

REVISTA **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

DPyC

Director

Eugenio Raúl Zaffaroni

Secretarios de redacción

Gabriel Ignacio Anitua

Matías Bailone

ISSN 0034-7914



**INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

LA LEY



**Thomson
Reuters™**

Juicios por la verdad histórica

El dilema entre la tutela judicial de la víctima y la irretroactividad de la ley penal más gravosa

Federico A. Borzi Cirilli (*)

Sumario: I. Presentación del fallo.— II. Origen de la doctrina: la investigación de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.— III. El sistema de prescripción de la acción penal y sus reformas.— IV. Los juicios por la verdad en la actualidad. El fallo comentado.— V. La redefinición del rol de la víctima. El surgimiento de responsabilidad estatal.— VI. Síntesis y conclusiones.

I. Presentación del fallo

Nos convoca en esta oportunidad el fallo del Juzgado de Garantías de Azul de fecha 18 de abril del 2024, dictado en el marco de la Investigación Penal Preparatoria 01-00-000756-21 sobre los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal agravado. En el marco de esta pesquisa, la Cámara de Apelación y Garantías departamental declaró extinta la acción penal por el paso del tiempo y sobreseyó al imputado; lo que fue objeto de impugnación por parte del Ministerio Público Fiscal, con los consecuentes rechazos del Tribunal de Casación Penal y, finalmente, de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires el 9 de agosto del 2023.

En este panorama y ante la solicitud de la víctima constituida en parte damnificada se dispuso la realización de un “juicio por la verdad histórica” para la determinación de los hechos frente a la imposibilidad de castigo penal del imputado por encontrarse, como vimos antes, la acción prescripta por el paso del tiempo. Podemos adelantar que se hizo lugar a la pretensión de la víctima destacándose en el fallo el derecho a la verdad como: “...arrojar luz sobre un suceso lo que es trascendente tanto para la persona desde una perspectiva restaurativa, como para la sociedad en su conjunto en la óptica más clásica del derecho penal, de forma tal que aquél

no pueda ser negado como tal o permanecer oculto en las sombras”.

Antes de avanzar en el análisis de este interesante pronunciamiento revisaremos el origen de la doctrina aplicada para luego sí ingresar a su análisis y elaborar algunas conclusiones a partir de él.

II. Origen de la doctrina: la investigación de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar

Conforme las directivas emanadas por la Comisión IDH y la jurisprudencia sentada por la Corte IDH en el caso “Velázquez Rodríguez” (1), el 21 de abril de 1998 la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (2) declaró el derecho de los familiares de las víctimas de abusos del Estado ocurridos durante el último gobierno militar de facto (1976-1983) a conocer cuáles fueron las circunstancias de su desaparición y en su caso, el destino final de los restos de sus seres queridos. En el marco de dichas investigaciones se recibieron más de 1800 declaraciones en audiencias orales y públicas en las más de 2600 causas que aún hoy tramitan en la Secretaría del Tribunal creada a ese fin. Entre otras medidas, se secuestraron los archivos de distintas dependencias y

(1) CIDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), TR LALEY AR/JUR/2485/1988.

(2) CFLP, res. 18/1998 dictada por los doctores Julio V. Reboledo, Leopoldo H. Schiffrin y Alberto R. Durán

(*) Abogado (UBA 2006). Especialista Derecho Penal (UBA 2015). Autor de publicaciones en derecho penal y procesal penal. Integrante del “Estudio Ceballos & Ceballos”.

se realizaron inspecciones oculares a diversos centros clandestinos de detención.

De la recopilación y entrecruzamiento de todos los elementos y con el objeto de lograr la identificación de los restos se dictaron medidas de no innovar y posteriores exhumaciones que permitieron la conservación de los mismos hasta su identificación y posterior restitución. Asimismo, la prueba colectada posibilitó formular hipótesis de identidad que luego fueron corroboradas mediante estudios periciales y genéticos.

Finalmente, a partir de la prueba colectada surgió la posibilidad de realizar comparaciones genéticas masivas entre muestras óseas y sanguíneas lográndose 55 identificaciones de personas desaparecidas, y entregándose a sus familiares los restos de 41 de ellos. De los casi 1100 casos de desaparecidos, se identificaron otras 112 personas que fueron secuestradas y/o permanecieron en centros clandestinos de detención de la jurisdicción de la Cámara y cuya identificación ha sido efectuada por la Cámara de Apelaciones capitalino, constituyendo una relevante fuente de pruebas para los procesos penales por terrorismo de Estado que se sustanciaron en esa y otras jurisdicciones. De esta manera, en nuestro país comenzó a utilizarse la doctrina de los juicios por la verdad histórica, aplicada ahora al fallo bajo comentario.

