes características: a) la

absoluta igualdad de todos los individuos ante la ley punitiva. B) La rigurosa legalidad de los delitos y de las penas, o sea su fijación minuciosa en la ley, como forma de hacer factible su conocimiento y garantizar por este medio la seguridad jurídica y la libertad individual. C) La consiguiente reducción del arbitrio judicial que, en momentos extremos, se pensó ingenuamente que podía ser eliminado y, en todo caso, someterlo a reglas muy estrictas. D) El escrupuloso respeto por el fuero interno de los individuos, el derecho a la disidencia y la expresión de ideas. E) La consideración básica del delito, como un ataque objetivo a bienes jurídicos de interés general. F) La proscripción de la responsabilidad sin culpabilidad, entiendo ésta no por la conformación de la personalidad o del carácter, sino referida al aislado acto delictuoso de que se trate. G) La humanización de las penas, rechazando aquellas que, estimadas de acuerdo con la sensibilidad y las valoraciones de la época, se revelen crueles en exceso o repugnen a la dignidad humana. H) Su proporcionalidad con la gravedad objetiva del respectivo delito.

Volviendo a la idea de la división de poderes, el principio de legalidad tiene en ésta su principal consecuencia jurídica: esto es que, la limitación de la libertad del sujeto y el resguardo de los bienes particulares del mismo, tiene su origen en una ley dictada por el poder legislativo, la cual luego será aplicada por el poder judicial. El problema que se da, y que es el centro de la investigación que en el presente se realiza, es el alcance de la interpretación de la ley que realizan los jueces y el alcance que los mismos le dan, lo que hace que en ciertas ocasiones se cree derecho en forma analógica y se lo aplique en contra del imputado. En este sentido, Bacigalupo afirma que “inclusive principios aparentemente tan claros como el de legalidad requieren decisiones interpretativas sin las cuales no es posible fijar su contenido: como es sabido, las conclusiones que de él se deducen varían considerablemente según se lo considere como la Carta Magna del delincuente o la Carta Magna del ciudadano”.

Es por ello que, el principio de legalidad, si bien el mismo se encuentra ligado al derecho penal, se encuentra más directamente ligado a la idea política del contrato social y de sujetar el Estado a la Ley, protegiendo así al ciudadano frente al poderoso Estado. En este aspecto, Donna entiende que negar las garantías, como es el caso del principio de legalidad, es negar al Estado de Derecho, dejando así al individuo sin defensa alguna, transformando la coerción del Estado en pura violencia y con ello regresar a un estado de guerra anterior al contrato social, situando así a las personas en absoluta inferioridad frente al Estado.

Por su parte, F. L. Riquert sostiene que, para cumplir con las exigencias constitucionales y convencionales relacionadas con el principio de legalidad, “coadyuvan el principio de taxatividad y la seguridad jurídica. En este sentido, para que la ley cumpla con la función de establecer cuáles son las conductas punibles debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición en el ámbito de lo punible”.

El principio de legalidad implica tres máximas no sometidas a excepción alguna:

- “nulla pena sine lege”: la existencia de una pena, supone una ley anterior;

- “nulla pene sine criminis”: la existencia de una pena, se encuentra condicionada a la existencia de una acción calificada como delito;

-“nullum crime sine pena legali”: el acto penalmente reprochado, está condicionado por la pena legal.

El principio de la ley previa exige que la pena y todas sus consecuencias estén determinadas con anterioridad a la comisión del hecho objeto de juzgamiento, de modo que el destinatario de la norma pueda conocer cuál es la conducta que el legislador consideró como disvaliosa y le aplicó una sanción penal.

También, se puede afirmar que del principio de legalidad se desprenden cuatro consecuencias: 1) la prohibición de la analogía; 2) la prohibición de la retroactividad; 3) la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal en el derecho consuetudinario; y 4) el mandato de certeza. Estas cuatro consecuencias del principio de legalidad han sido distinguidas de la siguiente manera:

* *lex certa*: las leyes deben estar redactadas con la mayor precisión posible. Esto implica que se debe determinar con precisión y certeza la conducta u omisión punible, evitando así que la ley penal quede indeterminada, reduciendo al mínimo la posibilidad de decisión personal de los jueces en la configuración del hecho que se juzga.

* *lex scripta*: el juez debe contar con una ley escrita para poder aplicar una pena, quedando vedada la aplicación del derecho consuetudinario, al ser el mismo considerado como una práctica fundada en una convicción jurídica general. Esta veda implica que la costumbre no puede servir de base para la creación de figuras delictivas, así como tampoco para el agravamiento de las penas.

* *lex stricta*: la ley no puede ser aplicada en forma analógica en perjuicio del imputado. Donna considera que por analogía debe entenderse la aplicación de una regla jurídica a los casos que ciertamente no se ajustan a su tenor literal, pero que son similares al que se ha regulado con anterioridad. La analogía en contra del imputado está prohibida en el derecho penal y ello tiene una relación directa con el mandato de certeza de la ley penal. La analogía se encuentra vedada ya que la misma implica la creación de un nuevo derecho, al contradecir claramente al principio de legalidad que exige que la prohibición debe existir con anterioridad a la realización de la conducta que se está juzgando.

* *lex previa*: las leyes penales se aplican a los hechos realizados después de su entrada en vigor y antes de su derogación o, en su caso, declaración de inconstitucionalidad, por lo que no pueden ser aplicadas en forma retroactiva en perjuicio

del imputado. Este aspecto será desarrollado con más detenimiento en una etapa más avanzada del presente trabajo.

a) 1. La irretroactividad de la ley penal y la ley penal más benigna

Del principio de legalidad, se desprende una consecuencia de gran importancia: la ley sólo va a regir para el futuro (irretroactividad de la ley penal). Esta prohibición no sólo tiene raigambre constitucional, sino que también se encuentra consagrada en diversos tratados internacionales a los que nuestro país adhirió.

En este sentido, Jauchen explica que las leyes se aplican desde su entrada en vigencia incluso a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pero no tienen efecto retroactivo, aun cuando sean de orden público, salvo disposición en contrario, y en este caso, la retroactividad nunca puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

El principio de irretroactividad de ley penal es una consecuencia directa del principio de legalidad, y cuya función primordial es la de brindar seguridad jurídica, implicando que el Estado sólo va a perseguir aquellas conductas punibles que previamente han sido tipificadas como tales mediante una ley anterior a su comisión. Este principio encuentra su fundamento no solo en el principio de seguridad jurídica, sino también en el de confianza y el de culpabilidad, por cuanto el sujeto debe saber que el acto que cometió se encuentra prohibido, apoyándose así en la idea de autonomía de cada persona.

