

## **El debilitamiento del principio de legalidad**

La aplicación retroactiva del régimen prescriptivo regulado por las leyes 26.705 y 27.206 a delitos contra la integridad sexual suscitados previo a su entrada en vigencia

*Bruno Strassera*

“En ciertas situaciones extremas, la ley es insuficiente. Y para compensar su insuficiencia, es necesario actuar fuera de la ley. Luchar por la justicia natural. Esto no es venganza. La venganza no es un móvil válido, es una respuesta emocional. No, nada de venganza. Solo castigo”.

*The Punisher, 2004*

### **I. Introducción**

Con la sanción de la ley 26.705 –año 2011–, se modificó el régimen de prescripción de delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad. En estos casos, el término prescriptivo comenzaba a correr desde que el menor –víctima– arribaba a la mayoría de edad.

Cuatro años más tarde, dicho régimen fue modificado por la ley 27.206, la cual suspendió la prescripción de la acción hasta el momento en que la víctima, habiendo cumplido la mayoría de edad, efectuara la denuncia. Desde entonces, los delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores pueden ser denunciados sin límite temporal alguno, ya que el plazo prescriptivo comienza una vez interpuesta la denuncia –momento a partir del cual las reglas prescriptivas regulares adquieren operatividad–.

El propósito de este trabajo es analizar uno de los certificados de la metamorfosis de la filosofía penal de los derechos humanos, que de a poco va abandonando su esencia de “muro de protección” frente al castigo estatal, para alzarse como el principal estandarte del neopunitivismo: la aplicación de las disposiciones reformadas por las leyes mencionadas a hechos suscitados previo a su entrada en vigencia.

## II. Aclaraciones preliminares

### II.1. Estado de Derecho y principio de legalidad

Si bien el fundamento del *ius puniendi* puede encontrarse en diversas concepciones políticas, aquí se zarpará de un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

El contractualismo –como base teórica– permitió a los Estados nacionales monopolizar el uso de la fuerza en favor de la defensa de los derechos individuales. Así, la imposición de la sanción por parte del Estado adquiriría legitimidad, garantizando, a la postre, la libertad<sup>1</sup>. Para Kant, el Derecho está ligado *per se* a la posibilidad de ejercicio de coerción, pero esta última sólo encontrará justificación en los casos en que impida una limitación a la libertad; es decir, sólo tendrá sentido en la medida en que tienda a resistir las intrusiones en la libertad de cada uno<sup>2</sup>.

De este modo, la legalidad se transformó en un principio de la teoría del contrato social, presuponiendo una organización política basada en la división de poderes, donde la ley caía dentro de la esfera de competencia exclusiva de los representantes del pueblo –el Poder Legislativo–.

Beccaria nos trae claridad:

[...] sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador,

<sup>1</sup> Habermas, Jürgen, “Facticidad y Validez”, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 90 y 91

<sup>2</sup> Kant, Immanuel, “Introducción a la Teoría del Derecho”, pp. 70-80 en particular, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Los jueces no pueden, consiguientemente, aumentar la pena establecida por las leyes, ni siquiera bajo el pretexto de celo o de bien público (1764).

Por lo tanto, el principio de legalidad implica más que una mera exigencia de seguridad jurídica referida a la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, pues supone también una garantía política de que el ciudadano no podrá ser sometido por el Estado a penas que el pueblo no admita ni tolere.

En dicha sintonía –salvo algunas excepciones<sup>3</sup>–, fue recepcionado por casi todas las Constituciones y los Códigos Penales el *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Y a su vez, desde esta perspectiva, Legaz y Lacambra afirma que un Estado de Derecho es aquel que lleva a cabo una concepción determinada de la justicia, por medio de una determinada técnica, ajustada a las circunstancias históricas. Para el autor, esto demanda un orden normativo realizador de justicia y seguridad, donde se debe aceptar la existencia de derechos públicos de carácter subjetivo, un sistema de responsabilidad de la administración, un control contencioso-administrativo y uno judicial de la legislación. Esto implica que la actividad judicial adquiera, por un lado, una trascendencia jurídica destacada, y, por otro, una inmensurable relevancia política, pues se alza como garantía de la legalidad y del Estado de Derecho al merituar la justificación legal-material de las decisiones políticas<sup>4</sup>.