III. El sistema de prescripción de la acción penal y sus reformas

Aunque actualmente nos parezca un instituto que existió siempre, como todo el andamiaje de derechos y garantías, la garantía de prescripción de la acción penal para el imputado fue surgiendo a través luchas y reivindicaciones como una suerte de limitación al poder punitivo estatal por el transcurso del tiempo.

En su gran obra “Los Miserables”, Víctor Hugo nos presentaba a Jean Valjean, el personaje de la historia quien fuera durante toda su vida perseguido por el incansable inspector Jauvet por un delito menor cometido en su juventud sin que fueran obstáculo, ni el paso del tiempo, ni los cambios y la importante evolución que experimentara el primero.

Precisamente para evitar este tipo de situaciones nació el instituto de la prescripción, ten-

diente a evitar un estado de incertidumbre en el imputado, de modo que el Estado autolimita su poder de castigar una vez transcurrido el plazo previsto por la ley, entendiéndose que renuncia de manera irrevocable e indeclinable a la persecución penal pública derivada de la sospecha de que se ha cometido un hecho punible concreto (3). Así, conforme lo dispone el art. 62 inc. 2 del Cód. Penal, la acción penal se prescribirá “después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión”.

Ahora bien, tal como sucede con otros institutos del derecho, la garantía de prescripción ha sufrido reformas y modificaciones particularmente en lo atinente a la investigación de delitos contra la integridad sexual de menores de edad como es el caso que nos ocupa. Me refiero a la suspensión de esta hasta la mayoría de edad de la víctima de este tipo de delitos (ley 26.705, BO 05/10/2011, “Ley Piazza”), y a la reforma que le permite poder formular la denuncia o ratificarla (ley 27.206, BO 10/11/2015, “Ley de respeto a los tiempos de las víctimas”), aplicables a todos los niños, niñas y adolescentes. Esta última norma estableció, en lo que aquí interesa, que “[e]n los delitos previstos en los arts. 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —*in fine*—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Cód. 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”.

III.1. La garantía de irretroactividad de la ley penal más gravosa

En ese marco, comenzó a surgir el interrogante respecto de los abusos sexuales cometidos con anterioridad a dichas reformas, es decir, aquellos respecto de los que ya transcurrió la pena prevista para el delito anteriormente a 2015. La doctrina y jurisprudencia dominantes entiende que, encontrándose involucradas garantías como el debido proceso, la defensa en

(3) CALVETE, Adolfo, “Tratado de la prescripción de la acción penal. Pautas teórico-prácticas para la extinción de la persecución penal: Generalidades. Definiciones. Situaciones que se presentan en los delitos en particular”, Ediciones de la República, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., ps. 5/6.

juicio y, fundamentalmente, el principio de legalidad (art. 18 CN), esos delitos se encuentran prescriptos, por lo cual deben archivarse y declararse el sobreseimiento de los imputados por el transcurso del tiempo. Este es el ámbito de actuación en el que entran en juego los juicios por la verdad histórica.

Cabe recordar que el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, según explica Carlos Tozzini: “Significa que nadie puede ser castigado retroactivamente por un hecho suyo que no estaba legalmente tipificado como delito al momento de su comisión... el principio, junto a su función propiamente política de garantía contra el poder estatal de castigar, tiene la finalidad capital de asegurar la eticidad específica del Derecho, constituida por la certeza jurídica, al par de estar dirigida, cual presupuesto objetivo de cognoscibilidad de la norma...” (4).

En este caso, vale aclarar, este principio se activa respecto de las reformas al sistema de prescripción de la acción antes mencionadas. Como enseña Ferrajoli, este principio promueve: “...la injustificabilidad de agravamientos no predeterminados legalmente... la ley penal más favorable al reo debe ser en efecto ultractiva respecto a la más desfavorable si es más antigua que ésta, y retroactiva si es más nueva” (5). Así, estos principios, señala nuevamente Tozzini: “...imponen al magistrado el deber de aplicar la más benigna... cuando la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existe al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio” (6).

Tanto Roxin como Bidart Campos efectúan una distinción fundamental para el caso que nos ocupa: “El instituto de la prescripción en materia penal pertenece al derecho penal y no al derecho procesal. Por ende, la ley que regula la prescripción debe ser previa, como toda ley penal... (se llama) ley penal más benigna no sólo a la que resulta más leve en cuanto al tipo penal o a la sanción penal sino también a la que es más suave en orden a otras cuestiones procesa-

les (eximentes, causas de justificación, de imputabilidad, plazos de extinción de la acción penal, etc.)” (7). El primero concluye: “En el Derecho procesal en principio no rige la prohibición de retroactividad... en cambio, la situación es algo distinta en el caso de... impedimentos de procedibilidad (como la prescripción), que afectan a la admisibilidad del conjunto del proceso...” (8).

