

# CAPÍTULO 14

## Juzgados de Garantías como efectores de reconocimiento de derechos

*Pablo Daniel López y Gabriel M. A. Vitale*

### Introducción

Nos encontramos en un contexto extremadamente excepcional frente a las restricciones, dificultades y pérdidas que la pandemia COVID-19 sigue esparciendo sobre la sociedad global, sin solución de continuidad.

Estamos involucrados directa o indirectamente con los padecimientos que provoca esta crisis humanitaria. Y, a su vez, desde nuestra posición de relativo privilegio, considerando que el servicio de justicia es esencial para la vida democrática de nuestra sociedad, entendemos que no debemos cejar en los esfuerzos tendientes a su optimización, procurando mejorar la calidad con la que respondemos cotidianamente, a la demanda social de justicia.

En una conversación informal con una funcionaria judicial de otro departamento judicial de nuestra provincia, surgió el comentario sobre la resolución en la cual decidimos la realización del juicio por la verdad<sup>89</sup>, en cuanto a que había sido dictada el 29 de mayo de 2020, es decir, “en plena pandemia”, según expresó la interlocutora, con cierta sorpresa.

Me pareció una descripción muy gráfica de la manera con la que llevamos adelante nuestra tarea, en la que, si bien la urgencia es prioritaria, entendemos también impostergables aquellos debates sobre las cuestiones que carecen de respuestas judiciales adecuadas a los intereses puestos en tensión.

**Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), una de cada cinco niñas y uno de cada 13 niños sufren abuso sexual antes de los 18 años. Se denuncia aproximadamente el 10% de los casos y se condena menos del 1%. En el 90% de los casos, el abusador es alguno de sus familiares varones.**

---

<sup>89</sup> “G., D.M.s/abuso sexual” IPP n°07-03-000011-15/00, Juzgado de Garantías n°8 de Lomas de Zamora.

Se trata de niños, niñas y adolescentes (NNA) que son víctimas de Abuso Sexual a la Infancia (ASI), de sus derechos a la integridad sexual y a una respuesta judicial que satisfaga su búsqueda de justicia, que sea:

- acorde a los derechos y garantías involucradas en los conflictos penales por ASI: especialmente el interés superior del niño y la tutela judicial efectiva.
- respetuosa de los procesos de elaboración internos de las víctimas de ASI, que son adultos que sobreviven a los abusos sexuales padecidos en su infancia y que pudieron elaborar sus tormentos para expresar su dolor.
- protectora de los derechos de los sujetos con especial vulnerabilidad que se hallan insertos en la desigual relación de poder entre adultos y NNA.
- coherente con las transformaciones estructurales e ideológicas del sistema penal argentino.
- integrada con el mayor contenido de justicia (jurídica) posible dentro de la falibilidad humana, lo cual exige como presupuesto inexorable, el ejercicio jurisdiccional del control de convencionalidad.

A su vez, la cuestión analizada involucra a:

- familias que conviven con el abusador y sus actos criminales.
- comunidades que ignoran la existencia de abusadores entre sus integrantes.
- criminales que viven una relajada impunidad y practican una silenciosa reincidencia.

**Se trata de hacer visible un problema social: la vulnerabilidad de NNA en cuanto al ejercicio de sus derechos.**

Desde una perspectiva general, el término de "vulnerabilidad" se identifica con fragilidad y/o escasa capacidad de defensa ante riesgos inminentes. Así, se puede decir que una persona "está muy vulnerable" o que ante una situación complicada e inesperada alguien con reducida capacidad de respuesta "es vulnerable". De esta manera, la vulnerabilidad está relacionada con la capacidad que una persona, grupo o comunidad tenga para advertir, resistir y recuperarse de un riesgo próximo. En sentido etimológico, el término "vulnerable" expresa la susceptibilidad o probabilidad de ser herido, recibir daño o ser afectado por alguna circunstancia adversa. (Diego Sánchez-González y Carmen Egea-Jiménez, 2011).

**Se trata de atender a la vulnerabilidad de NNA desde un abordaje interdisciplinario y corresponsable por parte de todas las agencias del Estado.**

La protección integral es el conjunto de acciones destinadas a prevenir o remediar las violaciones más serias de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, como la violencia, el abuso, el abandono, el maltrato, el trabajo infantil y la explotación sexual. Un sistema de protección efectivo demanda un

marco normativo adecuado, recursos financieros, de infraestructura y humanos suficientes, así como el trabajo coordinado entre funcionarios y empleados de distintos niveles de gobierno, distintos poderes y distintos sectores del Estado. Por ello aquí se analiza el grado de institucionalización y la efectividad de los sistemas de protección integral vigentes en Argentina (...) El riesgo de la violencia sexual existe en todas las edades y es mayor para las niñas y adolescentes(...)El análisis introductorio de las denuncias sugiere la necesidad de continuar trabajando en la prevención, atención y sanción de todas las formas de violencia contra las niñas, los niños y los adolescentes (UNICEF, noviembre de 2016)<sup>90</sup>.