Por su parte, Jescheck sostiene que el Estado de Derecho, desde un enfoque penal, tiene dos sentidos: uno formal, relacionado a la seguridad jurídica –reserva de ley, previsión legal

---

<sup>3</sup> Recordando que luego de la revolución de 1917 la URSS, hasta 1959 y la Alemania hitleriana arrojaron por la borda las exigencias derivadas del principio de legalidad

<sup>4</sup> Lagaz y Lacambra, Luis, "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona, 1971, pp. 602-603.

de la pena, prohibición de analogía, etc.–, y otro material, que brinda contenido a la ley penal –salvaguarda de la dignidad humana, exclusión de penas crueles, proporcionalidad en las sanciones, inexistencia de desigualdades–<sup>5</sup>.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación diferenció entre legalidad material y formal, indicando respecto al primer sentido que “al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal”, y respecto a la legalidad en sentido formal entendió que “la organización del poder establecida por la Constitución ha puesto exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de esas facultades” (CSJN, 314:440).

Al respecto, Zaffaroni considera que el principio de legalidad formal se encuentra previsto en Constitución Nacional (arts. 18 y 19 y, mediante el inc. 22 del art. 75, en los arts. 9 de la CADH y 9 del PIDCP) y que su expresión constitucional aparece unida al origen mismo del constitucionalismo, a la Constitución de los Estados Unidos y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, habiendo sido precisado en el ámbito penal por Feuerbach con el célebre “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*”.

A su vez, afirma que la Constitución de 1853 consagró en el artículo 18 este principio con la fórmula “*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”, lo que prohíbe la posibilidad de la ley *ex post facto*. Este texto, dice el autor, no hacía una expresa referencia a esa prohibición, y esto posiblemente se deba a su inspiración en la Carta Magna inglesa<sup>6</sup> y no en la de los Estados

<sup>5</sup> Jescheck, Hans H. y Weigen, Thomas, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Comares, Granada, 5° Ed., 2002, pp. 22-27.

<sup>6</sup> La Carta Magna corresponde al sistema del common law, sistema vinculado a la formación judicial del derecho antes que a la ley de fondo. El principio de legalidad penal niega

Unidos, por lo que puede entenderse que el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional establece el principio de legalidad procesal, y reconoce implícitamente el de legalidad penal, algo lógico si se tiene en cuenta que en la propia discusión de la Convención de Virginia hubo constituyentes que se opusieron a su expresa inclusión por considerarlo una obviedad<sup>7</sup>.

Como se ve, nuestro artículo 18 consagra la legalidad procesal penal, norma en la que también encontraría cobijo la legalidad penal. Para los más descreídos, de no estar incorporada ésta última en la disposición mencionada, la legalidad penal se desprendería del artículo 1° del mismo cuerpo; de todas formas, las consagraciones plasmadas en los arts. 9° de la CADH y del PIDCP –inc. 22 del art. 75 CN– le quitan entidad a la discusión.

Realizado este reducido estudio del principio de legalidad, se torna imperioso abocarse al tratamiento del principio de reserva, ya que oficia de complemento del primero, toda vez que ningún habitante de la Nación puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 C.N.). De este modo, la reserva y la legalidad brindan pábulo a la consagración de una garantía alineada con el principio republicano de gobierno, receptado en el artículo 1° de nuestra Carta Magna<sup>8</sup>.

En síntesis, para que cualquier tipo de teorización sobre el Estado de Derecho y la legalidad pueda satisfacer el propósito de racionalidad en el ejercicio del poder respecto de las libertades y bienes fundamentales –tanto a nivel individual como comunitario– y el de reaseguro frente a la arbitrariedad, debe

---

toda posibilidad de creación de delitos por parte de los tribunales, es por esto que Zaffaroni refiere la cita de Carvell y Swinfen Green (*Criminal Law and Procedure*, London, 1970) de la intervención de Lord Simonds en el momento en que defendía la aplicación retroactiva y analógica de la ley penal en el caso “Shaw”

<sup>7</sup> Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, A. y Slokar, A., “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 111-113.

<sup>8</sup> Art. 1° “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

presentar dos notas esenciales. La primera es que todo ejercicio del poder debe estar sometido a formas y procedimientos preestablecidos y reconocidos por la sociedad; la segunda implica que deben los contenidos básicos de bondad, racionalidad, justicia y bien común<sup>9</sup>.

