

Algunas precisiones respecto de la prescripción en delitos sexuales en perjuicio de menores de edad

1. Introducción

El propósito de estas líneas es el de exhibir al lector los más controversiales aspectos de las recientes (y necesarias) modificaciones que, al instituto de la prescripción en delitos sexuales contra menores de edad, vinieron a aportar las leyes 26.705 y 27.206.

Para ello, haremos una breve reseña de los instrumentos de derecho internacional a los que nuestro país ha adherido y la normativa que, en derecho interno, regula la prescripción de la acción penal. En especial, pondremos atención a un caso puntual (de jurisprudencia nacional) donde la puja derecho/garantía pareciera generar graves cuestionamientos de índole constitucional. Es conveniente advertir a quien se adentre en el presente trabajo que la temática planteada gira en derredor de la fricción entre los derechos de acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y obtención de la verdad del que gozan todos los niños, niñas y adolescente. Así como también, de la garantía de la prescripción, cuya finalidad natural viene dada por la obtención de un pronunciamiento en un plazo razonable y

la cesación de un indefinido estado de sospecha sobre el imputado.

La prescripción, para fijar un concepto magro, pero no por eso inútil, no es más que una limitante al ejercicio *sine die del iuspuniendi* estatal.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto y fue así que definió a la prescripción como “... *es derecho de todo imputado lograr un pronunciamiento por parte del órgano judicial que ponga fin a una situación de incertidumbre frente a la ley y a la sociedad en un plazo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente*”¹.

2. El contexto internacional

Notificado el lector de las particulares características del escenario planteado, veamos, brevemente, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen al panorama jurídico de protección a los menores de edad.

Una interpretación armónica de los artículos 1, 2, 8.1, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los lineamientos marcados por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, da cuenta de la obligación de los Estados partes de adecuar la legislación interna para que, sin discriminación alguna, los menores de edad gocen del derecho a ser oídos, lo que, como veremos más adelante, trae implícito acceder a la justicia y obtener, por parte de los órganos judiciales, garantías de participación en el proceso y un pronunciamiento justo y proscriptivo de la impunidad de conductas aberrantes².

En similar sentido aparece lo regulado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la armónica interpretación de los postulados de los arts. 2, 3, 12 y 16.

Es así que, en lo que a la Convención Americana de Derechos Humanos refiere, el art. 1 señala a los Estados partes el compromiso de respetar los derechos contenidos en ella y, el art.2, les fija la obligación de adoptar medidas legislativas y de todo carácter necesarias para hacer efectivos los

2 A quien quiera profundizar de recomienda la lectura de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, resuelta el 9 de marzo de 2018.

1 Cfr. fallos 272:188 "Matei").

derechos y garantías reconocidos por la Convención.

En el art. 8 se determinan las garantías judiciales de cada individuo. Así, el inc. 1° reconoce el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En el art.19, ya con el foco puesto en los niños como sujetos vulnerables indica: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

Finalmente, en el art. 25 de la citada normativa, se realzan los mecanismos de protección judicial y así reza *“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”*.

En punto a los compromisos fijados a los Estados partes, se destacan: garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; que se desarrollen las posibilidades de recurso judicial, y se garantice el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el art. 2, señala dos obligaciones centrales. Por un lado, el inc. 1° refiere a la obligación de los Estados partes de respetar los derechos contenidos en la Convención y garantizar la aplicación respecto de cada niño

sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. En tanto que, en el inc. 2°, se impone a cada Estado la obligación de adoptar medidas tendientes a garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo en términos generales.

Por su parte, en el art. 3 y en lo que al tema propuesto se vincula, refiere que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”*.

En el art. 12 se consagra el derecho de opinión del niño en todos los asuntos que lo afecten. En el inc. 2°, lo relevante se arigue en torno al reconocimiento al derecho a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte. Ese derecho implica, claro está, la facultad de acceder por sí mismo o por representante legal a los procedimientos en los que posean un legítimo interés.

Finalmente, el art. 16 la Convención ha postulado que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques ilegales contra su honra y su reputación. Asimismo, le reconoce el derecho a que por ley se lo proteja contra esas injerencias o ataques.

3. La normativa en el ámbito nacional.

Sentados ya los lineamientos regulados por la normativa internacional, corresponder ahora adentrarse en el análisis del instituto de la prescripción y el ejercicio de la acción penal en la legislación nacional.

En tiempos lejanos al reconocimiento de grupos vulnerables y la estipulación de regímenes especiales de protección para ellos, el legislador nacional diagramó la normativa en base a la prescripción de la acción penal para todos los delitos en general.