## ¿De qué se trata entonces?

En nuestro país, el sistema presidencialista real es una monocracia (que no es dictadura) atemperada por el sistema federal y por la poliarquía, significada por innumerables instancias sociales. El organismo judicial podría entrar en el concierto de los factores políticos formales-sociales que atemperen la monocracia, pero, en vez de ello, sigue siendo un organismo burocrático incluido entre los poderes fácticos del bloque dominante. Un órgano tímido y que no sabe cuál es el cuadro de relaciones de poder, y su situación dentro del mismo. Ya no está formado por viejos «patricios» algo ilustrados y algo cínicos, sino por *homi ni novi* que toman por real la fachada constitucional, la retórica vacía que en ella se funda, y no pueden comprender en cuál lugar del tablero político-social se hallan(...).Si la Judicatura quisiera dejar de ser parte del bloque social dominante, y se transformara en el campo de contención, promoción y articulación de los intereses y derechos que esos grupos ajenos al sistema principal de dominación tratan de representar, entonces, sin perder su carácter estatal, obtendría una substancia autónoma y se erigiría como un contrapoder respetado (Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ed. Ariel, 1996...)(...)Para esto es preciso remover la ideología según la cual la imparcialidad de los jueces consiste en la indiferencia afectiva frente a los conflictos humanos y valorativos que se le presentan(...)La Judicatura obtiene su fuerza de participar en el bloque de poder dominante económico e ideológico-comunicacional. Pero esto no le da, como ocurría en la República «patricia», ni autoridad ni prestigio. Sólo si varía su relación con la sociedad civil del modo arriba dicho, tendrá otros horizontes y perspectivas. Estamos en una crisis, que ojalá sea transformadora. (...)

---

<sup>90</sup> El informe fue elaborado por la oficina de UNICEF en Argentina y reseña la situación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Es parte del esfuerzo que UNICEF realiza en cada uno de los países donde trabaja, con el objetivo de presentar y analizar la situación de la infancia y adolescencia.

¿Cómo conseguir una *reformatio affectu et intellectu* de los jueces? Para eso habría que llamar las cosas por su nombre (Schiffrin, Leopoldo, 2007).

Así como magistralmente lo enuncia el Dr. Leopoldo Schiffrin<sup>91</sup>, **se trata de llamar a las cosas por su nombre** y -agrego- que las cosas no sean un mero nombre que traduce un continente sin contenido.

Son muchos los “palos en la rueda”, cuando la magistratura se ejerce sin esquivar las cuestiones que convencen por su justicia, pero no cuentan con los respaldos consolidados por la corporación judicial, sobre la base de criterios restrictivos, replicados en todas las instancias y jurisdicciones de nuestro país.

Esto no significa que se esté interpretando bien la Constitución en estos pronunciamientos restrictivos, hay un tiempo de inevitable adaptación que debe todavía transitarse y mientras tanto es necesario encontrar vías paralelas de sortear los obstáculos procesales que se va tratando, inútilmente, de crear. Estas dificultades son fruto de una resistencia a aceptar la nueva Constitución y los pactos supranacionales como derecho interno directamente operativo en sede judicial. Cambió la Constitución, pero no la cultura.

Los ciudadanos debemos petitionar por nuestros derechos, *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt*<sup>92</sup>.

A su vez, dado que las vías del derecho supranacional están abiertas sin estas limitaciones internas, es indispensable recurrir constantemente a ellas para luego hacer realidad en lo interno lo que en lo externo está dado (Gordillo, Agustín, pp.129/130).

Quiero dejar en claro que no me refiero a los pareceres personales, que los hay en todos los ámbitos, ni a los necesarios disensos que hacen al desempeño de la función pública, en un sistema republicano y democrático de gobierno.

Sin embargo, acontece la paradoja que cuando los operadores judiciales deben decidir sobre temas cuya regulación es imprecisa o carente de precedentes que hubieran fijado doctrina, en muchos casos arriban a conclusiones similares, desde diferentes latitudes.

Nos encontramos entonces con que muchos sostuvieron en sus resoluciones o dictámenes, que la aplicación de los principios constitucional-convencionales, no puede resultar en la inoperancia o cancelación de alguno de ellos, por la prevalencia de otros. Sino que ello exige la armonización e integración recíproca, de manera que los límites que esta tarea impone a las garantías en pugna, no provoquen gravámenes irreparables en ninguna de las partes del contencioso.

<sup>91</sup> En un texto que dedicó a Horacio Verbitsky y que interpela a la realidad actual.

<sup>92</sup> Máxima de la ley romana adoptada posteriormente por la equidad: la ley ayuda a los que vigilan sus derechos y no a los que duermen sobre sus derechos.