En nuestros tiempos, el principio de legalidad penal demanda que la ley sea *escrita* –imposibilitando la aplicación de un derecho diferente al creado por el Poder Legislativo como representante del pueblo–, *estricta y cierta* –exigiendo precisión en la descripción de los tipos y excluyendo la analogía in malam partem<sup>10</sup>–, y *previa* –prohibiendo la retroactividad de las leyes que castigan conductas que se tornaron delictivas–<sup>11</sup>. Mir Puig, compartiendo lo referido, agrega que el principio de legalidad implica también una garantía criminal –que exige que el delito se halle determinado por la ley aludiendo al *nullum crimen sine lege*–, una penal –que requiere que la ley precise la pena correspondiente al ilícito–, una jurisdiccional o judicial –que supone que la existencia del delito y la imposición de la pena sean determinadas por medio de una sentencia condenatoria fruto de un procedimiento reglado– y una de ejecución –que requiere la ejecución de la pena se sujete a una ley regulativa–<sup>12</sup>.

En esta línea, la Corte IDH afirmó que la construcción de los tipos penales reclama una determinación precisa y concreta de la conducta incriminada, haciendo posible diferenciarla de comportamientos no punibles. La ambigüedad posibilita el arbitrio de la autoridad, que a la hora de establecer la responsabilidad penal del imputado, y teniendo en cuenta la gravedad

---

<sup>9</sup> Yacobucci, Guillermo, “Los Principios Fundamentales del Derecho Penal”, B de F, Montevideo, 2014, p. 369.

<sup>10</sup> Sobre la concepción de analogía in malam partem que aquí se acoge, véase Riggi, Eduardo Javier “Interpretación y Ley Penal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, Cap. II; y Yacobucci, Guillermo “La conflictiva relación entre ley penal e interpretación”, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal – nro. 1 – Noviembre 2011.

<sup>11</sup> Roxin, Claus, “Derecho Penal Parte General”, Civitas, Madrid, 1997, pp. 140-141.

<sup>12</sup> Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal Parte General”, 9° ed., B de F, Montevideo, 2015, p. 106.

de la afectación de un bien tanpreciado como la libertad, se presenta como algo indeseable.

A su vez, dejó en claro que la Convención Americana obliga a los Estados a tomar todos los recaudos necesarios a fin de que las sanciones penales se apliquen –una vez verificada la existencia efectiva del ilícito– con respeto absoluto a los derechos básicos de los seres humanos.

Por ello, el juez penal debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por la ley penal, evitando así incurrir en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico<sup>13</sup>.

De las exigencias de *stricta, scripta, certa y praevia*, corresponde abordar el análisis de la última a los fines de la investigación afrontada.

## ***II.2. Ley previa e irretroactividad de la ley penal - la excepción de la ley penal más benigna (art. 2 CP)***

A fin de resaltar lo imprescindible que es prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal, Roxin plantea que cualquier legislador, deseoso de atenuar situaciones de tensión derivadas de hechos escandalosos, puede caer en la tentación de crear previsiones de pena. Si se pretende defender un Estado de Derecho, se torna obligatorio vedar tal posibilidad<sup>14</sup>.

De este modo, se tiende a impedir que alguien sea penado por un hecho que, al tiempo de su comisión, no estaba tipificado como delito o no era perseguible; o, en su defecto, que de haber sido típica la conducta desplegada por el sujeto, se le aplique una pena más gravosa que la prevista por la ley penal en el momento de la comisión del hecho<sup>15</sup>.

La Corte IDH tiene dicho que:

<sup>13</sup> Sentencias de los casos “García de Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, párrs. 188/190; “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, párr. 90; “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, párr. 125; y “De la Cruz Flores vs. Perú”, párr. 79.

<sup>14</sup> Cfr. Roxin, op. cit., p. 161

<sup>15</sup> Cfr. Zaffaroni, op. cit., p. 120.

En aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva<sup>16</sup>.

Y que:

De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido<sup>17</sup>.

Tal como se evidencia, la actividad penal del Estado se encuentra supeditada a la existencia de una ley previa a los hechos que se pretenden castigar; no siendo la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo que sea más benigna<sup>18</sup>. De este

<sup>16</sup> “De la Cruz Flores vs. Perú”, párr. 104; “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, párr. 106; e, inter alia, Eur. Court H.R. Ezelin judgment of 26 April 1991, Series A no. 202, para. 45; y Eur. Court H.R. Müller and Others judgment of 24 May 1988, Serie A no. 133, para. 29.

<sup>17</sup> “De la Cruz Flores vs. Perú”, párr. 105.

<sup>18</sup> El art. 2 del Código Penal argentino nos dice que “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”.



modo, la irretroactividad de la ley se vuelve relativa: si bien la ley penal a aplicar será la del momento del hecho –*tempus regit actum*–, dicha máxima se ve excepcionada cuando una nueva ley, resulta más benigna para el imputado<sup>19</sup>.