Esta postura puede considerarse pacífica tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia del fuero.

La Corte ha resuelto desde hace mucho tiempo que “[e]l instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (9). Así, en varios precedentes viene estableciendo que la garantía de irretroactividad de la ley penal más gravosa: “...comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor —leyes ‘ex post facto’— que impliquen empeorar las condiciones de los encausados, según ha quedado establecido como una invariable doctrina” (10).

La Cámara Federal de Casación Penal, por su parte, ha señalado que el principio de la ley penal más benigna se halla plasmado en el art. 2° del Cód. Penal y en las convenciones internacionales (art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 9° de la Declaración Universal de Derechos Humanos) y, por lo tanto, “opera de pleno derecho y su aplicación resulta ineludible” puntualizando que el instituto de la prescripción es de índole sustancial ya que no solo influye en la duración del proceso sino que es-

(7) BIDART CAMPOS, “Tratado elemental de Derecho Constitucional”, Ediar, t. II-A, p. 95.

(8) ROXIN, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Civitas, 1997, p. 164.

(9) CS, Fallos 287:76, TR LALEY AR/JUR/12/1973.

(10) CS, Fallos 17:22; 31:82; 117:22, 48 y 222; 133:216; 140:34; 156:48; 160:114; 169:309; 184:531; 197:569; 254:116, entre muchos otros.

(4) TOZZINI, “Garantías constitucionales en el Derecho Penal”, Hammurabi, 2005, p. 63.

(5) FERRAJOLI, “Derecho y razón”, Ed. Trotta, 1997, ps. 381/2.

(6) TOZZINI, ob. cit., p. 64.

tablece un límite a la pretensión punitiva del estado (11).

En esa línea, la Cámara Nacional de Casación Penal ordinaria, en un precedente de 2019, ha resuelto respecto de la reforma de la prescripción para delitos sexuales que “...no solo constituyen una ley penal más gravosa respecto de aquella vigente al momento de los hechos, sino que entraron en vigencia con posterioridad a las conductas ilícitas denunciadas y una vez que éstas se encontraban prescriptas...” (12). Su par provincial resolvió casar un pronunciamiento por inobservancia del art. 2° del Cód. Penal y declarar extinguida la acción penal en un caso en el que el inferior: “...declaró vigente la acción penal pública referida a un hecho cometido en un lapso en que no se encontraba legislado de tal modo el cómputo de prescripción... De aplicar la normativa indicada por el *a quo* —por fuera de las valorables intenciones expuestas— se estaría violando el principio de aplicación de la ley penal más benigna, con lesión del principio de legalidad en la medida en que mediante ley posterior se suspende el inicio del cómputo de la prescripción” (13).

Esto es afirmado también por la Suprema Corte de Justicia de esta provincia de Buenos Aires en cuanto ha resuelto que “...la regla establecida en el art. 2° del Cód. Penal —la aplicación de la ley penal más benigna, directa derivación del principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la CN— opera de pleno derecho y su infracción —tal la que ocurre en el presente— debe ser subsanada aún de oficio ... en definitiva, la irregularidad apuntada descalifica el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido en el punto indicado, por lo que corresponde su anulación parcial en cuanto ha aplicado al caso el art. 27 bis en infracción de los arts. 2° del Cód. Penal, 18 de la CN, 9° de la CADH, y dejar sin efecto la imposición de las reglas de conduc-

ta allí establecidas (art. 366, Cód. Proc. Penal, ley 3589)” (14).

A partir de esta reseña lo que debe quedar claro es que las reformas antes citadas no tornaron imprescriptibles los delitos contra la integridad sexual contra menores, sino que suspendieron hasta la mayoría de edad su plazo de prescripción, el cual comienza a contar desde esta fecha. Ahora, para aquellos casos anteriores a las reformas, de haber transcurrido el plazo de prescripción, quedaría la alternativa, ante la petición de la víctima, de celebrar un juicio por la verdad histórica.

IV. Los juicios por la verdad en la actualidad. El fallo comentado

Luego de una necesaria revisión normativa y jurisprudencial, debemos volver ahora al fallo comentado, el cual resulta señero en la jurisdicción de Azul, aunque se ha apoyado en valiosos pronunciamientos de otras jurisdicciones donde se han dispuesto juicios por la verdad, ya sea por encontrarse prescripta la acción penal por paso del tiempo, como por muerte del imputado (15).