Así fue que, en su redacción original y en el título X del Código Penal Argentino (según ley 11.179 del 29 de octubre de 1921), reguló la extinción de las acciones y las penas.

Específicamente en el campo de las acciones, el art. 59 inc. 3 fijó que, una de las causales que la extinguían, era la prescripción.

Seguidamente, en el art. 62 se fijó que la acción penal prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1. a los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;
2. 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. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;
4. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;
5. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa mayor a dos mil pesos;
6. Al año, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa de quinientos a dos mil pesos;
7. A los seis meses, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa que no excediere de quinientos pesos.

Respecto al momento en que debía comenzar a contarse el plazo prescriptivo, el art. 63 fijó, como principio rector, *“...desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse”*.

En lo específico de los delitos contra la integridad y la libertad sexual, que son los que nos ocupan, el legislador ha previsto que para la habilitación de la persecución estatal sea necesaria la instancia de la acción por parte de quienes la propia ley dota de tal capacidad.

Así es que en el art. 71 del Código Penal se fija como regla el principio de oficiosidad y, de inmediato, se reconoce por vía de excepción a los reconocidos delitos de instancia privada.

En tanto que el artículo siguiente quedan determinadas las acciones que dependen de instancia privada y que, en lo que aquí interesa, se limitan a los delitos previstos y reprimidos en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

Asimismo, se prevé que en los casos del primer inciso (esto es los delitos de abuso sexual simple, agravado y raptos) regirá el principio de oficiosidad cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz.

Sobre las particularidades del ejercicio de la acción en el marco de la problemática tratada, volveremos al momento de sentar nuestras conclusiones personales y plantear propuestas superadoras. Ello, claro está sin dejar de adelantar que la mantención del llamado *strepitusfori* obstaculiza, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, sin lugar a dudas, el acceso a la justicia y el pleno ejercicio de los derechos que les son reconocidos en el ámbito del derecho internacional.

4. Las reformas al instituto de la prescripción en materia de delitos sexuales en perjuicio de menores de edad

La ley 26.705, reformada con posterioridad por la 27.206, repercutieron de manera determinante en lo referente a los procedimientos iniciados con anterioridad a la vigencia de esas normas pero a los que en su sustanciación, en franca violación a los más elementales principios de derecho penal liberal, les fueron aplicadas las transformaciones en cuestión.

La primera de las leyes establecía la nueva redacción del art. 63 del Código Penal y fijó que la prescripción comenzaría a correr desde que la víctima adquiriera la mayoría de edad, estableciendo como punto de partida, las 00:00 horas del día en el cual adquiría la mayoría de edad, respecto de los delitos de abuso sexual y sus figuras agravadas (art. 119, 120 y 124), promoción o facilitación de la corrupción y la prostitución (125 y 125 bis), exhibiciones obscenas (art. 128 y 129) y el delito de raptos (art. 130).

En el segundo párrafo del artículo y con cuestionable redacción, la norma establecía que sí, como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados, hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, la prescripción de la acción comenzaría a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

En su entendimiento, pareciera ser que con la muerte del ofendido en su minoría de edad, la comisión del delito tendría que ser dada a conocer con posterioridad por sus representantes legales, quienes, más allá de dar noticia del hecho y su probable fecha de comisión, contarán con un plazo mayor para denunciarlo, pues el plazo de prescripción contara desde las 00:00 horas del día en que su representada adquirió la mayoría de edad.

Posteriormente, la ley 27.206 reformó la anterior y, además de agregar los delitos de trata de personas menores y mayores de edad (arts. 145 bis y ter del Código Penal), estableció que el plazo de la prescripción se suspendía mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formulara por sí misma la denuncia, o bien, ratificara la realizada por sus representantes legales durante la minoría de edad.

Si bien la reforma agregó figuras delictivas antes no previstas, mejoró la redacción en tanto agregó el término “suspensión de la prescripción” a fin

de darle mayor precisión a la legislación. Ello, sin suplir las deficiencias que motivaron cuestionamientos a la estricta legalidad.

Más allá de esto, mantuvo de forma idéntica a la redacción de la anterior ley, en cuanto a que sí ocurría la muerte del menor de edad, comenzaría a correr desde la medianoche del día en que aquel hubiera alcanzado la mayoría de edad.

5. Algunos cuestionamientos constitucionales.

5.1. ¿Retroactividad de la ley penal más benigna o más gravosa?

De acuerdo con lo señalado, si bien la víctima tiene la posibilidad de denunciar los diferentes comportamientos delictivos aquí investigados, lo cierto es que no deja de ser llamativa la falta de observancia de los legisladores al momento de analizar la confrontación que ocasionaría la sanción de la ley con una garantía de rango constitucional, esto es, la aplicación de la ley penal más benigna.