Por su parte, Soler sostiene que el artículo 2 del Código Penal obliga a reconocer tanto la retroactividad de la nueva ley penal más benigna como la ultractividad de aquélla anterior que revista ese mismo carácter; permitiendo afirmar que lo único prohibido es la aplicación de una ley más gravosa, posterior a la comisión del hecho<sup>20</sup>.

Naturalmente surgen interrogantes sobre el alcance de los términos “ley” y “benigna”. Respecto al primero, basta con afirmar –atendiendo a los fines del presente trabajo– que se funda en la garantía de reserva de ley plasmada en el artículo 19 de nuestra Constitución. En relación al segundo de los vocablos, Yacobucci expresa que la benignidad puede radicar en la des-criminalización de la conducta; la modificación o abandono de alguno de los elementos descriptivos, valorativos, de los sujetos pasivos o activos, sin alterar el enunciado básico –que continúa revistiendo trascendencia penal–; por los institutos que reglan la capacidad de persecución estatal del injusto –*prescripción de la acción o de la pena*–; y, por último, en la mitigación de las consecuencias jurídicas del ilícito, por ejemplo, la morigeración de la intensidad de la duración de la sanción<sup>21</sup>.

---

Con la reforma constitucional de 1994 esta regla adquirió jerarquía constitucional ya que el principio se encuentra cristalizado en el art. 9 de la CADH, en el art. 15 del PIDCyP y en el art. 11 de la DUDH, que, por imperio del inciso 22 del art. 75 de nuestra Carta Fundamental, poseen alcurnia constitucional. Y es en este sentido en el que se ha expresado la CSJN en “Pelesur v. Subsecretaría de Marina Mercante” (321:3160).

<sup>19</sup> Creus da a entender que esa ley –la más benigna– es la más apropiada para la configuración social de ese momento, por lo que carecería de sentido continuar aplicando reglas cuya existencia ya no es necesaria. “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 92.

<sup>20</sup> Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, T. I, 5° edición, Tea, Buenos Aires, 1987, p. 249.

<sup>21</sup> Cfr. Yacobucci, op. cit., p. 400. El autor nos deja ver que la derogación formal de una ley no siempre determina la des-criminalización del comportamiento integrado a la misma; ya que la

La Corte IDH tiene dicho al respecto que, acatando el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe aplicar retroactivamente leyes penales que aumenten las penas, plasmen circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito<sup>22</sup>.

Cabe aclarar que tanto la doctrina<sup>23</sup> como nuestra Corte Suprema<sup>24</sup>, amparándose en el art. 2 del C.P., han descartado la posibilidad de aplicar diferentes regímenes legales de modo parcial, es decir, no puede construirse un híbrido normativo con los aspectos más benévolos de cada norma que se fue sucediendo en el tiempo.

### ***II.3. La cuestión en torno a la prescripción, fundamento y naturaleza***

Ragués, con la claridad que lo distingue, comienza su obra<sup>25</sup> con un interrogante, al preguntarse, en relación a la prescripción, cómo puede explicarse semejante distanciamiento entre los juristas y la ciudadanía, afirmando que pocas instituciones del Derecho Penal tienen peor fama que la prescripción de los delitos y de las penas, y esto se debe especialmente a que ésta es percibida como un artilugio vil o una artimaña espuria que les permite a los imputados –contra los que quizás existe cantidad de elementos cargosos–, eludir el accionar de la justicia, imposibilitando la aplicación del castigo estatal<sup>26</sup>.

---

nueva ley puede mantener incólume el contenido del injusto asumido por el enunciado original. Ver al respecto CNCP, Sala II, “Villarroel, Víctor Fernando y otro s/recurso de revisión”, registro nro. 13274 del 2/10/2008.

<sup>22</sup> “De la Cruz Flores vs. Perú”, párr. 105.

<sup>23</sup> Rubianes, Carlos J., “El Código Penal y su interpretación jurisprudencial”, T. I, 2° ed., Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 7; Yacobucci, op. cit., p. 399; Creus, op. cit., pp. 97-99; etc.

<sup>24</sup> CSJN 329:5323, 310:267 y 136:2000 entre otros.

<sup>25</sup> Ragués I Vallés, Ramón, “La prescripción penal. Fundamento y Aplicación” 1° ed., Atelier, 2004, p. 15.