La ponderación de las garantías involucradas importa hacer de cada una de ellas la interpretación más respetuosa posible de todos los derechos que ellas resguardan, construyendo una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, de manera de esclarecer cuál de ellos debe prevalecer, de acuerdo con las circunstancias, al ser aplicados al caso concreto.

Para llevar adelante esta forma de argumentación, considero que es relevante la adopción y vigencia del principio *pro homine*, que es un criterio interpretativo en virtud del cual debe estarse siempre a favor de la persona que el marco normativo protege e implica que se debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, tal como surge del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De este modo se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Masacre de Maripán vs. Colombia" al establecer que:

(...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH, así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio más favorable al ser humano (...)

Consecuentemente, la solución judicial de estos casos no puede conducir a la derogación tácita de derechos, que fueron consagrados y/o declarados por la ley, la constitución, la convención y la jurisprudencia.

En relación con la prescripción, es importante debatir sobre el transcurso del tiempo al momento de resolver esta clase de planteos, realizando un análisis integral de cada caso concreto.

El Código Penal, en lo que hace a estos delitos, se mantuvo sin modificaciones entre 1922 y 2011. Recién ese año se aplicó la Ley Piazza (impulsada por el diseñador Roberto Piazza) a partir de la cual se estableció que "los tiempos para poder investigar los delitos contra la integridad sexual no comenzaban desde el momento del hecho sino desde la mayoría de edad de la víctima del delito".

En 2015 se incorporó una nueva modificación que se conoció como la ley de respeto de los tiempos de la víctima (27.206) la misma establece que no sólo debe suspenderse la prescripción hasta la mayoría de edad sino que debe extenderse hasta que la víctima pueda formular la denuncia pertinente. Esta norma, por el principio de irretroactividad de ley penal, se aplica solamente a hechos cometidos luego del 10 de noviembre de 2015.

El abuso sexual contra niños y niñas configura una grave violación a los derechos humanos de un sector especialmente vulnerable de la sociedad y por ello se encuentra alcanzado por la protección de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, además de la especial

salvaguarda de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta cobertura jurídico-convencional obliga al Estado Argentino a darle plena operatividad a las garantías jurídicas que recaen sobre las víctimas de abuso sexual infantil, entre las que se halla la ‘tutela judicial efectiva.

Aplicando la prescripción de la acción penal, mecánica y aritméticamente, se terminan socavando los pilares dogmáticos del proceso penal, de tal manera que devienen estériles las garantías mencionadas por carecer de un continente efectivo.

La extinción de la acción penal para los delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes, cuando es decretada por la prescripción, “cancela –momentáneamente– el derecho de la víctima a que ‘su verdad’ sea discutida públicamente”. Y eso “transforma esa violencia particular denunciada en violencia institucional pública”.

Los Juicios por la Verdad constituyen un procedimiento judicial sin efectos penales que se desarrollaron en Argentina ante la imposibilidad de perseguir penalmente a los responsables de los crímenes de lesa humanidad perpetrados durante la última dictadura cívico-militar (1976-1983), frente a la sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y a los indultos a los integrantes de las Juntas militares. Estos juicios orales son producto de la lucha de los organismos de derechos humanos que buscaron estrategias alternativas para hacer frente a la impunidad mediante la búsqueda judicial de la verdad. Como antecedentes a los Juicios por la Verdad se reconocen, entre otros, las respuestas dadas por la justicia argentina y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a diferentes casos entre los que se destacan los de Emilio Mignone y Carmen Aguiar de Lapacó. En su testimonio del Archivo Oral de Memoria Abierta, María José Guembe señala que deben considerarse también antecedentes de otra naturaleza, por ejemplo:

La declaración de Scilingo en el 95 y la marcha de los veinte años en el 96. Esos habían sido los dos sacudones fuertes. No es que de un día para el otro a siete abogados de Argentina se les ocurrió abrir los juicios y los reabrieron. Había habido antecedentes así fuertes, uno fue claramente la marcha de los veinte años que fue masiva y generó también una reagrupación de sectores sociales distintos en relación al tema luego de muchos años de silencio o de apatía.<sup>93</sup>

En este análisis considero valioso buscar un diapasón para regular los tonos de los distintos razonamientos jurídicos manifestados sobre la materia. Así, de esta manera, poder edificar una doctrina porosa a las críticas, que pueda sostenerse como una malla sensible a los planteos reflexivos, en contraposición con los discursos dogmáticos y pétreos que conforman las posturas -por ahora- dominantes.

Es necesario continuar exponiendo motivos y fundamentos, razones y argumentos, que nos permitan acceder al intelecto de los operadores jurídicos que aún no internalizan el cambio jurídico-cultural encajado en las reformas constitucionales y legislativas cristalizadas sobre la materia, sin abandonar los debates.

---

<sup>93</sup> Memoria Abierta. «Testimonio de María José Guembe, Buenos Aires, 2007.». Consultado el 1 de diciembre de 2017.