Rafecas explica que la ley “solo puede proyectar sus implicancias hacia el futuro, porque será desde su entrada en vigor (o el plazo que la propia ley disponga) que surtirá efectos preventivos, y no podrá aplicarse en forma retroactiva, de modo que perjudique al imputado.”

Por su parte, Donna afirma que el principio rige con respecto a todos los presupuestos de la punibilidad material y se extiende a todas las causas de justificación y de punibilidad, abarcando no solo los tipos penales y las penas, sino también toda la regulación de la parte general que incluye los distintos estrados de la teoría del delito y los presupuestos de la pena.

El destacado autor refiere que la prohibición de retroactividad en contra del imputado es absoluta, y que la retroactividad en los casos en que lo beneficia, sea durante el proceso o durante la condena, no es una excepción al principio, sino que es una deducción lógica de la idea general de que se protege la autonomía del sujeto y todo lo que atente en contra de ella. Asimismo, este principio también se encuentra receptado en el artículo 2 de nuestro Código Penal, junto con una importante salvedad: la ley penal más benigna, la cual permite su aplicación a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia y que permite su aplicación aun cuando hubiese recaído una sentencia condenatoria. El artículo reza: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere

distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.”

Consecuencia de lo referido, se puede afirmar que el instituto de la prescripción se encuentra ligado al principio de legalidad, y, por lo tanto, no sería susceptible de aplicar, en perjuicio del imputado, una ley ex post facto que alterase su operatividad. Sin perjuicio de ello, tanto la normativa interna como los tratados internacionales de derechos humanos prevén una excepción a esta irretroactividad de la ley penal: la ley más benigna.

En relación a esta excepción, Grisetti y Villanueva consideran que “la palabra ley no se remite a una norma general indeterminada ni menos otorga la posibilidad al intérprete de crear una norma combinando otras, de modo de extraer lo más conveniente de cada una de ellas. Por el contrario, apunta a todo el sistema jurídico penal.”

La ley penal más benigna, según el criterio sentado por la Cámara Nacional de Casación Penal, es aquella que en la situación jurídica en que se encuentra el imputado lo favorece o lo hace en mayor medida, sea porque el hecho imputado, objeto de condena, ha dejado de ser delictuoso o contravencional, sea porque se castiga menos severamente o se ponen mayores exigencias para castigarlo o menores para reprimirlo más benignamente o para eximirlo de pena o acordarle un beneficio.

b) El pronunciamiento dentro de un plazo razonable

En un estado democrático de derecho, Grisetti y Villanueva consideran que el proceso penal y sus actos no deben prescindir de la valoración de los efectos deletéreos del transcurso del tiempo: incertidumbre, angustia, padecimientos personales y familiares, inestabilidad y limitación de derechos.

La justicia tardía implica una prestación defectuosa de la administración de justicia, ya que las leyes deben prever un límite racional a la investigación y juzgamiento de los hechos. Dentro de la garantía al debido proceso, de raigambre constitucional, se encuentra implícita la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ya que no puede concebirse un proceso penal sin plazos perentorios, o donde los plazos fijados se prorroguen indefinidamente.

En este aspecto, La Rosa afirma que todo hecho presuntamente delictivo genera un estado social de insatisfacción y de necesidad de una resolución conclusiva que defina, en un sentido afirmativo o negativo, el juicio de responsabilidad de una persona determinada. En este sentido, el autor considera que “el imputado tiene el derecho a que su causa sea tramitada no sólo dentro de la regularidad del cumplimiento del sistema garantizador, sino también en plazos razonables”.

Grisetti y Villanueva consideran que, “al tratarse de un derecho fundamental, bajo un esquema de inclusión implícita dentro del debido proceso, sólo puede entenderse y gozarse si se materializa el ejercicio sustantivo a un proceso legal teniendo como norte la salvaguarda de la dignidad humana”.

Por su parte, Luzardo considera que la prescripción de la acción y la duración razonable del proceso “guardan estrecha relación porque mientras la prescripción pone un límite al ejercicio de la acción penal, el plazo razonable de duración del proceso también lo hace, al menos indirectamente, porque resulta imposible en un Estado de Derecho ejercer la acción si no es a través de un proceso”.

La garantía a ser juzgado en un plazo razonable se encuentra consagrada en el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al establecer que “Toda persona... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...”. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el principio de plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente”.

El Estado tiene la obligación de investigar dentro de un determinado lapso temporal la presunta comisión de los hechos definidos en su ordenamiento interno como delito. El principio de ser juzgado en un plazo razonable se encuentra dentro de los principios que conforman un Estado de derecho moderno que vela por la dignidad de la persona humana y el respeto de los derechos humanos. En este sentido, este principio tiene como finalidad proteger la dignidad de la persona al postular el derecho al ser oído como sujeto que forma parte del proceso y no simplemente a ser tratado como objeto confiscado del mismo.

En este sentido, Grisetti y Villanueva consideran que “la relación Estado-imputado-víctima” adquiere cierto grado notable de conflictividad frente al tiempo porque una indefinida prolongación procesal crea una evidente disfuncionalidad, tanto en el plano legal como en el constitucional, para todo sujeto procesal al potenciar la cosificación del individuo, negando el Estado su calidad de sujeto”.

Pastor considera, en relación al plazo razonable de duración del proceso, que en un Estado de Derecho las autoridades pueden ejercer únicamente aquellos poderes que la ley expresamente les otorga y hasta los límites, también temporales, de esa autorización. En virtud de ello sostiene que el plazo legal evita la manipulación judicial de la razonabilidad de la duración de los procesos al estipular un límite absoluto fuera del alcance de toda interpretación.

En relación a la garantía del plazo razonable y la prescripción de la acción penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “el instituto de la prescripción tiene

una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, y dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión”.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado que “(...) ante la ausencia de una regulación expresa de la duración máxima del proceso penal, el instituto de la prescripción ha sido utilizado en ocasiones, para hacer efectivo el derecho a un proceso penal rápido. De tal forma, en ciertos casos, ha resultado ser el remedio para hacer efectivo el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable -arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 18 y 33 de la Constitución nacional- (...) Si bien sólo en ciertos casos el plazo de prescripción coincide con el plazo razonable de duración del proceso -pues en muchos casos, este último es menor- puede afirmarse, de todos modos, que el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable "... debe provocar una considerable abreviación de los plazos de prescripción para quien es formalmente perseguido en un procedimiento judicial" (Maier, ob. cit, loc. cit.). Ello conduce a dudar, en principio, de la legitimidad de cualquier interpretación que, en sentido contrario, tiende a extender los plazos de la prescripción. Tales construcciones, antes que presentarse como soluciones plausibles, aparecen como una señal de alarma sobre la posible vulneración de la garantía del plazo razonable...”.