<sup>26</sup> El art. 62 de nuestro Código de fondo establece que la acción penal prescribirá a los quince años cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

El fin de la presente exposición no reside en analizar los fundamentos ni la naturaleza de la prescripción<sup>27</sup>, ni mucho menos en polemizar al respecto; por lo que bastará con remarcar que el actual sistema prescriptivo se caracteriza por tener como puntal principal a la ausencia de necesidad de pena –se habló también de ausencia de voluntad persecutoria oficial<sup>28</sup>, de dificultades probatorias que se agudizan de la mano del paso del tiempo y de la razonabilidad del plazo para ser juzgado<sup>29</sup>– y, este proceso para determinar tal necesidad, se lleva a cabo en dos momentos. En el primero se analiza, en relación al hecho concreto, si la imposición de la pena reviste cierta utilidad para el mantenimiento del orden social<sup>30</sup>. Nuestra CSJN se expresó en este sentido en el caso “Corradino”<sup>31</sup>, al manifestar que el

---

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; a los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal y a los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

<sup>27</sup> Al respecto ver Righi, Esteban, “Derecho Penal Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 484-488.

<sup>28</sup> Cfr. Nuñez, op. cit., p. 171. RIGHI, op. cit., p. 488, niega tal desaparición de voluntad persecutoria ya que el Estado, apoyándose en las teorías absolutas de la pena, debe reaccionar en forma automática –al menos ante la comisión de un delito de acción pública–. En todo caso, alcanzado el plazo prescriptivo de la acción penal de un delito determinado, estaremos frente a un certificado de ineficacia estatal o habilidad del imputado para eludir a la justicia, no ante una ausencia de voluntad estatal.

<sup>29</sup> Cfr. Pastor, Daniel R., “Prescripción de la persecución penal y código procesal penal”, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 38-53. Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, A. y Slokar, A., “Derecho Penal Parte General”, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 899-902; sostienen que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable –arts. 7 inc. 5° y 8 inc. 1° CADH y art. 14 inc. 1 PIDCyP– tiene al instituto de la prescripción como guardián principal.

Además de haber sido cobijado –con antelación a la reforma de 1994– en el derecho de defensa en juicio y el respeto a la dignidad humana por la CSJN en 272:188; 307:57 y 300:1102.

<sup>30</sup> Cfr. Ragués I Vallés, op. cit., p. 67; Nuñez, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, t. II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, p. 168; Carrara, Francesco, “Programa de Derecho Criminal. Parte General”, vol. I, reimpresión inalterada, Temis, Bogotá, 1977, p. 378.

<sup>31</sup> CSJN 292:103

instituto de la prescripción implica un límite temporal al poder penal estatal fundado en el olvido y perdón acaecido por el transcurso del tiempo<sup>32</sup>. En el segundo, se debe examinar la necesidad de pena, merituando que para garantizar el orden social, no es indispensable castigar a todos los hechos antinormativos. En esta línea, Ragués afirma que:

Partiendo de esta premisa, el Estado puede renunciar a la persecución de ciertas infracciones, siempre que tal renuncia no se lleve a cabo de forma arbitraria. Los plazos vigentes de prescripción son un criterio de selección especialmente idóneo, pues permiten excluir de la persecución penal casos cuya resolución, por diversos motivos, se ha mostrado como especialmente difícil y hacerlo, además, en la certeza de que tal renuncia a la persecución no afectará negativamente a la función del Derecho penal, pues ésta ya se cumple sancionando otras infracciones cuya persecución y castigo resultan más sencillos dentro de un plazo razonable (Ragués I Vallés, 2004: 67).

No es posible analizar la irretroactividad de las leyes penales desfavorables sin tener presente la idea de seguridad jurídica. Al impedirse la aplicación retroactiva de una ley penal desfavorable, no se está trazando como objetivo que los ciudadanos “conozcan” el derecho, sino, justamente, que no sea imposible que lo hagan; es decir, que no les esté vedada la posibilidad de conocerlo. Contando con esa chance, el ciudadano puede acceder al mensaje normativo y prever la valoración jurídico-penal que el Estado hará de sus actos. De aquí, lo ilógico de afirmar que el manto desplegado por el principio de legalidad no alcance a las modificaciones perjudiciales en materia de prescripción<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> En contra, RIGHI, op. cit., pág 485. Jescheck, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, 4º ed., Comares, Granada, 1993, p. 822 remarca que el paso del tiempo hace desaparecer paulatinamente la necesidad de la pena también desde la perspectiva de la retribución.