Es así que, en la actualidad, innumerables son los fallos jurisprudenciales que se originaron para determinar la aplicación o no de las leyes en estudio. Es que los magistrados deberán expedirse respecto de la validez de dicha legislación con relación a hechos cometidos con anterioridad a su sanción.

En efecto, supongamos a modo de ejemplo que A es víctima de un abuso sexual con acceso carnal el 1 de enero del año 1995, cuando tenía 8 años de edad y dicho accionar fue efectuado por B.

De acuerdo con las prescripciones del artículo 62 del Código Penal, la acción penal respecto de B se encontraría extinguida el 1° de enero del año 2007, es decir pasados los 12 años que como máximo establece el código sustantivo. Para continuar con la hipótesis, supongamos que, en el marco de dicha investigación el imputado (B) fue llamado a

indagatoria el 28 de diciembre del año 2011, con posterioridad a la sanción de la ley 26.705 y, en virtud de ello, se dictó su procesamiento con prisión preventiva.

Frente a ello, correspondería efectuarse el siguiente cuestionamiento, ¿es aplicable la ley sancionada en el año 2011 cuándo, con anterioridad a su sanción, la acción penal respecto del ilícito enrostrado ya se encontraba extinta?

Lo cierto es que no existe una opinión unánime en jurisprudencia. Sin embargo, lo llamativo es que en caso de que la respuesta fuera afirmativa, estaríamos ante una clara violación de la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal más gravosa para el imputado.

5.2. ¿Imprescriptibilidad de delitos contra la integridad sexual?

A favor de la afirmativa se han expresado los Dres. Mariano Borinsky y Gustavo Hornos en la causa 191/2016. Allí consideraron que la acción penal no había prescrito con relación a un hecho ocurrido en el año 1997, puesto que, de acuerdo al tiempo de producción del ilícito, aquél se encontraba alcanzado por los compromisos asumidos por el Estado argentino al reformar la Constitución Nacional en el año 1994, tanto en la Convención de los Derechos del Niño, como así también, en la “Convención de Belém do Pará”. En efecto, consideraron que al momento de analizar la extinción de la acción penal en delitos contra la integridad sexual cometidos contra una mujer, la interpretación debía ser armonizada con la normativa de rango constitucional vigente al momento de los hechos, toda vez que la Nación se comprometió a una efectiva protección del Interés Superior del Niño y en prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Ante tal concepción de la jurisprudencia, cabe preguntarnos si estaríamos ante un nuevo grupo de delitos que,

cometidos en determinadas condiciones, es decir de acuerdo a la edad de la víctima y su posibilidad de denunciarlos, no opondría límites de tiempo para ser perseguidos penalmente.

5.3. Confrontación entre garantías constitucionales.

Frente al cuadro antes reseñado, surge a las claras una latente contradicción de los legisladores y, en ciertos casos, también de los jueces, quienes en procura de defender sus posiciones confrontan, a nuestro entender, con una garantía fundamental del imputado como lo es la irretroactividad de la ley penal más gravosa. Ello sobre la única base de sostener el compromiso asumido por el Estado argentino en la celebración de tratados internacionales. Ello no sugiere restarle importancia al instrumento mencionado ni mucho menos, sino distinguir la naturaleza jurídica de los dos institutos que están siendo interpretados a la hora de resolver el paradigma aquí planteado.

En ese orden de ideas, más allá de que el Estado argentino adhirió a la Convención de Belém do Pará asumiendo así el compromiso de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, existen, además, otras garantías constitucionales de las cuales este mismo Estado fue dotando al sujeto que atraviesa un proceso penal y que no pueden ser olvidadas a la hora de adoptar decisiones respecto a la posibilidad de perseguir penalmente ciertos delitos.

Es que la retroactividad de la ley penal más benigna, también se encuentra garantizada por otros tratados también incorporados en nuestra carta magna.

A nuestro entender, he aquí un claro ejemplo del muchas veces triste y mencionado “derecho penal simbólico”, a través del cual, quienes tienen el compromiso y la obligación de afrontar, mejorar y combatir ciertos conflictos sociales, no hacen más que tapar con un manto de leyes que, muchas veces impulsadas por el clamor social, no

solucionan el conflicto de fondo que debe ser corregido por otros caudales disímiles al frecuentemente utilizado por nuestros legisladores.

5.4. Una propuesta de solución

Hemos puesto de manifiesto la problemática en derredor de la aplicación retroactiva de la modificación legislativa de los plazos de prescripción. Sin embargo, pese a las críticas, nada nos obsta a proponer ideas superadoras con base en el reconocimiento de la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en lo que a los delitos de índole sexual refiere.