Si bien suele analizarse respecto del imputado, la garantía del plazo razonable es bilateral, ya que también reconoce y ampara el derecho de las víctimas a que su presentación del conflicto ante la justicia sea investigada dentro de un plazo de tiempo prudencial, evitando así el fenecimiento de los plazos procesales por la inactividad de los operadores judiciales o una administración de justicia defectuosa.

Es por ello que, este derecho que poseen los imputados a ser juzgados dentro de un plazo razonable, se debe analizar con su contracara que es el derecho de acceder a la justicia, el cual es una garantía judicial bilateral ya que se aplica tanto para el imputado como para la víctima del ilícito. Es por ello que, en el caso concreto, frente al derecho del imputado también deberá conjugarse el derecho a la tutela de la víctima, así como el interés que toda la sociedad tiene en la correcta aplicación de la ley.

c) Celeridad

A los fines de evitar la existencia de procesos penales con una extensión indeterminada en el tiempo, es que se tienen en cuenta estos ciertos principios que rigen el proceso y evitan dilaciones innecesarias, tanto en perjuicio de la víctima como del imputado. Así, se define a la celeridad como uno de los principios elementales del derecho procesal, para lograr la eficacia y seguridad de la justicia. Se entiende que existe un gran interés en contar con una administración de justicia rápida, más cuando con el proceso penal se están restringiendo ciertos derechos a la persona que se encuentra imputada,

así como también la disminución de la calidad de los medios de prueba como consecuencia del transcurso del tiempo.

d) Pro homine

Este principio presupone que, en caso de duda, se debe estar a la solución que fuere más garantizadora al derecho en cuestión. Es decir, que hay que acudir a la interpretación más extensiva, cuando lo que se trata es reconocer derechos protegidos, e, inversamente, acudir a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

e) Derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva

Si bien comúnmente suele analizarse respecto del imputado, los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva son derechos bilaterales, ya que los mismos también rigen para las víctimas del proceso. En lo que aquí interesa, en relación a las víctimas se los reconoce en diversas disposiciones normativas, a saber:

- artículo 4 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder: “Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.”; Artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”;

- Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”;

- Artículo 25.1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos

fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”; y en el artículo 13 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

f) Interés superior del niño

El principio del interés superior del niño encuentra consagración constitucional e infra constitucional, y su consideración debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales que deberán juzgar en aquellos casos que involucran a los niños y niñas en todas las instancias. El mismo se encuentra receptado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, al referir que “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Asimismo, se encuentra comprendido en el artículo 3 de la ley 26.061 al establecer que “Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista

conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

- Artículo 706 inc. “c” del Código Civil y Comercial de la Nación: “(...) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.”

La solución en el Departamento Judicial de Mar del Plata: postura de las Salas que integran la Cámara de Apelación y Garantías Departamental

Luego de analizadas las previsiones legales –tanto de derecho interno como internacional-, y los principios y garantías en juego, considero que, previo brindar mi opinión personal respecto a la posibilidad de aplicar en forma retroactiva la normativa actual en materia de prescripción de la acción penal, con hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la normativa, es relevante expedirme brevemente sobre la postura de las tres salas que integran la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata.

Si bien la problemática analizada en el presente trabajo no es novedad para la doctrina y jurisprudencia nacional, su resolución si resulta novedosa para las Salas Departamentales, las cuales no han tenido muchas oportunidades para expedirse respecto a ello, siendo diversas las opiniones respecto a la posibilidad, o no, de aplicar la legislación actual a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Sala I:

La Sala I, integrada por los Jueces Dres. Marcelo A. Riquert y Esteban I. Viñas han tenido la única oportunidad, hasta la fecha, de expedirse respecto a la cuestión en la causa “Tobio, Juan Carlos s/ abuso sexual” (causa nro. 35.077 del registro de la Sala I, Investigación Penal Preparatoria nro. 08-00-002689-21/00), de fecha 23/05/2022.

Los magistrados, luego de analizar los planteos del representante del particular damnificado, sostuvieron que el derecho del imputado a estar sometido a un debido proceso es una garantía constitucional, tanto en su dimensión formal como material, y que *“desde esta última, comprende, entre otras condiciones de su vigencia, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, salvo que esta resultara más favorable al imputado, en función tanto del principio de legalidad como de reserva, lo que impone un valladar insalvable a la concreción del poder punitivo del estado, que se verá impedido de aplicar una pena (cf. Arts. 18 CN, 11DUDH, 9 CADH y 15 PIDCyP)”*.

Además, luego de hacer referencia a los motivos de reforma del art. 67 del Código Penal, el Dr. Riquert afirma que se encuentra fuera de discusión *“que en el complejo sistema convencional “constitucionalizado” en 1994 se reconocen para víctimas vulnerables por razones etarias y de género prerrogativas especiales... pero, si a partir de*

ellas se quiere excepcionar el amparo que proporciona otro derecho constitucionalmente garantizado, no puede hacérselo en base a una interpretación extensiva contra reo de criterios asentados referidos a situación diversa”.

En este orden de ideas, refiere, con cita a Zaffaroni, Alagia y Slokar, que la consagración constitucional del principio de extractividad de la ley penal más benigna es la que guía la determinación de la ley aplicable, y que *“una recta interpretación de este principio exige aplicar la ley más benigna de entre todas las que han regido el caso desde que se cometió el delito hasta el momento en el que se extinguieron o agotaron todos los efectos de la sentencia condenatoria”*. Finalmente, refiere que *“no puede hacerse lugar a la pretensión de vigencia de la acción penal requerida por la recurrente ya que la aplicación retroactiva del texto del art. 67 CP reformado por la ley 27206 quebrantaría los principios de legalidad y ultractividad de la ley penal más benigna”*.