<sup>33</sup> En esta línea se expresó nuestro Máximo Tribunal en “Mirás” al expresar que la prescripción cabe sin dudas en el concepto de ‘ley penal’, ya que ésta comprende el precepto,

Cabe remarcar que si bien Roxin avala que el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y en qué medida, niega que el sentido del principio de legalidad sea el de informarle por cuánto tiempo tendrá que evadirse del accionar de la justicia<sup>34</sup>. Sin dejar de reconocer la singularidad que caracteriza al autor, resulta más lógico que a la hora de evaluar los riesgos penales de una posible actuación delictiva, el sujeto cuente con los datos necesarios para saber durante cuánto tiempo el Estado estará habilitado para ir tras él<sup>35</sup>.

Abandonando el campo del “fundamento” de la prescripción, es necesario recalcar que también se disputa su naturaleza, esto es, si tiene una esencia procesal –en este sentido, Cerezo Mir sostiene que la prescripción presenta un vínculo indisoluble con la posibilidad de materializar el Derecho penal<sup>36</sup>; es decir, que se requiere que la acción no se haya extinguido–, o una penal –Mir Puig entiende que la prescripción barre con la responsabilidad penal del imputado y aclara que las modificaciones legislativas de los plazos de prescripción serán irretroactivas de ser perjudiciales para él y retroactivas de ser beneficiosas<sup>37</sup>–.

Para la Corte Suprema, las normas de naturaleza procesal son de aplicación inmediata a los procesos en curso, sin importar si perjudican al imputado<sup>38</sup>, por lo cual el principio de ley penal más benigna se vería limitado a las normas de fondo<sup>39</sup>. Las normas de forma se rigen por otros principios de los que deriva

---

la sanción, la noción del delito, la culpabilidad, y todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva (CSJN 287:76).

<sup>34</sup> Cfr. Roxin, *op. cit.*, p. 165.

<sup>35</sup> Se percibe algún tipo de contradicción en Roxin: no se opone a que las ampliaciones en los plazos de prescripción se apliquen a delitos cometidos antes de su entrada en vigencia cuando aún no prescribieron, pero rechaza que las ampliaciones se apliquen a delitos prescriptos, cometidos antes de su entrada en vigor.

<sup>36</sup> Cfr. Cerezo Mir, José, “Curso de Derecho penal español. Parte general”, 6° ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 223 y ss.

<sup>37</sup> Mir Puig, *op. cit.*, pp. 773 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. CSJN 312:251; 310:2845; 319:1675, entre muchos otros.

<sup>39</sup> Cfr. CSJN 220:1250.

que su aplicación será inmediata –salvo indicación expresa de la nueva ley o si dicha aplicación afecta la validez de los actos procesales cumplidos y firmes de acuerdo con la legislación derogada–. Además, las normas procesales posteriores no influyen en la tipicidad de la conducta ni en la pena a aplicar<sup>40</sup>.

Como se ve, adoptar una de estas posturas tiene consecuencias sumamente significativas. Hoy en día, existen muchísimos penalistas que aun creen que la solución al problema de determinar si la prohibición de aplicar leyes desfavorables *ex post facto* comprende a las disposiciones relativas a la prescripción o no, se encuentra supeditada a la naturaleza del instituto.

En este paradigma, si se concibe a la prescripción como un instituto penal, forzosamente habrá que afirmar que será alcanzada por la aplicación retroactiva de leyes perjudiciales. De entenderla como de naturaleza adjetiva, la respuesta será adversa<sup>41</sup>.

De todas formas, lo cierto es que desde una perspectiva superadora que conciba al Derecho Penal sustantivo y al Procesal Penal como piezas de una única estructura, y conjugadas con la política criminal, la discusión deviene improductiva.

No resulta sincera la desfragmentación del ejercicio del poder punitivo en dos ámbitos disímiles e inconexos –Derecho Penal y Procesal Penal–, menos si se tiene presente que las normas relativas a la prescripción contienen regulaciones que tienen por efecto impedir la punibilidad de un hecho.

De este modo, para brindar una solución al dilema, lo determinante no radicaría en especificar la naturaleza jurídica de la prescripción, sino en precisar el alcance del principio de legalidad<sup>42</sup>, lo que consistiría básicamente en decidir si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos

---

<sup>40</sup> Cfr. CSJN 311:2473

<sup>41</sup> Al respecto ver Righi, Esteban, “Los límites de la persecución penal y la tutela de derechos fundamentales”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, nro. 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 198; remarcando que el autor adhiere a la postura que considera que la prescripción es un presupuesto del proceso y, por lo tanto, de naturaleza adjetiva.