Así, el fallo se afina en la operatividad de las normas supraleales de protección de los DDHH, básicamente la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a nuestra Constitución Nacional producida con la reforma a esta última en el año 1994; así, como bien sabemos, a través del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna dichos Tratados forman parte de esta, gozando de jerarquía constitucional. Uno de los Pactos más relevantes que oportunamente se incorporaron fue la Convención de los Derechos del Niño en cuanto establece en su art. 3°, puntos 1 y 3, el deber de velar y privilegiar el interés superior del niño y la tutela efectiva de los mismos. A esa norma se le suman otras tales como la obligación de garantizar el acceso a la justi-

(11) CFCP, Sala IV, c. 13.077 “G., D.”, 30/10/2012, TR LALEY AR/JUR/63790/2012.

(12) CNCCC, voto del Dr. Sarra Bayrouse —en igual sentido Dr. Morín al que adhiere el Dr. Días— en causa. 40677, Reg. 39/2019, 01/02/2019.

(13) TCP, Sala 2, “M. S. O. s/ recurso de casación”, 02/06/2016.

(14) SCBA, “G., A. Lesiones graves”, 03/05/2006, causa P. 89.920, TR LALEY AR/JUR/14590/2006.

(15) TCP, Sala III, c. 110.332, “R., M. s/ recurso de casación”, 05/05/2022; CCC 38644/2015/CNC1, “F., N. s/ violación de menor de 12 años”, 18/12/2018, registro 1643/2018; c. 97.344 “R., O. L. s/ recurso de casación”, 26/12/2019, CNCCC, Sala 3, CCC 34071/2019/TO1; CNC1, 17/03/2022; y Jdo. Garantías N.º 2 Mercedes, “P. Z. N. C. s/ abuso sexual”, 12/09/2022. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 2018; “Rosendo Cantú vs. México”, 2010; entre otros.

cia de las mujeres víctimas de discriminación y violencia de género, así como el imperativo de aplicar perspectiva de género en toda instancia del proceso (16).

Este bloque normativo entró en tensión con el principio de legalidad (art. 18 CN) y, puntualmente, la prescripción de la acción penal prevista en nuestro Cód. Penal de la Nación, tal como vimos *ut supra*, surgiendo la razonable necesidad de continuar con el trámite de la causa a partir de la obligación estatal de hacerlo, pese a no resultar posible aplicar una pena privativa de libertad.

Refiere al respecto el pronunciamiento comentado: “Ello, en procura de la necesidad imperante en términos de justicia restaurativa (no retributiva) de los derechos de la víctima; la consolidada doctrina de la idoneidad del juicio en tanto vía y mecanismo de conocimiento efectivo y, más aún, de la jurisdicción penal como fuero especial y particularmente dotado para el esclarecimiento de hechos y su reconstrucción histórica con fuerza de verdad material (no formal). Asimismo, la cuestión ha sido abordada desde la proporcionalidad en sentido estricto, sopesando, por un lado, la obligación estatal asumida con la incorporación —con jerarquía constitucional— de los pactos internacionales de DDHH, la relevancia —tanto individual como social— frente a hechos delictivos de especial gravedad que afecta, particularmente, a víctimas pertenecientes a grupos más vulnerables (tal como surge de la interseccionalidad del género y la minoría de edad —es decir, niñas—), todo ello en contraposición con el principio de legalidad determinado por las normas internas que, previo a la reforma de las leyes 26.705 y 27.206, determinaran la prescripción de la acción”.

Ahora bien, es importante destacar que los juicios por la verdad no resultan procedentes ante cualquier tipo de delito ni de víctima. Pese a que, como vimos, el mecanismo tuvo origen en delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, en la actualidad su ámbito de aplicación se circunscribe a delitos de abuso sexual contra menores de edad; por ello su procedencia es excepcional y bus-

ca brindar respuesta puntual a la problemática relativa a los abusos sexuales que repercuten desproporcionadamente en mujeres y, en particular, a las niñas.

Sin perjuicio de ello, como destaca el fallo bajo comentario, el proceso que se siga por el derecho a la verdad no debería diferir del tratamiento dado a un proceso habitual en el que se encuentre vigente la acción penal, con todas las garantías constitucionales y las correspondientes formas rituales que las tutelan y resguardan, pues lo único que se sustrae al mismo es la consecuencia jurídica represiva, es decir la pena, no así la determinación de responsabilidad.