Luego, ya en relación con el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva, y después de analizar la legislación aplicable al caso, los magistrados proponen como solución que, *“sin perjuicio de la imposibilidad de imponer sanciones penales, la realización judicial de un proceso por la verdad, cuya investigación estará a cargo del M.P.F., permitiendo el eventual esclarecimiento de los hechos denunciados y, a la vez, una reparación tanto moral como pública de la víctima menor al momento en que aquellos se habrían perpetrado”*.

Sala II:

La Sala II, integrada por los Jueces Dres. Marcelo A. Madina, Walter J. F. Dominella y Adrian Angulo, ha tenido dos oportunidades de expedirse respecto a la cuestión, en las cuales ha fallado en similar relación: Causa “Litz, Heriberto Oscar s/ abuso sexual” (causa nro. 31.471 del registro de la Sala II), de fecha 01/10/2018, y Causa “Roldan, Daniel Cesar s/ abuso sexual” (causa nro. 32.822 del registro de la Sala II), de fecha 02/2020. Por cuestiones de proximidad en el tiempo, y al ser similares los argumentos brindados por los jueces intervinientes, voy a expedirme sólo respecto al más reciente de ellos.

- Causa “Roldan, Daniel Cesar s/ abuso sexual” (causa nro. 32.822 del registro de la Sala II), de fecha 02/2020.

En este caso, los magistrados debían determinar si era posible, tal como pretendían el fiscal interviniente y el particular damnificado, sostener la vigencia de la acción a partir de la aplicación de la ley 26.705, publicada con posterioridad a la comisión de los hechos y que modificaba el inicio del cómputo del plazo prescriptivo.

Por mayoría, se decidió hacer lugar a la solicitud referida y declarar aplicable al caso la ley 26.705, votando por mayoría en el mismo sentido que en el fallo Litz. Los magistrados aquí consideraron que *“las disposiciones de derecho interno reguladoras del*

régimen de la extinción de la acción penal deben interpretarse en consonancia con las normas de derecho internacional aprobadas por el estado argentino que para la época de los delitos reprochados, ya condenaban la violencia contra la mujer –física, sexual y psicológica- como una violación a sus derechos humanos y libertades fundamentales y, además, establecían un plus de derechos específica una protección diferenciada para el supuesto de víctimas menores de edad.” Para luego referir que “(...) si bien las reformas legislativas introducidas respecto a la regulación de instituto de la prescripción para este tipo de delitos tuvieron lugar con posterioridad a la ocurrencia de los hechos aquí ventilados, no puede ignorarse que ya para ese entonces se encontraban plenamente vigentes los principios jurídicos fundamentales que las motivaron (...) Y, en tanto formaban parte del derecho interno argentino para esa época, su aplicación se vuelve inexcusable”.

Sin perjuicio de la opinión de la mayoría, considero de gran relevancia el voto en minoría del Dr. Marcelo A. Madina. Allí, el magistrado explicó que la respuesta negativa se imponía al introducir una pauta desventajosa para el procesado en la regulación del instituto de la prescripción, al constituir un supuesto de aplicación retroactiva de una posterior más gravosa constitucionalmente vedada. En este sentido, refirió que “(...) la cuestión debe resolverse a partir del estricto acatamiento del principio de legalidad (art. 18 CN) y uno de los postulados que el mismo fundamenta: la exigencia de una *lex previa*, que impone al juez aplicar la norma vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva.” Así, sostuvo que “(...) esta regla no solo exige la doble precisión previa parte de la ley de los hechos punibles y las penas a aplicar, sino que es abarcadora de las consecuencias vinculadas con la validez y vigencia de la ley penal...” y que “(...) el principio de irretroactividad de la ley penal que –como se dijera- rige en la materia, reconoce como única excepción la aplicación retroactiva de la ley posterior más benigna para el inculgado... Y, más allá del principio general contenido en el art. 2 CP, actualmente las previsiones de las convenciones internacionales que contemplan esta manda expresamente (art. 9 CADH y art. 15 PIDCyP) cuentan con rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN).”

Sala III:

La Sala I, integrada por los Jueces Dres. Pablo Martín Poggetto y Raúl Alberto Paolini, también tuvo una única oportunidad, hasta la fecha, de expedirse respecto a la cuestión en la causa “Ferreyra, Arnaldo Norberto s/ abuso sexual” (causa nro. 34.485 del registro de la Sala III, Investigación Penal Preparatoria nro. 08-00-013764-21/00), de fecha 05/10/2022.

Allí, luego de analizar la normativa aplicable al caso y relevar la jurisprudencia y doctrina aplicable, consideraron que “(...) el análisis de la cuestión en conocimiento necesariamente debe tener en cuenta las previsiones contenidas en el art. 2 del CP, ello con un prisma constitucional y en el entendimiento que el principio de ultra actividad de la ley penal más benigna y, como contracara, el de irretroactividad de la ley penal conformar

el principio de legalidad previsto en CN 18, 19 y 75 inc. 22 con relación a 9 segunda parte CADH y 15.1 PIDCyP.”

Para luego afirmar que *“La elongación de los términos de la vigencia de la acción penal emergente de las suspensiones de los términos prescriptivos introducidos por la ley 26.705 del año 2011 –que modifico el art. 63 del Código Penal- y por la ley 27.206 del año 2015 –que modifica el artículo 67 del Código Penal-, operan desde las fechas de su sanción, resultando inaplicables retroactivamente -como al presente caso- pues son más perjudiciales a los intereses del imputado”.*

Por otro lado, luego de analizar la normativa aplicable por el juez de grado, los magistrados sostuvieron, haciendo referencia al criterio sentado por la Sala I en el fallo “Tobio”, que *“Se encuentra fuera de discusión que en el complejo sistema convencional “constitucionalizado” en 1994 se reconocen para víctimas vulnerables por razones etarias y de género prerrogativas especiales, pero, si a partir de ellas se quiere excepcionar el amparo que proporciona otro derecho constitucionalmente garantizado –y obviamente también vigente al momento del hecho-, no puede hacerse en base a una interpretación extensiva contra reo. Es oportuno señalar en respuesta al argumento del a quo que cuando la CIDH ha habilitado la interpretación restrictiva de garantías constitucionales del imputado, no lo ha hecho para delitos ordinarios (aun ante supuestos tan deseables como el marras), sino para aquellos que encuadran como las graves violaciones de derechos humanos en términos del derecho internacional...”.*

En este caso, los magistrados, en acuerdo, resolvieron revocar el pronunciamiento dictado en autos por el Sr. Juez de Garantías y dispusieron el sobreseimiento del encausado por extinción de la acción penal por prescripción, y ordenaron la inmediata libertad del encausado.