## ¿Qué debatimos ahora?

Estimo oportuno recordar la esencia de nuestra propuesta: la promoción del juicio por la verdad para las causas en las que fuese decretada la prescripción de la acción penal por delitos de ASI, a fin de constituir un mínimo umbral jurídico al que las víctimas puedan acceder, cuando se encuentren en condiciones de exhibir ante las autoridades estatales el tormento que padecieron en su niñez.

En esta corriente, nos encontramos con factores endógenos que podrían conducir a elevar la apuesta en miras de otra solución para esta cuestión, tal como el postulado de la imprescriptibilidad de los delitos analizados.

Éste atiende a la concepción de los ataques sexuales a la niñez como actos de tortura, en cuanto a su comisión por adultos que detentan un poder familiar/social en franco cuestionamiento por su arbitrariedad y nocividad, y en relación a la subsistencia de los traumas infligidos en la construcción vital de las víctimas. Su consecuente equiparación con delitos de lesa humanidad -por ser cometidos en forma sistemática y generalizada por adultos abusadores de todos los estamentos socio-económicos, en perjuicio de un número cada vez mayor de niños, niñas y adolescentes, tanto que cada denuncia o caso que adquiere notoriedad mediante su difusión por medios masivos de comunicación, provoca una impactante reverberación- nos conduciría a reclamar que el ASI pase a integrar el selecto elenco de delitos eximidos de los efectos de la prescripción.

Uno de los adherentes al criterio expuesto precedentemente ha sido el Dr. Carlos Alberto Rozanski, quien en el VII Congreso Internacional Violencia, Maltrato y Abuso sobre "Violencia sexual contra la infancia y otras violaciones de derechos: prescripción del delito y backlash", puso de resalto la necesidad de atender los contextos específicos de los ataques a niñas, para entender los conflictos en su real dimensión, pues no hacerlo nos conduce a trágicos errores, lo cual ocurre muchas veces.

Enderezando el análisis hacia el juicio por la verdad, entiendo que su promoción puede derivarse de la perspectiva de género, que debe tamizar todo debate en el que se pongan en juego intereses relativos a la discriminación y violencia hacia la mujer, tanto como hacia niñas o adolescentes.

(...) el concepto de género pretende poner de resalto justamente la diversa socialización que se efectúa respecto de varones y mujeres (...) Es una construcción tanto social como cultural y actúa como un principio estructurador de sociedades por cuanto destaca aquello que resulta adecuado para la mujer y su ideal de femeneidad y del varón en tanto ideal de lo masculino. En consecuencia, desde los primeros años de vida, los niños y niñas serán socializados con aquéllas prácticas propias de lo que la sociedad considera que deben hacer cada uno de ellos según su sexo (...)

La violencia contra las mujeres es mucho más habitual de lo que normalmente se cree por cuanto se halla naturalizada y arraigada de tal modo en las

prácticas sociales que, en general, quienes la ejercen no tienen verdadera conciencia de los efectos que produce en la psiquis de la víctima, y ello se traslada también a quienes deben actuar positivamente para erradicarla: no tienen verdadera dimensión de la necesidad de su abordaje por parte de las instituciones por los efectos catastróficos que posee para el desarrollo de las personas.

En nuestra experiencia se advierte habitualmente cómo las víctimas relatan los hechos de evidente violencia psicológica, económica, sexual y hasta física con una naturalización absoluta que las conduce a minimizar sus efectos, por lo que el primer trabajo que debe hacerse desde las instituciones es poner de relevancia las consecuencias nocivas que posee el ejercicio de toda violencia y el rechazo por parte del Estado de cualquiera de sus formas de producción (...)

Por lo tanto, se deberá procurar en la investigación de los casos, y también hacia los restantes operadores del sistema, provocar esta reflexión para morigerar todo cuanto sea posible la utilización de estereotipos que sólo conducen a reproducir aún más las diferencias de género que tanto daño hacen a la sociedad en su conjunto y, especialmente, a quienes directamente la sufren por parte de sus propios familiares (Cardinali, Genoveva Inés, 2017, pp.93,95).

Respecto de los sujetos vulnerables que resultan víctimas de ASI, se acumulan las garantías en relación a la niñez y la adolescencia, con las derivadas de los estándares convencionales de género en relación a las mujeres.

Es decir que la protección jurídica se acentúa, como resultado del engrosamiento de este blindaje, cuando las víctimas resultan ser sujetos de especial vulnerabilidad, tales como niños, niñas, adolescentes y mujeres.

Y, por ello, las mujeres gozan de todas las garantías insertas en el marco normativo de protección que brindan los tratados internacionales de Derechos Humanos en general, y, a su vez, los tratados y principios específicos de protección como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), los Principios de Yogyakarta, como así también las leyes nacionales y provinciales específicas sobre esta problemática, a saber la Ley Nacional 26.485, de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la Ley Nacional 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, y la Ley Provincial 12.569 de Violencia Familiar.