IV.1. Los valiosos precedentes en los que se sustenta

El pronunciamiento se basa conceptualmente en relevantes precedentes en la materia, tanto a nivel nacional como provincial. Así, ya hace una década la Corte Suprema de justicia de la Nación a través del *leading case* ‘Funes’, aunque en un caso diferente al analizado, remitiéndose al dictamen del Procurador General, resolvió que “...‘las condiciones de vigencia’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contemplan la aplicación de la excepcional regla de imprescriptibilidad para cualquier delito [...]. Es pertinente puntualizar, dado el carácter ‘culposo’ del hecho inicial de autos, que ese criterio restrictivo ha sido utilizado [...] incluso respecto de una víctima que falleció estando privada de su libertad bajo custodia estatal (conf. casos ‘Albán Cornejo’, ‘Vera Vera’ y ‘Suárez Peralta’).” Asimismo, el Procurador indicó que “...con independencia de que en el ámbito interno una conducta pueda ser considerada como crimen de lesa humanidad o no, o pueda imputarse a agentes estatales o a particulares, la Corte Interamericana ha juzgado relevante que se trate de violaciones ‘graves’ o ‘muy graves... Este concepto ha sido aplicado con relación a delitos tales como la desaparición forzada de personas [...] ‘dadas las particularidades del caso’ (conf. ‘Familia Barrios vs. Venezuela’).” Por otro lado, el representante del Ministerio Público Fiscal entendió que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “ha señalado que la prescripción en materia penal es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, que éste no es responsable de la celeridad del proceso ni se le puede atribuir que soporte la falta de diligen-

(16) Arts. 11, 2º y 29 PIDCP, la DDH y, CEDAW y la arts. 4.g, 7.b y 7.f y 9º Convención de Belém do Pará, ley 26.485 de “Protección integral de la mujer”.

cia de las autoridades estatales [...] (conf. caso ‘Albán Cornejo’). Por último, el Procurador sostuvo que “...la extinción de la pretensión penal no implica desentenderse de la obligación del Estado de asegurar el derecho de los padres de la víctima [...] a conocer la verdad de los hechos, con prescindencia de que las conductas del caso puedan ser calificadas como un delito de lesa humanidad”. Por ello, el dictamen dispuso que corresponde “profundizar la investigación que, iniciada en 1995, tomó mayor impulso luego del hallazgo de los restos de la menor [...] con el objeto de lograr el pleno esclarecimiento de lo ocurrido a partir del accidente” (17).

En esa línea ha resuelto que “...la determinación de la verdad no es únicamente un derecho de las víctimas en este caso, toda vez que el derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tomar conocimiento de la ocurrencia de los hechos aberrantes denunciados y tener información para evitar su reiteración” (18). Así, la Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional, esta vez sobre un caso similar al comentado, dijo: “Con el carácter colectivo de estos derechos, entiendo que los diferentes matices de la responsabilidad internacional estatal derivada de la suscripción por parte de la República Argentina de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros)... puesto que los delitos de abuso sexual afectan derechos humanos específicos —en principio la libertad e integridad personal, la dignidad de la persona, y su esfera de autodeterminación comprendida en el concepto de vida privada—, incumbe en general a los Estados un deber de garantía, que comprende, la organización de sus estructuras, y la emisión de disposiciones legislativas o de otro carácter, para asegurar a las personas bajo su jurisdicción el libre goce de aquellos derechos y el respeto a su dignidad. Así, un Estado podría ser responsable por incumplimiento de los deberes de garantía que se definen en los tratados generales de derechos humanos, p. ej. arts. 1° y 2° CADH y arts. 2.1 y 2.2 PIDCP... Adicionalmente, si la persona objeto de abuso sexual fuese un niño, los Estados tienen el deber

de proveer de medidas de protección especial (art. 19 CADH y arts. 2.2 y 4° CDN), entre las que se incluyen las medidas de protección contra toda forma de abuso físico o mental, incluido el abuso sexual (art. 19 CDN)” (19).

Cabe destacar que no se trata de un criterio pacífico en nuestra jurisprudencia.

Así, en un reciente e interesante caso también de jurisdicción bonaerense, el Juzgado de Garantías 8 de Lomas de Zamora a cargo del Dr. Vitale resolvió donde también se investigaban delitos contra la integridad sexual prescriptos: “Declarando la extinción de la acción penal por prescripción... asimismo, no se hizo lugar al sobreseimiento y se habilito la instancia jurisdiccional para garantizar el derecho a la verdad de la víctima de autos por los delitos que fueran formalmente imputados a tenor del art. 308 del Cód. Proc. Penal. Este Juzgado de Garantías se ha expedido a favor de la realización de un proceso en contexto de “juicio por la verdad”, respecto de los hechos de Abuso Sexual contra la Infancia cuyos plazos de prescripción se encontrasen vencidos, a fin de constituir un mínimo umbral jurídico constitucional al que las víctimas puedan acceder cuando logran exhibir ante las autoridades estatales el tormento que padecieron en su niñez...” (20).

Ese fallo fue revocado por la Cámara de Apelaciones Departamental, y posteriormente el Tribunal de Casación Penal a través de su Sala III resolvió, por mayoría conformada por los Dres. Víctor Violini y Daniel Carral, hacer lugar al recurso interpuesto por el particular damnificado reconociendo su derecho a conocer la verdad histórica.