Postura personal: imposibilidad de aplicar en forma retroactiva la ley en perjuicio del imputado

Luego del análisis a las previsiones legales, doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, puedo afirmar que, para los supuestos de hechos cometidos en perjuicio de menores de edad, acaecidos con anterior a la entrada en vigencia de las leyes de reforma, sólo se puede aplicar la legislación vigente al momento de su comisión, no siendo posible aplicar las referidas leyes en forma retroactiva en perjuicio del imputado.

En este sentido, comparto la postura de Grisetti y Villanueva, quienes afirman que *“un proceso judicial indefinido sujeta a cualquiera al arbitrio de la autoridad, viola el derecho esencial a un proceso sin dilaciones injustificadas, lesiona el principio de preclusión que en su concepto es consustancial a la idea de debido proceso, así como*

también los principios in dubio pro reo, el de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva para la víctima".³⁴

Asimismo, comparto la postura de Aboso, quien entiende que el instituto de la prescripción cabe en el concepto de ley penal, por lo cual considera que resulta violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional la aplicación retroactiva de una legislación más gravosa para el imputado sobre la prescripción de la acción penal.

El referido autor considera, que el principal derecho que subyace a este instituto es el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable. Asimismo, entiende que ese derecho se deriva del principio de razonabilidad y el mismo se ve afectado cuando, por cualquier motivo, el Estado viola los plazos legales máximos para la persecución punitiva. En este aspecto, el autor considera que la limitación temporal de la perseguibilidad penal está impuesta por la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, que en norma operativa prescribe la realización del juicio en un plazo razonable (arts. 7.5 C.A.D.H. y 9.3 P.I.D.C.P) o sin dilaciones indebidas (arts. 14.3 P.I.D.C.P. y XXV D.A.D.H.) Por lo que entiende que conviene extinguir una acción que se ha tenido por tanto tiempo inactiva, y que se pretende restablecer cuando el tiempo ha hecho más difícil el conocimiento de la verdad.³⁵

En este orden de ideas, coincido con lo afirmado por Grisetti y Villanueva acerca de que el contenido perturbador de cualquier hecho punible no tiene carácter estático, sino que va atenuándose con el paso del tiempo hasta que desaparece, y esta desaparición se produce en el momento en que el hecho delictivo deja de ser visto por la colectividad como un fenómeno peligroso para el modelo social vigente y pasa a percibirse como una parte del pasado legajo a la alarma colectiva que genera la conducta delictiva en el imaginario colectivo.³⁶

Si bien la prescripción es definida por algunos como un castigo a la inacción de la autoridad o la falta de voluntad persecutoria, para otros autores es vista como una inoportunidad de condena por el paso del tiempo, ya que desde el punto de vista criminológico se estaría aplicando una sanción a alguien "distinto" del infractor. En este sentido, Grisetti y Villanueva entienden que el infractor del delito vive el paso del tiempo sin un disfrute absoluto de su libertad al saber que se encuentra reclamado, y ello le acuerda un derecho a que esa situación concluya. Por otro lado, los referidos autores, citan las palabras de La Rosa, quien destaca que *"el plazo de prescripción (el cual es por naturaleza distinto) puede asimilarse y contener a la razonable duración del proceso, ya que se funda en un razonamiento lógico irrefutable, pues si de algo deberíamos estar seguros es de que con la extinción de la relación sustantiva (cancelación de la punibilidad) desaparece toda posibilidad de ejercer la acción o continuar su ejercicio, dado que si el*

³⁴ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 479.

³⁵ Aboso, G. E., ob. cit., página 400.

³⁶ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 453.

*proceso no cumple su función si su tramitación es excesivamente dilatada se erige como garantía que la prescripción de la acción sea el instrumento de realización de tales derechos individuales”.*³⁷

En ésta línea de pensamiento se ha expedido la Cámara Nacional de Casación Penal se expidió respecto a esta temática y sostuvo que *“el principio de la ley penal más benigna, plasmado en el orden interno en el art. 2° del Cód. Penal, al estar incluido en las convenciones internacionales (concretamente, en los arts. 9° CADDHH, 15 del PIDDDCC y 9° de la DUDDHH), opera de pleno derecho y su aplicación resulta ineludible”* y también que, en materia de prescripción de la acción penal, la misma es *“preponderantemente de tinte sustancial, en el sentido de que si bien determina o influye en la extensión del proceso, su fin último es el de establecer el límite a la pretensión punitiva del Estado, con arreglo a la normativa constitucional y de los pactos internaciones de derechos humanos receptados en la Carta Magna (art. 18 y 75 inc. 22 de la CN”.*³⁸

Por otro lado, como se ha referido, no se puede permitir que la persona viva toda su vida con la incertidumbre de que puede ser sometida a un proceso penal, y recibir una sentencia condenatoria, por un hecho que cometió varios años atrás.

En este sentido, Grisetti y Villanueva afirman que *“en toda sociedad organizada interesa que los derechos y obligaciones de los individuos que la componen estén perfectamente determinados y que no se produzcan situaciones de incertidumbre que permanezcan indefinidas en el tiempo. Por esta razón, todo orden jurídico contiene normas que confieren al transcurso del tiempo efectos jurídicos que tienen por objeto poner término a los estados inciertos, ya sea extinguiendo la obligación incumplida, confiriendo el derecho al que aparece como titular de él o fijando un plazo para impetrar algún derecho o ejercer una acción, transcurrido el cual ya no puede ponerse en marcha mecanismos jurisdiccionales o administrativos tendientes a exigir su reconocimiento o cumplimiento”*³⁹.

Es por ello que entiendo que el establecimiento de un plazo temporal para que se pueda perseguir penalmente a una persona por haber cometido una conducta considerada como delictiva, responde a la necesidad de que no se produzca una latente amenaza penal que genere inseguridad entre los ciudadanos respecto del lapso temporal en el cual se le podrá exigir responsabilidad por los hechos cometidos en el pasado.

En relación a la aplicación retroactiva de la ley penal, considero acertado y de aplicación al presente el pensamiento de Enrique Bacigalupo, en cuanto sostiene que es ineludible que una ampliación de los plazos de prescripción vigentes en el momento del hecho por una ley posterior a éste no debe ser aplicada retroactivamente, pues ello afectaría de una manera decisiva la garantía de objetividad en la medida en la que implica

³⁷ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 450.

³⁸ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa “Gonzalez Daniel”, fecha 30/12/2012.