<sup>42</sup> Cfr. Ragués I Vallés op. cit., p. 89.

acontecidos con antelación a su entrada en vigencia, transgrede o no el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. De corroborarse tal cercenamiento, la aplicación de la norma debe estar vedada y viceversa<sup>43</sup>.

### III. Régimen prescriptivo de los delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad

Como se señaló anteriormente, el 7 de septiembre de 2011 se sancionó la ley 26.705<sup>44</sup>, que reformó el artículo 63 del Código Penal al modificar el cómputo de prescripción para los delitos contenidos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 –in fine– y 130 –párrafos segundo y tercero– del Código Penal –delitos contra la integridad sexual– en los casos en los que la víctima fuera menor de edad al momento de la comisión del hecho.

De este modo, a decir de Guillermo Oliver Calderón, se “congela”<sup>45</sup> el punto de inicio del plazo prescriptivo hasta llegada la medianoche del día en que la víctima alcanzare la mayoría de edad.

Aproximadamente 4 años más tarde –28 de octubre de 2015–, la sanción de la ley 27.206<sup>46</sup> suspendió el plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad hasta que éstas, habiendo cumplido la mayoría de edad, formulen por sí la denuncia o ratifiquen la formulada por sus representantes legales durante su minoridad.

<sup>43</sup> Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, t. II, Parte General. Sujetos procesales, 1° ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 81. En contra –expidiéndose a favor de la posibilidad de aplicar en forma retroactiva normas penales más gravosas de prescripción–, Stratenwerth, Günter, “Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible”, 4° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pp. 85-87

<sup>44</sup> B.O. 05/10/2011.

<sup>45</sup> Oliver Calderón, Guillermo “La aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (2° Semestre de 2007) pp. 257-266.

<sup>46</sup> B.O. 11/11/2015.

### ***III.1. Aplicación retroactiva en base a las obligaciones asumidas por el Estado en el ámbito internacional y sus implicancias***

Hace ya más de una década que Guillermo Jacobucci, al analizar el caso “Bulacio”<sup>47</sup>, hablaba de una “nueva legalidad penal”<sup>48</sup>, afirmando una degradación de la concepción positivista y formal del principio, que resucitaba con una orientación material, abarcando áreas de bienes macrosociales con fuertes tintes de realización de objetivos económicos, éticos y culturales. Especialmente desde “Priebke”<sup>49</sup>, que ofició como puntapié inicial de una sucesión de piezas jurisprudenciales en las que, invocando tratados o convenciones internacionales –y el derecho internacional consuetudinario que ya contenía el principio de imprescriptibilidad antes de que fuera enunciado por diversos instrumentos internacionales–, nuestro Máximo Tribunal enmendó –o así al menos lo entiende un importante sector de la doctrina nacional– ciertas deficiencias en la ley penal que se encontraba vigente en el momento de comisión de los hechos juzgados, flexibilizando el régimen de prescripción de la acción penal a fin de no generar responsabilidad internacional del Estado argentino<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> CSJN “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal” (23/12/2004).

<sup>48</sup> YACOBUCCI, Guillermo, “Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo ‘Espósito’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en LA LEY, 2005-C, 1.

<sup>49</sup> CSJN 318:373. La mayoría del Tribunal entendió que el derecho de gentes –en los casos de extradición– es de aplicación obligatoria en los supuestos de crímenes de guerra y lesa humanidad, ya que la legislación vigente en la materia, la costumbre internacional y los principios generales del derecho forman parte del derecho interno argentino. En esta línea, los hechos imputados a Priebke debían ser considerados delitos sancionados por el derecho internacional general y, siendo que la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el artículo 118 de nuestra Carta Magna, correspondía a los efectos de la extradición, otorgarles ese carácter ilícito.

<sup>50</sup> Si bien la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” –incorporada a nuestro ordenamiento, con jerarquía constitucional–, y la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” –que reviste la misma jerarquía y alberga también la imprescriptibilidad para la especie de



Este fenómeno de “legalidad especial” parece haber arribado al ámbito de los delitos contra la integridad sexual de menores de edad. Ahora bien en un Estado de Derecho y a la luz del principio de legalidad ¿puede tolerarse la aplicación del régimen prescriptivo impuesto por la ley 27.206 a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia? De ningún modo.

Ya fue abordado el caso “Mirás”<sup>51</sup>, donde la Corte Suprema sostuvo que el instituto de la prescripción de la acción penal está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado.