Si bien la víctima reconocía que la acción penal por el delito de abuso sexual agravado cometido antes de la entrada en vigencia de la ley 27.206 se había extinguido por prescripción, insistía en la realización del juicio para acceder a la determinación de los hechos que denunciaba a los efectos de averiguar la verdad histórica.

Para ello, los jueces entendieron que la estructura convencional del Bloque Constitucio-

(17) Rta. 14/10/2014.

(18) Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N.º 41, Secretaría N.º 112, causa 79503/18, Rta. 30/11/2023.

(19) CNCCC, Sala I, “M., P.S. s/ abuso sexual - art. 119 3° párr.”, 08/11/2017.

(20) Jdo. Garantías N.º 8, Lomas de Zamora, causa nro. PP-07-00-034786-21/00, Rta. 1/3/2024.

nal Federal obliga a garantizar, en casos como el presente, el acceso a la justicia a los fines de aproximarse a la verdad de lo acontecido, más allá de la legitimación del Poder punitivo para su persecución formal. La minoría, integrada por el Dr. Ricardo Borinsky, consideró que, al operar la prescripción de la acción penal de conformidad a lo normado por el art. 62 inc. 2 del Cód. Penal, el Tribunal carece de habilitación funcional para llevar adelante un juicio en tales circunstancias, que sí tendría la instancia de Garantías. Asimismo, señaló que la garantía de legalidad que ampara al imputado impide que se lleve adelante un juicio en su contra (21).

Finalmente, la mayoría en dicho precedente concluyó que: “...el art. 2° de la Convención de los Derechos del Niño obliga al Estado a garantizar todos los derechos que enumera (entre ellos, la protección contra el abuso sexual —art. 34—) con independencia, entre otras cosas, de ‘cualquier condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales’, y aunque parezca una obviedad, no está demás subrayar que la obligación de ‘garantizar’ un derecho supone, en esencia, garantizar su ejercicio efectivo, pues de no ser así, los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico se convertirían en una mera declaración de buena voluntad, carente de todo efecto práctico (y útil). Como dije, en el presente caso, en el que el delito se dice cometido dentro del ámbito intrafamiliar y por parte de un pariente muy próximo, las posibilidades de la damnificada de denunciar lo sucedido se encontraban fuertemente limitadas: de hecho, sólo pudo hablar con su madre (cuñada del agresor) tras años de terapia psicológica, y luego de la muerte de la esposa del denunciado (a la sazón, tía de la niña), lo que denota, en el mejor de los casos, el desconocimiento del núcleo familiar de lo que estaba ocurriendo”.

En este sentido, es interesante considerar la perspectiva de género necesaria en este tipo de casos.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires establece los lineamientos en la “Guía de Prácticas Aconsejables para Juzgar con Perspectiva de Género”, donde expresa una serie de pautas y reglas de conductas aconsejables para que el personal que administra justicia pueda reconocer la dinámica de las re-

laciones de género. En su punto N.º XII, la guía menciona la Reparación integral, refiriendo que “[e]l concepto de reparación integral incorporado al ámbito de los derechos humanos... Tales medidas de reparación incluyen, ...a las reparaciones simbólicas, las garantías de no repetición y las medidas transformativas o diferenciadas, cuyas posibilidades de implementación dependerán de la materia sometida a juzgamiento y del ámbito de competencia de cada órgano judicial... Aquí es necesario destacar que la reparación integral no siempre debe identificarse con la sanción penal (sentencia condenatoria). Las medidas de satisfacción se conciben como medidas de reparación simbólica, que al reconocer de forma debida a las víctimas o supervivientes, pueden facilitar un proceso de rehabilitación a nivel individual y colectivo. En la satisfacción entrarían la revelación pública y completa de la verdad siempre que no se ponga en riesgo a víctimas o supervivientes—, las disculpas públicas que incluyan el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades” (22).

V. La redefinición del rol de la víctima. El surgimiento de responsabilidad estatal

Tal como sucede en el fallo comentado, no resulta casual que el impulso de un juicio por la verdad resida en cabeza de la víctima de los hechos o parte damnificada en la causa. Esto se inscribe en el paulatino proceso de redefinición y revaloración del rol de la víctima en el proceso penal, tanto a nivel legislativo, como judicial.

Reseña Foucault que, si bien en Grecia y en el derecho germánico el pleito se desarrollaba íntegramente entre partes, en Europa hacia el siglo XII aparece la figura del procurador: “...curioso personaje que surge se presentará como representante del soberano, del rey o del señor. Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre individuos, el procurador se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. El procurador doblará a la víctima pues estará detrás de aquél que debería haber planteado la queja, diciendo: ‘Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco

(21) TCP, Sala III, Rta. c. 110.332, Rta. 05/05/2022.