³⁹ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 450.

en la práctica, un ley destinada a juzgar hechos ya ocurridos, ampliando para ello el poder penal del estado.⁴⁰

Es por ello que comparto la postura de Grisetti y Villanueva, quienes postulan que la sanción de la ley 26.705 implica –que todos los hechos anteriores a la misma- se encuentran alcanzados por el principio de la ley penal más benigna –art. 2° del Código Penal-, y no puede operar dicha suspensión, independientemente de la edad que tuviera la víctima, al tratarse de delitos en su mayoría de resultado, donde la consumación se da con la lesión al bien jurídico.⁴¹

Y en este punto, es donde entran en juego las garantías consagradas por el artículo 18 de la Constitución Nacional, al referir que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. De este artículo se deriva la prohibición de la retroactividad de la ley penal, al exigir la existencia de una ley penal previa, es decir, que haya sido dictada por el Congreso con anterioridad a la comisión de la conducta delictiva que se está reprochando.

Por otro lado, al consagrar el artículo 27 de la Constitución Nacional la supremacía de la misma por sobre los tratados internacionales, no se encuentra permitido aplicar un tratado internacional que prevea la aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad es un innegable principio de derecho público, también consagrado en nuestra carta magna. Es el mismo sistema convencional el que impide la afectación del principio de legalidad por la aplicación retroactiva de una ley penal.

Considero que la aplicación retroactiva del art. 67 del Código Penal a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de las leyes 26.705 y 27.206, resulta claramente violatoria no solo de las garantías constitucionales ya referidas, sino también del propio artículo 2 del mismo texto legal. Este último artículo contempla, como ya se ha indicado, el principio de irretroactividad de la ley penal, en clara alineación con el artículo 18 de nuestra carta magna.

Como se ha analizado, luego de reforma constitucional de 1994, se reconocieron para las víctimas vulnerables por razones etarias y de género prerrogativas especiales, pero, como correctamente ha sostenido parte de la doctrina y la jurisprudencia (pues, como en todo ámbito del derecho, el pensamiento no es unánime), si a partir de ellas se quiere excepcionar el amparo que proporciona otro derecho constitucionalmente garantizado, esto no puede ser realizado en base a una interpretación extensiva contra reo.

En este sentido, Roxin afirma que *“la prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del derecho material. Así, no cabe una*

⁴⁰ BACIGALUPO, E. “Principios constitucionales del derecho penal”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, página 50.-

⁴¹ Grisetti, R. A.; Villanueva, H.R. (2019), ob. cit., página 600.

reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pues al producirse la prescripción, el auto queda impune y puede confiar en ello... Por eso, si posteriormente se considera como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re)fundamentación de la punibilidad⁴².

Si se dictara una sentencia condenatoria, cuando el hecho ilícito juzgado se encontrara prescripto por la normativa vigente al momento de su comisión, no sólo se estaría violando el principio de legalidad, la garantía de ser juzgado en un plazo razonable y la defensa en juicio, sino que también se convalidaría un proceso ilegítimo, fundamentado en un hecho que dejó de tener interés jurídico relevante en la sociedad, por el lapso de tiempo transcurrido.

En virtud de lo expuesto, es que considero que la normativa analizada en materia de prescripción, no puede ser aplicada en forma retroactiva si ello implica un avasallamiento de los derechos del imputado.

En este aspecto, entiendo que es tarea del legislador crear una normativa que pueda armonizar tanto los derechos del imputado como los de la víctima, y, como sostiene Jauchen, lograr una igualdad de posición entre los mismos, resguardando así tanto los derechos individuales del imputado como el interés social y la potestad punitiva del Estado, así como los derechos de las víctimas. Y en caso de que la ley no establezca de manea clara o en de manera expresa la forma de resolver una situación o aplicar una ley, como dice el citado autor, se deberá hacer *“prevaler las garantías del imputado, pues el principio constitucional que le prolonga su estado de inocencia sólo se compatibiliza con esta solución”*.⁴³

Posible solución para las víctimas

Las reformas efectuadas al Código Penal, por intermedio de las leyes 26.705 y 27.206 (derogatoria de la primera) significaron un cambio de paradigma respecto a los delitos contra la integridad sexual con víctimas menores de edad, al establecer la suspensión del cómputo de la prescripción de los mismos hasta que la víctima alcance la mayoría de edad. El legislador argentino, en cumplimiento de las obligaciones convencionales emanadas de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belem Do Pará), decidió extender los plazos existentes, permitiendo así la articulación del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien considero que la modificación al texto legal resulta positiva, por ser una forma de velar por la protección de los derechos y garantías de las víctimas menores de

⁴² Roxin, C., “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito” (reimpresión 1999), Madrid, Editorial Civitas, páginas 163-165.

⁴³ Jauchen, E. M. (2007), ob. cit, página 75.

edad, en respuesta a las obligaciones estatales asumidas y a los constantes reclamos efectuados por las víctimas de delitos de índole sexual, entiendo que, en función de los argumentos up supra efectuados, la ley no puede ser aplicada en forma retroactiva en perjuicio del imputado.

Es por ello que, como posible solución al conflicto, o al menos, dar una respuesta al reclamo de las víctimas, es que creo que se podría, al momento de decretar la extinción de la acción por la prescripción, y en caso de que la voluntad de la víctima así lo sea (para evitar su revictimización) la realización del llamado proceso o juicio por la verdad.

En este aspecto, no puedo omitir hacer referencia al voto del Dr. Violini en el fallo “R., M. s/ recurso de casación interpuesto por la particular damnificada”, al sostener el referido magistrado que *“(…) el conflicto debe resolverse de la forma más equitativa posible... Una solución que armonice los derechos de ambas partes supone ratificar que no es posible derogar la prescripción o hacer caso omiso de la verificada en autos, y ello garantiza al imputado que no será penado porque la acción se encuentra extinguida; por otro lado, aunque no pueda perseguir la imposición de una pena, se debe garantizar a la víctima su acceso a la justicia a efectos de poder determinar la veracidad –o no- de su imputación, obteniendo de este modo una reparación moral y pública”*.⁴⁴

También, considero relevante el criterio sentado por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental en la causa “Tobio”, al referir que *“(…) si tenemos en cuenta que el sistema internacional tutelar de los derechos humanos con jerarquía constitucional reconoce tanto el derecho a la tutela judicial efectiva de mujeres y niñas, niños y adolescentes (art. 7 de la Convención de Belem Do Pará, art. 25 CADH, art. 19 CDN), así como el compromiso estatal de actuar con la debida diligencia y adoptar todos los medios apropiados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y proteger a los menores contra toda forma de maltrato y abuso sexual –que, es claro, constituyen violaciones de sus derechos humanos aunque se perpetren en ámbitos privados y por un particular- (arts. 1, 2, 3, 4 y 7 de la Convención Belem Do Pará; arts. 19 y 41 de la CDN), encontramos apoyo normativo suficiente para que prospere la solicitud de apertura de la investigación para poder establecer la verdad de lo acontecido según la denunciante, respecto de quien se verifica una doble condición de vulnerabilidad: edad temprana de victimización y género”*.