Asimismo, cuadra resaltar la sanción e implementación de la Ley 27.499, conocida como “Ley Micaela”, así como la adhesión a ésta por parte de la Provincia de Buenos Aires, mediante la sanción de la Ley 15134.

En este sentido, este primer año de implementación de la Ley Micaela en la gestión del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad estuvo signado por este viraje paradigmático, que supone entender a la normativa como “llave”, es

decir, como herramienta para la transformación, lo que efectivamente podrá poner en jaque la cultura patriarcal y sus nefastas consecuencias para nuestra sociedad. Partimos de considerar el corazón de la Ley Micaela, la formación, situada, permanente, interseccional, diversa y desde la perspectiva de las pedagogías feministas. Esta mirada nos permite poner énfasis tanto en los procesos de (de)construcción de conocimiento como en la edificación dialógica de las instancias de transferencia, promoviendo de ese modo relaciones de solidaridad y colaboración en los encuentros formativos, con el objetivo de avanzar hacia reconfiguraciones institucionales y revisiones críticas de las prácticas e intervenciones cotidianas del Estado en su conjunto (Informe de implementación de la Ley 27.499 del Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de la Nación, 10 de Enero de 2021).

Es que no obstante la promulgación de leyes tendientes a cubrir la necesidad de erradicar la violencia contra las mujeres -en mérito a la inclusión del tema en la agenda pública por la movilización de la sociedad civil y las asociaciones de mujeres-, su aplicación sigue siendo un desafío.

En efecto, la mujer continúa teniendo una limitada protección y acceso a la justicia. No resultan efectivos los mecanismos de prevención y muchos de los casos de violencia permanecen impunes.

Entonces, el deber del Estado de investigar con debida diligencia la violencia contra NNA y mujeres, que deriva de las garantías mencionadas, no debiera extinguirse concurrentemente con la acción penal nacida por la comisión del presunto delito.

Si en el devenir procesal de una causa penal, se decreta la extinción de la acción por prescripción, la respuesta estatal convencionalmente adecuada no debiera ser el archivo del expediente.

Porque esa solución no satisface las garantías de las personas vulnerables y vulneradas que resultaron víctimas de delitos, máxime cuando existe un recorrido jurisprudencial interamericano y nacional<sup>94</sup>, y una corriente de reformas y sanciones legales (leyes nros. 26.705, 27.206, 27372 y 27.455), tendientes a hacer valer los derechos de éstas, en conjunción armoniosa y respetuosa con los derechos de los imputados.

En consecuencia, todos los desarrollos sobre la prevalencia del interés superior del niño, siguen igualmente vigentes para el caso en que ese niño/a, ahora adulto/a denuncie los abusos

---

<sup>94</sup> CIDH, Casos: Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015; Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014; Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014; V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350; Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010; Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006; J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. CSJN, "Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos", 27 febrero de 2020; SCBA, Voto juez De Lazzari en causa P. 132.936-RC, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 87.316 del Tribunal de Casación Penal, Sala V", 18/08/2020.

padecidos, puesto que su condición de víctima y las garantías a su respecto no caducan ni por su edad ni por la prescripción operada en orden al delito que denuncia.

## ¿Cómo juzgamos los abusos sexuales a la infancia prescriptos?

En la actualidad nos encontramos con un panorama variopinto de estadios y resoluciones judiciales en causas de ASI, en las que podría decretarse o fue decretada la prescripción.

En este relevamiento hallamos el juicio contra Noemí Lucía Alvarado, en la sede de la Cámara Tercera en lo Criminal del Poder Judicial de la Provincia de Chaco. Se trata de la causa judicial más antigua por abuso sexual a la infancia en el país. En este caso se acusa a Noemí Alvarado de Pacce por corrupción de menores en calidad de autora por presuntos abusos cometidos contra dos niñas durante la década de los ochenta, quienes la denunciaron en 2016; entre ellas, su sobrina. El presidente del tribunal Ernesto Azcona resolvió que las audiencias se desarrollen entre el 10 y el 14 del mes de mayo del corriente año. En ese contexto, el magistrado decidió que se escucharán las declaraciones de un total de 24 testigos que se sumarán a los testimonios de las dos sobrevivientes: Rosalía Alvarado y María Belén Duet<sup>95</sup>.

Por fuera de la excepcionalidad del caso mencionado, podemos discriminar dos grandes grupos de causas en virtud del temperamento adoptado frente al planteo de la prescripción de la acción penal: I) en las que no se hizo lugar al planteo; II) en las que se hizo lugar a la prescripción.