(22) SCBA, Resolución 3001-31543-2023, 21/02/2024.

contra él'. De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima. Este fenómeno, que es absolutamente nuevo, permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales. El procurador, pues, se presenta como representante del soberano lesionado por el daño... Aparece una noción absolutamente nueva: la infracción. Mientras el drama jurídico se desenvolvía entre dos individuos, víctima y acusado, se trataba sólo del daño que un individuo causaba a otro. La cuestión consistía en saber si había habido daño y quién tenía razón'. La cuestión cambia considerablemente "a partir del momento en que el soberano o su representante, el procurador, dicen: 'Yo también he sido lesionado por el daño'" (23). El autor concluye: "Se ve así cómo el poder estatal va confiscando todo el procedimiento judicial, el mecanismo judicial, el mecanismo de liquidación de los litigios entre individuos de la alta Edad Media" (24).

Volviendo a nuestros tiempos, podemos afirmar que, a modo de péndulo, el conflicto fue volviendo nuevamente —al menos en parte— a manos de la víctima. Uno de los hitos jurisprudenciales a este respecto lo constituye el *leading case* "Santillán" (1998) (25), a través del cual la Corte legitimó la celebración de un juicio impulsado exclusivamente por la acusación privada, ante la postura desincriminante de la acusación pública.

De esa manera, llegando hasta nuestros días podemos afirmar que la posición de la víctima y/o parte querellante o damnificada en un proceso penal se ha vigorizado notablemente. Prueba de ello es la ley 27.372 (26) de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos que consagró, en lo que nos interesa, en su art. 5° inc. 'k' el derecho de la víctima: "A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente", lo cual en el caso que nos ocupa permitió a la damni-

ficada manifestar y peticionar el juicio por la verdad.

Tomás Aguirre reseña la cuestión desde donde la dejara Foucault: "Antes, la víctima quedaba fuera de la escena, ya que el estado ocupaba su lugar. Una vez que movilizaba el aparato por intermedio de la denuncia, el Estado (por intermedio del Ministerio Público Fiscal) la absorbía como propia, relegando a esta a un papel de mera espectadora, quedando a merced de lo que decidiera actuar en su nombre, un organismo estatal. La globalización, como fenómeno social, ayudó ya que a través de los distintos medios de comunicación se visibilizaron situaciones que transitaban las víctimas de los delitos. La incorporación de la persona víctima de un delito como un actor relevante del proceso penal es un avance en la manera de entender la correcta administración de justicia que, en la actualidad constituye, afortunadamente, una práctica judicial cada vez más afianzada. La importancia de la evolución de esta práctica es medular, puesto que, en definitiva, la diferencia radica en: darle voz y voto a quien ha sufrido la lesión de sus derechos o no hacerlo" (27).

En esa línea, la Dra. Julieta Mateos analiza la actualidad del derecho a la tutela efectiva de las víctimas como derecho humano fundamental en el sistema interamericano afirmando: "...que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nuestra Constitución Nacional, a través de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75-22), fundamentalmente la Convención Americana de Derechos Humanos interpretada por el órgano respectivo (Corte IDH), determina la obligación de redefinir y reinterpretar el papel de la víctima en el proceso penal. Como advierte la doctrina, tal reinterpretación se implica, recíprocamente, con la redefinición del conflicto penal, los fines del proceso penal, consustanciado con la Constitución Nacional y los tratados de DDHH, y la actuación de los órganos que llevan adelante el proceso penal. Entendemos que el interés de la víctima también podría fundar, en aquellos casos en que no exista un interés público gravemente comprometido, salidas alternativas, como la mediación o la conciliación, o que, en

(23) FOUCAULT, M., "La verdad y las formas jurídicas", Ed. Gedisa 2013, p. 79.

(24) Ob. cit., p. 80.

(25) CS, Fallos 321:2021, TR LALEY AR/JUR/305/1998.

(26) En el ámbito bonaerense, ley 15.232, TR LALEY AR/LCON/8UQT.

(27) AGUIRRE, Tomás, "La víctima en el proceso penal. Un cambio de paradigma en la etapa ejecutiva de la pena", DPyC 2024 (julio), 241, EBOOK-TR 2024-2 (Almeyra), 1, TR LALEY AR/DOC/1403/2024.

los casos regulados legalmente, cuando el acusador público considere aplicable un criterio de oportunidad, se le dé la oportunidad a la víctima de continuar en soledad, fundando la legitimidad de los mecanismos de conversión de la acción penal. Por otro lado, en casos de graves afectaciones a los derechos humanos, se ha avanzado en otra dirección, hasta incorporar la seria investigación a cargo del Estado, con miras a la determinación de los responsables y su sanción, como un derecho de la víctima; y la sanción de los perpetradores, cuando se determine su responsabilidad, como una forma de reparación. Así, la persecución penal se posiciona, en este tipo de casos, como un corolario necesario del derecho de la persona afectada, por lo que se afirma que una de las razones, sino la razón principal, por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas” (28).