En este sentido, se podría tramitar un proceso, por fuera del proceso penal donde se ve en su máxima expresión el poder punitivo del Estado, en donde se pueda hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima (recordando en este caso, la imposibilidad de aplicar sanciones penales), permitiendo el eventual esclarecimiento de los hechos denunciados y lograr, en caso de que las pruebas recolectadas así lo permitan,

⁴⁴ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa “R.,M. s/ recurso de casación interpuesto por la particular damnificada”, fecha 05/02/2022.,

el dictado de una sentencia declarativa de certeza que determine así el tipo de reparación otorgable a la víctima, logrando una reparación tanto moral como pública de la misma.

Estimo de gran relevancia y aplicación a la solución aquí propuesta el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Funes”, al adherir al dictamen del Procurador Fiscal Adjunto, quien sostuvo que “... *la extinción de la posibilidad de perseguir y castigar penalmente hechos tipificados en derecho interno como delitos, no extingue el deber del estado de establecer concretas y efectivas medidas de protección para amparar a las víctimas, suministrarles asistencia terapéutica y orientación para su rehabilitación y la posibilidad de obtener un integral resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces...*”⁴⁵.

Por otro lado, podría considerarse una solución aceptable, el establecer algún tipo de reparación económica para la víctima, en la cual se cubran los costos de los tratamientos (psicológicos, psiquiátricos o de otra índole) que la misma haya realizado para tratar las secuelas que le quedaron como consecuencia del delito. En este punto, si bien comparto la postura de Aboso al referir que en materia de delitos sexuales la determinación del monto de la reparación económica suele presentarse como un problema insoluble, en especial porque resulta complicado para los tribunales cuantificar de una manera razonable la gravedad y el impacto psicológico de la víctima del delito⁴⁶, considero que puede ser de utilidad el criterio sentado por la Corte de Apelaciones de Estados Unidos en el fallo “United States vs. Laraneta”⁴⁷, en la cual se analizó el monto fijado en concepto de indemnización por el tribunal de origen y se determinó que el monto de la reparación debía incluir los gastos derivados de la asistencia médica, psicológica y la terapia de rehabilitación, los gastos de los traslados, el lucro cesante y el gasto de la asistencia técnica.

Al ser el derecho penal de ultima ratio, considero que se puede garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva de las víctimas mediante un procedimiento que se realice ante los otros fueros (por ejemplo, civil o de familia), en donde la víctima pueda reclamar el resarcimiento moral e integral o el otorgamiento de asistencia psicológica o psiquiátrica para tratar las secuelas que el delito dejó en su persona.

Conclusión

Como se ha analizado, en vista de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino tanto en relación con los derechos de la persona imputada y sometida al proceso como en relación a los derechos de los niños, y también en lo que respecta a

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, F. 294. XLVII. REX, fecha: 14/10/2014.

⁴⁶ Aboso, G.E. (2022), “Derechos y Garantías de las víctimas en el proceso penal”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, página 404.

⁴⁷ United States Court of Appeals, Seventh Circuit, “UNITED STATES of America, v. Christopher L. LARANETA” No. 12–1302, sentencia del 01/10/ 2012, fuente: <https://case-law.vlex.com/vid/united-states-v-laraneta-885795791> (traducido con Google translate).

la lucha contra la violencia de género, se ha generado una discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre cómo aplicar la normativa existente.

Al ser el Estado titular de un poder tan importante, como peligroso, debe tener un límite en cuanto a su utilización, y este límite está dado, conforme se ha analizado, por el instituto de la prescripción de la acción penal, así como también por la aplicación de diversos principios como el de legalidad, culpabilidad, el plazo razonable, proporcionalidad, lesividad, entre otros.

Como se ha dicho, la prescripción de la acción extingue la facultad persecutoria del Estado previo a que la misma se haya ejecutado a través del dictado de una sentencia condenatoria, y esto puede suceder porque se poder punitivo del Estado no ha sido ejecutado o porque, una vez iniciada la investigación, ha transcurrido el plazo máximo establecido por la ley para llevar adelante la pretensión punitiva.

Diversos son los fundamentos que justifican la existencia del instituto de la prescripción, tales como el paso del tiempo y el olvido por parte de la sociedad, así como la innecesidad de aplicar la pena y el cese de la alarma social por el transcurso del tiempo, así como argumentos procesalistas referidos al paso del tiempo y la dificultad para recolectar la prueba, y también el de la seguridad jurídica que elimina el estado de incertidumbre en las relaciones jurídico-penales entre el delincuente y el Estado.

Considero acertado que, a través de las reformas legales analizadas, se prolongó –mediante la incorporación de una causal suspensiva- el plazo de la prescripción de la acción penal y se trató de mitigar la situación de evidente desventaja en la que la víctima menor de edad se encuentra frente a su agresor, para que de esta manera pueda, una vez alcanzada la mayoría de edad, luchar judicialmente por sus derechos vulnerados.

Es por ello que considero que no se puede afirmar, como ciertos autores lo hacen, que las reformas que llevaron al texto legal a su redacción actual forman parte del llamado “derecho penal de enemigo”, ni tampoco considerarlas como una manifestación de un neopunitivismo, ya que lo que se está haciendo es adecuar la legislación interna a las directrices emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tratados internacionales a los cuales nuestro país adhirió.

No obstante, ello, si considero que el texto legal actual, luego de las reformas, no puede ser aplicado, bajo ningún punto de vista, para el juzgamiento de hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de las normas que lo modificaron.