Dentro del primer grupo<sup>96</sup> el rasgo común es la dificultad que encuentran las sentencias para adquirir la firmeza que les otorgue la autoridad de cosa juzgada. Ello es consecuencia de la

<sup>95</sup> <http://www.diariolavozdelchaco.com/comenzo-el-juicio-por-abuso-sexual-en-la-infancia-mas-antiguo-del-pais/>

<sup>96</sup> Fallos de distintos tribunales del país en casos similares donde se discutió esta temática y se resolvió sostener la vigencia de la acción: Caso Funes. Corte Suprema de Justicia de la Nación, F. 294. XLVII. REX, rto. 14/10/2014. Dictamen del Procurador Fiscal, doctor Eduardo Ezequiel CASAL (03/02/2014). Caso Illarraz. Corte Suprema de Justicia de la Nación 4284/2015/CS001, rto. 7/6/2018. Caso Illarraz. Dictamen del entonces Procurador Fiscal, doctor Eduardo Ezequiel Casal (25/04/2016). Cámara de Casación de Paraná, Entre Ríos. Caso Illarraz. Expte. N° 1185/18-F° 179. Sentencia n° 47, 07/03/2019. Jueces Cánepa, Tortul y Van Dembroucke. Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, Sala I. Causa: «ILARRAZ, JUSTO JOSE s-Promoción a la corrupción agravada - Incid. de extinción por prescripción s/RECURSO DE CASACION», (Expte. N°99/14 - Año 2014 / Origen: Excma. Cámara Primera, Sala I -Pná.-), Resolución N° 128.-Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala I. Causa: "Illarraz, Justo José s/promoción a la corrupción de menores agravada", Resolución N°4891 del 2/3/2020. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala I. Causa: "Illarraz, Justo José s/promoción a la corrupción de menores agravada", Resolución N°4891 del 16/9/2020. Caso Altamirano. Cámara Federal de Casación Penal. Sala 4, c. 191/12, Registro 310/16.4, 22/03/2016. Jueces Gemingnani, Borinsky y Hornos. Caso Tocci. Cámara Federal de Casación Penal. Sala 2, c. 14.888/2007, Registro 1620/17, 04/12/2017. Jueces Gemingnani, Riggi y Mahiques. Cámara 1a de Apelaciones en lo Criminal de Paraná, sala I (C1aCrimParana), "I., J. J. s/ promoción a la corrupción agravada", 11/06/2014. Cámara de Apelaciones en lo Penal y de Exhortos de Catamarca, expte. Letra "R" N° 39/2019 caratulado "Recurso de apelación interpuesto por los Dres. José Alberto Mana y Roberto José Mazzucco Abogados Defensores de Moisés Pachado, autointerlocutorio n° 75/19, de 11/7/ 2019. Auto Interlocutorio n° 2 del 20 de febrero de 2020. Expte: "M" "N" 046/19. Ciudad de Belén, Catamarca. No hace lugar a la oposición del decreto de fecha 22/11/19 obrante en el Expte principal "P" 013/19., interpuesta por la defensa del imputado Moisés Pachado. Auto Interlocutorio n° 80/20 del 16 de noviembre de 2020. Cámara de Apelaciones en lo Penal, y de Exhortos, Catamarca. No hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa del Sr. Moisés Pachado, contra el Auto Interlocutorio n° 2/20. Sala Unipersonal N° 3, Cámara Primera en lo Criminal de la Ciudad de Resistencia, Expte. N° 32692/2017-1, "Frutos, Miguel Ángel s/ abuso sexual gravemente ultrajante...", sentencia n° 107/19, de 18/6/2019. Cámara de Apelaciones de La Plata, CP-30180. Ruvituso Omar Luis. Prescripción. Abuso sexual con acceso carnal calificado.

interposición sistemática de recursos, que dilatan los procesos, hasta que se obtiene -en alguna de las instancias revisoras- la impugnación deducida.

A guisa de ejemplo, en fecha 13 de mayo de 2019, las señoras Juezas de la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco, Dras. María Luisa Lucas e Iride Isabel María Grillo, dictaron sentencia en el expediente No 1-24422/17 caratulado:

N. M. E. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL", en la que en lo pertinente sostuvieron "que las disposiciones de los arts. 59 inc. 3 y 62 inc. 2o del Código Penal, en un contexto como el presente en el que el hecho es anterior a la reforma vigente del art. 67 pero posterior a la entrada en vigencia en el orden interno de los Tratados analizados, deben conjugarse con la suspensión de la prescripción en los términos establecidos en la actual redacción del art. 67 de la ley de fondo (...) En virtud de todo lo argumentado, se concluye que la acción penal incoada en autos respecto del hecho del que fuera víctima L. M., no se encuentra prescripta

Más recientemente, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Junín resolvió el 13 de mayo del corriente año, revocar la resolución que declara extinguida la acción por prescripción en orden a los delitos de Abuso sexual agravado, y ordenar la prosecución del trámite del proceso, en base a ponderar