En este marco, antes de la reforma al sistema de prescripción de la acción penal en casos de delitos contra la integridad sexual de menores, el Estado se encontraba todavía en deuda y de hecho se ha declarado su responsabilidad internacional por no adecuar sus disposiciones normativas a la Convención de los Derechos del Niño. En el precedente del Tribunal de Casación antes citado se resolvió por mayoría que “...sí es responsabilidad del Estado que la Convención no haya sido reglamentada en tiempo oportuno, pues ello privó a las potenciales víctimas (hasta el año 2015, con la sanción de la ley 27.206), de acceder a la justicia (tal como por lo demás, lo reconoce la propia exposición de motivos de la ley mencionada), por lo que vale recordar aquí siendo la normativa antes citada, en esencia, tratados internacionales con rango constitucional, la parte, es decir, el Estado, no puede “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”, art. 27). En consecuencia, y dado que no es la primera vez que el Poder Judicial debe enfrentarse a una situación no contemplada (pero tampoco

prohibida) por la ley (piénsese, por ejemplo, en la creación del instituto del amparo), el conflicto debe resolverse en la forma más equitativa posible” (29).

VI. Síntesis y conclusiones

Con la elocuencia que lo caracterizara, el citado Michel Foucault definió a la búsqueda de la verdad en el proceso penal como un “asunto de coraje” (30). A partir del desarrollo efectuado en este comentario a fallo, podemos concluir que la doctrina utilizada por el Magistrado votante en cuanto posibilita la realización de “Juicios por la verdad histórica” en aquellos casos gravísimos en los que la acción penal se encuentra prescripta tiene un mérito fundamental: tutelar el derecho de la víctima a la verdad, convencionalmente denominado tutela judicial efectiva (art. 25 CADH), sin sacrificar derechos fundamentales del imputado como la protección que le brinda la prescripción de la acción penal y, fundamentalmente, la garantía de irretroactividad de la ley penal más gravosa.

De esta manera, para aquellos casos en los que la acción penal pueda sustentarse en las leyes 26.705 y 27.206, en cuanto extienden el plazo de prescripción desde la mayoría de edad de la víctima, quedará expedita la realización del proceso penal correspondiente con la posibilidad de penar al acusado. Ahora bien, en aquellos casos que no se vean alcanzados por dichas disposiciones, rigiendo plenamente la garantía de irretroactividad de la ley penal más gravosa que impediría la posibilidad de aplicar una sanción penal, de darse la naturaleza del delito y la calidad de la víctima, podría realizarse un juicio por la verdad histórica; como expusimos a lo largo de este comentario, actualmente circunscriptos a delitos contra la integridad sexual de menores de edad.

No desconocemos que existen voces, como la disidencia en el fallo del Tribunal de Casación Penal revisado, que se han alzado en contra de la procedencia de esta doctrina con fundamento, por ejemplo, en que el propio régimen legal no tiene prevista una vía excepcional alguna para la realización de estos juicios; o, debido a

(28) MATEOS, Julieta Carolina, “El derecho a la tutela efectiva de las víctimas como derecho humano fundamental en el Sistema Interamericano”, DPyC 2024 (mayo), 36. EBOOK-TR 2024-2 (Almeyra), 77, TR LALEY AR/DOC/855/2024.

(29) TCP, Sala III, Rta. c. 110.332, Rta. 05/05/2022.

(30) FOUCAULT, M., “La verdad y las formas jurídicas”, Ed. Gedisa, 2013.

la naturaleza del autor del delito, debiendo para quienes sostienen esta postura tratarse únicamente de agentes del propio Estado (ver el fallo “Funes” citado), lo que no ocurre en casos de abusos sexuales intrafamiliares como el comentado.

Sin perjuicio de que dichos argumentos pueden resultar respetables, lo cierto es que la extinción de la acción penal no cancela, *per se*, el derecho de la víctima a que su verdad sea discutida públicamente, siendo además indudable que —como destaca el fallo comentado— estos juicios contribuyen a desalentar la criminalidad sexual sobre los/as niños/as, a lo que cabría agregar la posibilidad de una reparación económica como consecuencia de la declaración de responsabilidad penal.

Además, lo que me parece decisivo, es que se utiliza una solución judicial pretoriana que armoniza los derechos de las partes en pugna, admitiendo que no es posible derogar la prescripción de la acción penal o hacer caso omiso de la verificada en el caso, garantizando al imputado que no será penado; pero, por otro lado, garantizando 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, pública y yo agregaría también económica. En definitiva, el fallo hace honor a la histórica premisa sentada por nuestro Máximo Tribunal en cuanto 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.