Entendemos que, a fin de garantizar a los menores el pleno ejercicio de los derechos que le son reconocidos en el ámbito internacional, nuestro derecho interno no puede continuar obstaculizando el acceso a la justicia merced a cuestiones de índole procedimental como la instancia privada de la acción en delitos como los aquí tratados³.

En definitiva, es allí donde finca la problemática pues, quizás se evitaría tener que acudir a modificaciones de plazos prescriptivos (lo que como vimos puede traer aparejado inconvenientes constitucionales), si se permite que sea el propio menor afectado quien pueda efectuar la denuncia con la debida información y cuidado a efectos de evitar su revictimización y modificando, en lo que a responsabilidades por denuncias falsas refiere, las cuestiones que se vinculan a su responsabilidad.

Es de utilidad recurrir, a efectos de entender los alcances de los derechos que en el marco internacional se reconocen a los menores de edad, a las

3 Se recomienda la lectura del artículo “La prescripción en los delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes: una norma interconectada”, del Dr. Jonatan Bregantí, en el que el autor explica, con una profundidad que excede la de estas líneas, la interacción normativa alrededor del instituto de la prescripción en el marco del derecho interno e internacional.

ilustrativas palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴.

En esa senda, por un lado, se focalizó en el reconocimiento de la vulnerabilidad de los niños y su condición de sujetos de derecho, por el otro, en el ejercicio progresivo de sus derechos en el ámbito judicial a medida que se incrementa su autonomía personal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho, luego de reconocer la vulnerabilidad de los menores frente a situaciones de abuso sexual, que los Estados tienen el deber de adoptar medidas especiales.

En lo que a la respuesta institucional en miras de garantizar el acceso a la justicia refiere, marcó que deben superarse los obstáculos representados por

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua, Sentencia del 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El 25 de agosto de 2016 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte el caso “V.R.P. y V.P.C.” contra la República de Nicaragua. De acuerdo con lo indicado por la Comisión, el caso se refiere a la alegada responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua por la supuesta falta de respuesta estatal frente a la violación sexual cometida por un actor no estatal contra una niña, quien al momento de los hechos tenía ocho años de edad y afirmó que el responsable sería su padre, así como las alegadas afectaciones a los derechos a la integridad personal, a la dignidad, vida privada y autonomía, a la igualdad y no discriminación y a la protección especial como niña, particularmente por el alegado incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia, en un plazo razonable y de manera acorde con una perspectiva de género y los deberes estatales reforzados derivados de la condición de niña de la víctima, toda vez que ésta habría sido gravemente revictimizada con un impacto severo en su integridad psíquica y en la de su madre y hermanos. Las presuntas víctimas en este caso son V.R.P. y V.P.C., así como N.R.P., H.J.R.P. y V.A.R.P.

cuestiones jurídicas y económicas que menoscaban el principio de autonomía progresiva como sujetos de derecho o que no garanticen su participación en el proceso tomando en cuenta el interés superior del niño⁵.

Es más, la Corte ha brindado lineamientos específicos en el sentido de la propuesta superadora aquí enunciada, esto es, el reconocimiento de que los niños afectados por estos delitos puedan acceder *per se* a un pronunciamiento judicial.

Fue así que consideró “...una interpretación armónica del derecho a ser oído(...), junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales. En este sentido, el acceso a la justicia no solo implica habilitar los mecanismos necesarios para que los niños, niñas y adolescentes puedan denunciar, sino que incluye la posibilidad de que participen activamente en los procesos judiciales, con vos propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez”⁶.

Como vemos, desde la perspectiva del respecto a los lineamientos marcados en el ámbito internacional resultaría

conveniente una modificación legislativa en torno al acceso directo de los menores a la justicia por vía de la denuncia, pues la justificación para mantener el carácter de delitos de instancia privada en los supuestos en cuestión debe ceder ante el interés superior del niño y los derechos que se le reconocen.

De tal suerte, las graves consecuencias que derivaron de la aplicación judicial con carácter retroactivo de las leyes 26.705 y 27.206, al margen de los nobles propósitos que las llevaron adelante, no pueden ser toleradas en nuestro derecho. Es que el camino al infierno se asfalta de buenas intenciones.

5 En el caso precitado la CIDH sostuvo “... el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables” (Párrafo 150). Además ha sostenido “...los estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña, niño o adolescente participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A esos efectos, tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente...” (Párrafo 159).

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 160 de la sentencia en cuestión.