(...) que si a la fecha de comisión de los delitos ya estaban vigentes los principios fundamentales que luego dieran lugar a la adecuación del derecho interno mediante el dictado de la ley 27.206, sumado a la interpretación realizada de lo concerniente al nuevo art. 67 del C.P. y las reglas regulatorias de la mayoría de edad en favor del derecho de los menores, la acción penal no puede considerarse prescripta. En ese sentido, en el apareamiento entre la norma que la defensa pretende utilizar (art. 62 inc. 2 y art. 67 -en su redacción anterior- del C.P.), aún con su remisión al principio de legalidad; y los principios rectores que dimanar de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de Belém Do Pará, ambos con rango constitucionales y que generan el deber de cumplimiento de las obligaciones que el Estado ha asumido como suscriptor de los mismos, ninguna duda me alberga sobre que estos últimos deben prevalecer. La tutela judicial efectiva y el interés superior del niño no pueden verse resignados por la utilización de una ley que, pese a su carácter de código de fondo, evidentemente tiene menor rango. Y que incluso para colocarse en una situación de igualdad jerárquica con los pactos precitados requiere una previa remisión y derivación al principio de legalidad. Más teniendo en cuenta que la falta de previsión legal que fuera zanjada con el dictado de la ley 27.206

contrariaba o al menos no garantizaba en debida forma la aplicación de las garantías internacionales a las que hiciera alusión

En la conformación del grupo II), podemos encontrar la jurisprudencia mayoritaria de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC), donde sus integrantes (García, Garrigós de Rébori, Bruzzone, Niño, Rimondi, Morín, Dias, Sarrabayrouse, Magariños y Huarte Petite) han resuelto que los cambios introducidos por las leyes 26.705 y 27.206 sólo tienen vigencia hacia el futuro y no pueden abarcar acciones realizadas con anterioridad, ello sería violatorio del principio de legalidad previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que son leyes penales más gravosas. A su vez indican que no se está ante delitos imprescriptibles.

En el ámbito de estas resoluciones se dan algunas voces combativas del *statu quo* jurídico vigente en la materia.

El juez Jantus entiende que el art. 63 CP en su redacción anterior a 2011 violaba la Convención de los Derechos del Niño y por lo tanto no debe ser aplicado en esos casos.

Por su parte, **los jueces García, Jantus y Huarte Petite, dejan abierta la posibilidad de que las víctimas puedan acceder a la determinación de la verdad de los hechos que denuncian, aun frente al obstáculo para la persecución penal y castigo del presunto autor. Aquí aparece la vertiente generadora de la tesis del juicio por la verdad.**

A su vez, desde el Ministerio Público Fiscal de la Nación han sido impugnadas las sentencias de la CNCCC que declararon prescriptas las acciones penales a través de recursos extraordinarios ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación -cf. recursos de la Fiscalía General N° 3 ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y del Area de Asistencia al MPF ante la CNCCC. Los casos donde se impugnó son “Moreyra”, “Molina”, “Ugarte”, “Susanj”, “Sauco”, “Funicelli”, “Clancy” y “Villanueva”. Muchos de esos recursos ya fueron concedidos y mantenidos por el Procurador General de la Nación. Algunos casos también fueron recurridos por las querellas (en aquellos casos en los que las víctimas estaban presentadas como querellantes). El máximo tribunal aún no se ha expedido al respecto.

No obstante, los esmerados avances producidos respecto de la promoción del juicio por la verdad en abusos sexuales a la infancia, éste continúa siendo un criterio minoritario y resistido. Y, asimismo, quedan las causas que fenecen por la prescripción otorgada, como categoría residual de este grupo -aunque mayoritaria por su número-.

Desde nuestra postura sostenemos que, **a partir de la prescripción de la acción penal, operada y consolidada en relación a la vigencia y efectividad de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa para el imputado, surge la necesidad de reconocer el derecho de la víctima a un juicio por la verdad.**

El juicio por la verdad es armónico y concordante con los principios basales del derecho penal liberal. No se trata de controvertir la prescripción que ha adquirido autoridad de cosa juzgada, sino de progresar en la concreción de un derecho inalienable de la víctima de cualquier delito, que significa la posibilidad de conocer la verdad material de lo padecido.

La concepción constitucional-convencional del derecho a la verdad de las víctimas de ASI, supera la mera experiencia cognoscitiva personal del sujeto damnificado por estos delitos, que lo habilitaría a responder por sí mismo a los interrogantes de “qué”, “cómo”, “cuándo”, “dónde” y “por quién”, en relación a las graves violaciones infligidas a sus derechos humanos. Es una verdad de Perogrullo sostener que todas las víctimas de delitos “*conocen la verdad de lo sucedido*”<sup>97</sup>. No se trata de eso...