En este sentido, entiendo que la pena aplicada en forma tardía se vuelve injusta para el autor del delito e innecesaria para el orden social, debido al alargado tiempo transcurrido. Como se suele afirmar, con el paso del tiempo, la sociedad olvida paulatinamente el delito hasta que el mismo desaparece, por lo que se pierde el interés en reprimir aquello cuyo recuerdo ha sido borrado. Asimismo, el transcurso del tiempo infiere

también en las pruebas en el proceso, debilitándose a medida que transcurre el plazo desde la comisión del delito, ya que los medios de prueba se debilitan o dejan de existir.

Cuanto más tiempo se tarde en que la pena sea aplicada, menor va a ser la posibilidad de que la misma logre sus fines y más injusta la considerará el penado y las personas que no hayan participado en el delito. La justicia penal que se encamina en forma tardía a la compensación del mal cometido, pierde su objetivo y razón de ser y se convierte en una injusticia.

Por otro lado, como se ha explicado, la persona sindicada como autora del hecho ilícito investigado tiene diversas garantías constitucionales que la amparan, entre las que se destaca la que presupone que la pretensión punitiva se efectivice dentro de un plazo razonable y no pese sobre el permanentemente. Asimismo, se vería afectada la seguridad jurídica al permitir la aplicación de leyes sancionadas con posterioridad al hecho cometido.

Vinculado a ello, no puede dejar de hacer referencia a que el instituto de la prescripción de la acción penal se encuentra estrechamente vinculado con el principio de legalidad, por lo que, como ya se dijo, no resulta susceptible de aplicación una ley penal posterior que fuere perjudicial para el imputado. Conuerdo con el criterio sentado por nuestro máximo tribunal al proclamar el rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes *ex post facto*, que impliquen un empeoramiento de las condiciones del encartado (v. fallo Miras CSJN).

Además, si bien es cierto que la prescripción de la acción penal no le garantiza en un cien por ciento al imputado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (ya que el mismo puede ser ampliado por la tramitación del proceso y la dilación "normal" de los trámites que en él se desarrollan), lo que con la misma se pretende es extinguir la potestad jurisdiccional del Estado, por la omisión de llevar a cabo el proceso penal dentro del estricto cumplimiento de la garantía constitucional de debido proceso legal en un plazo razonable.

En base a los principios constitucionales, ya analizados, que sustentan nuestro derecho penal, es que considero que, por más aberrante sea el hecho cometido, y por más ética y socialmente reprochable que sea una conducta cometida por una persona, si no hay una ley anterior que le considere como un delito o le aplique una sanción jurídica, no se le podrá aplicar pena alguna o aplicar una ley que sea más gravosa que la que estaba vigente al momento de la comisión del hecho.

Creo que se debe tener en cuenta, al momento de juzgar, que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Es por ello que refirmo mi postura al referir que, la aplicación del texto legal actual a hechos ocurridos con anterioridad a su sanción, constituye una solución más gravosa para el encartado, y de imposible aplicación.

Por más aberrante e injusto que suene para la mayoría de la sociedad, el abuso sexual infantil no es un delito imprescriptible para nuestro ordenamiento jurídico ni para las normas internacionales a las cuales el Estado Argentino adhirió. Las obligaciones de investigar, perseguir y castigar delitos que constituyen abusos sexuales de víctimas menores de edad, no puede ser aplicada como regla de juzgamiento en delitos comunes, dejando así de lado las disposiciones relativas a la prescripción de la acción penal, las cuales se encuentran amparadas por el principio de legalidad (con sustento legal a nivel nacional e internacional).

Sin perjuicio de ello, y en pos de velar por el derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva y el derecho a la verdad, considero conveniente, adhiriendo al criterio sentado por diversos órganos jurisdiccionales, y como ya se ha explicado en el apartado precedente, la realización de los llamados “procesos o juicios por la verdad”, para lograr así una adecuada respuesta para la víctima, dentro de los límites de la ley.

En virtud de lo expuesto, considero que la existencia de un límite temporal fijado por la ley para el ejercicio de la acción penal, el cual prescribe dentro de un lapso fijado, permite que se hagan operativos los principios y derechos enunciados en el presente trabajo. La prescripción de la acción penal va de la mano con la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, la cual no sólo hace referencia al momento en cual se debe iniciar un proceso penal, sino también cuándo el mismo debe finalizar, evitando así las dilaciones indebidas, tanto en protección de los derechos del imputado como los derechos de la víctima.

En este sentido, teniendo también en cuenta la necesaria operatividad de los principios de progresividad y preclusión, la solución propuesta en el presente trabajo se fundamenta en motivos de seguridad jurídica y lograr una administración de justicia rápida dentro de un plazo razonable, evitando que los procesos se prolonguen indefinidamente, respetando así la dignidad de la persona y el derecho que tiene a liberarse del estado de sospecha que resulta de la imputación por la presunta comisión de un delito, con una sentencia que promueva la extinción de la acción penal por prescripción, y su consecuente sobreseimiento, velando también por una reparación integral, si el caso así lo amerita, de la víctima del delito.

Bibliografía

- Aboso, G. E. (2018). *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado con jurisprudencia*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores SRL.
- Aboso, G. E. (2022). *Derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (n.d.). *Principios constitucionales del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (1983). *Delito y punibilidad*. Madrid, España: Civitas.
- Baigún, D., & Zaffaroni, E. R. (2012). *Código Penal y normas complementarias – 2B*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Binder, A. (2004). *Justicia penal y estado de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Dias, H. (2018). *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Donna, E. A. (2019). *Derecho Penal Parte General, Tomo I*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Figari, R. E. (2021). *Código Penal. Parte especial*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Grisetti, R. A., & Villanueva, H. R. (2019). *Código Penal de la Nación comentado y anotado*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Jauchen, E. M. (2007). *Derechos del imputado*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- La Rosa, M. R. (2008). *La prescripción en el derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Luzardo, W. J. G. (2018). *La interrupción de la prescripción de la acción penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Pastor, D. R. (2002). *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Pastor, D. R. (2005). *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Rafecas, D. (2021). *Derecho penal sobre bases constitucionales*. Buenos Aires, Argentina: Didot.
- Righi, E. (2007). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Riquert, M. A. (Director). (2018). *Código Penal de la Nación comentado y anotado*. Buenos Aires, Argentina: Erreius.
- Riquert, L. F. (2020). *Control de convencionalidad y prescripción de la acción penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Roxin, C. (1999). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, España: Civitas.

Villanueva, H. J. R. (2008). *La prescripción penal*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Yacobucci, G. (2017). *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires, Argentina: B de F Montevideo-Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2000). *Derecho Penal Parte General*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2012). *Estructura básica del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.