En síntesis, el conocimiento de la verdad constituye un desafío cuya resolución ha planteado intensos debates en la definición de los extremos que rigen los diversos sistemas jurídicos. Conocer la esencia de la verdad real puede ser inalcanzable dentro del proceso y en cualquier estadio de la esencia humana. El fin perseguido, entonces, será lograr convicción sobre tal verdad, afincada en los hechos y más aún en los enunciados que los contienen y la trascendencia de su argumentación (verdad objetiva), para el dictado del pronunciamiento judicial definitivo sobre el mérito de la causa principal mediando, con carácter previo, la aplicación de los sistemas de apreciación de la prueba pertinentes (Gozáini, Osvaldo A., 2018, pp.119/120).

La garantía mencionada trasciende, entonces, el conocimiento subjetivo-histórico que pueda poseer la persona damnificada por el injusto en investigación, y atiende al deber estatal de otorgar una tutela judicial efectiva a los derechos de las víctimas de ASI.

El derecho a la verdad, principio del proceso trasnacional,

(...) corresponde a las víctimas y sus familiares surgiendo de pronunciamiento de la comisión de derechos humanos de la OEA y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han obligado a los jueces argentinos adoptar las medidas que satisfagan esas legítimas pretensiones” (cf. Res. 18/98 Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, 21/4/1998; Archivos.Jurídicas.Unam.Mex.).

Esta garantía ha sido receptada por la jurisprudencia vernácula para la investigación de delitos comunes<sup>98</sup>. Ello ha permitido acercar esta garantía a las víctimas de ASI, quienes se encuentran en la mayoría de los casos con plazos de prescripción vencidos, al momento de efectuar la denuncia de los abusos.

Siguiendo este razonamiento, entiendo que un juicio por la verdad constará de los mismos momentos procesales que los ordinarios, que de conformidad con nuestra ley procesal podría

<sup>97</sup> Causa n°82867/2018 “P., S.G. s/ abuso sexual”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, -voto de la Dra. Magdalena Laíño-, resuelta el 11/10/2019.

<sup>98</sup> cf. “F.N. s/violación de menor de doce años”, C.N.C.Crim.y Corr., Sala III; “M.,P.S. s/Abuso sexual-Art. 119 3° Párrafo”, CNCCyC, Sala I, voto Dr. Luis M. García; “Ruvituso, Omar Luis s/ Recurso de Casación”, TCPBA, voto del Dr. Carral; entre otras.

avanzar hasta el dictado de una sentencia definitiva, en la que se determinen los hechos, la autoría responsable y, en su caso, la calificación correspondiente; o bien podría concluir con la absolución del imputado.

En este punto es imprescindible que el proceso se desarrolle de conformidad con las previsiones de la ley 27372 de Derechos y Garantías de Personas Víctimas de Delitos (arts. 6, 8, 10, 11, 12, 13 y ccds.), tendientes a evitar la realización de actos de revictimización.

Teniendo en cuenta que estas investigaciones se inician por denuncia de la víctima, quien ha procedido a ratificar y/o ampliar la misma, y también, en muchos casos, a realizar presentaciones en el expediente en su calidad de particular damnificado o de querellante, cuando así se la ha tenido por constituida en el proceso.

Particularmente me refiero a que:

Las autoridades adoptarán todas las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso, concentrando las intervenciones de la víctima en la menor cantidad de actos posibles, evitando convocatorias recurrentes y contactos innecesarios con el imputado. A tal fin se podrán adoptar las siguientes medidas: a) La víctima podrá prestar declaración en su domicilio o en una dependencia especialmente adaptada a tal fin; b) En el acto en que la víctima participe, podrá disponerse el acompañamiento de un profesional; c) La víctima podrá prestar testimonio en la audiencia de juicio, sin la presencia del imputado o del público. (Art. 10, Ley 27372).

Ahora bien, arribados a esa instancia, el Tribunal interviniente -con base en la existencia del hecho probado, en su tipicidad, en la autoría o participación del causante, en la existencia o inexistencia de causales eximentes de responsabilidad, en las circunstancias y gravedad del hecho, y en el grado de responsabilidad- por auto fundado, podrá resolver:

1. Declarar absuelto al imputado y archivar definitivamente el expediente.
2. Declarar penalmente responsable al imputado.

Entonces, y concluyendo, destaco enfáticamente que la única diferencia entre el juicio por la verdad y los procesos ordinarios -en caso de acceder al debate oral y público- recae en la imposibilidad de aplicar la pena de una eventual sentencia condenatoria, sin perjuicio de determinarse la responsabilidad del imputado.

## Referencias

- Cardinali, G. (2017-1). La investigación con perspectiva de género de la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico. En Edgardo Alberto Donna (Director) *Revista de Derecho Procesal Penal*, pp.93,95.
- Gordillo, A.. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Capítulo 2. Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo2.php>
- Gozaíni, O. A. (2018-1). El Derecho a la Verdad como Garantía. En Edgardo Alberto Donna (Director) *Revista de Derecho Procesal Penal*, pp.119/120.