Por lo tanto, dejando de lado la inútil discusión de “normas penales vs. normas procesales”, y en virtud de los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna, cualquier modificación de los plazos de prescripción sólo se aplicará retroactivamente en los casos en que beneficie al imputado.

Sin embargo, perdiendo esto de vista, algunos magistrados entienden que determinadas conductas llevadas a cabo con anterioridad a la sanción de las leyes 26.705 y 27.206 pueden ser alcanzadas por éstas, ya que en el momento del hecho se encontraban vigentes importantes compromisos internacionales como la “Convención de Belém do Pará”<sup>52</sup> o la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>53</sup>.

Desde esta lógica, algunos juzgadores afirman que declarar prescripta la acción penal sin aplicar retroactivamente las leyes

---

crímenes que regula— fueron incorporadas con posterioridad a la violación sistemática y constante de derechos que presentaron los gobiernos dictatoriales en nuestro país —esp. el último—; la CSJN en “Priebke”, “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”, dio claras muestras de que el principio de legalidad no regía con el mismo alcance para los crímenes de lesa humanidad que para los delitos comunes.

<sup>51</sup> CSJN 287:76

<sup>52</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, Ley 24.632, B.O. 9/4/2016.

<sup>53</sup> Ley 23.849, B.O. 22/10/1990.

referidas originaría responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones asumidas en el plano internacional<sup>54</sup>.

Sin embargo, el análisis realizado en el punto II debe conducir forzosamente al rechazo de este tipo de razonamientos. La aplicación retroactiva de la ley 26.705 viola el principio de legalidad amparado por nuestra Constitución, el que a su vez se encuentra plasmado en los arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a los que remite la norma del art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, que expresan con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna.

La única excepción existente para conceder el efecto retroactivo de la ley penal es, como se dijo, una mayor benignidad. Por eso, la ampliación de los plazos prescriptivos de los delitos contra la integridad sexual en casos de víctimas menores de edad y cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de las leyes 26.707 y 27.206 otorga efectos retroactivos a una ley que resulta más gravosa para el imputado, transgrediendo así el principio bajo análisis.

La Corte tiene dicho que, en virtud de este principio, debe ser aplicada toda legislación que, con posterioridad a la comisión del delito, disponga la imposición de una pena más leve<sup>55</sup>, y que las leyes ex post facto que empeoren las condiciones de los infractores transgreden el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal, en cuyo concepto se incluye el instituto de la prescripción<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Ver al respecto CNCrim. y Correc., Sala IV, "inc. de prescripción de la acción penal de S.A.J.H." del 9/4/2013; CNCrim. y Correc., Sala V, "A.J. s/prescripción de la acción penal" del 17/3/2015; CNCrim. y Correc., Sala IV "C., C. A. s/sobreseimiento por prescripción" del 20/2/2015; Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal –La Plata– "Elizalde Carlos Daniel s/incidente de apelación" del 17/10/2017; etc.

<sup>55</sup> CSJN 330:5158

<sup>56</sup> CSJN 294:68

Al parecer, el derecho penal sí deambula entre períodos liberales y autoritarios<sup>57</sup>, y en el actual se ha izado la bandera de la tutela judicial efectiva, perdiendo de vista el sentido y el alcance de las garantías y abandonándose la idea de que los derechos fundamentales fueron concebidos para repeler una aplicación abusiva y desmedida del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación<sup>58</sup>.

El iluminismo demandaba que las leyes penales determinaran el comportamiento prohibido con una claridad y precisión que permitiera la orientación *ex ante* de la conducta de los ciudadanos, lo que brindaba seguridad jurídica para la sociedad. Sin embargo, en las últimas décadas, con el reconocimiento de la inevitable vaguedad del lenguaje, esta idea de seguridad se muestra desgastada, toda vez que la protección no vendría dada por la ley penal en sí misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales que, en algunos casos –como los analizados–, parecen ceder frente a un inverosímil derecho punitivo constitucional.

Los compromisos asumidos por el Estado a fin de brindar una protección especial a determinadas víctimas –mujeres o niños–, no justifica bajo ningún aspecto el quebrantamiento del principio de legalidad.

#### IV. Reflexiones finales

Al comienzo de esta exposición, se planteó que su objetivo radicaba en analizar la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206 a hechos suscitados previo a su entrada en vigencia, evidenciando uno de los tantos certificados de la transmutación de la filosofía penal de los derechos humanos, que ya, lejos de ser el baluarte del repudio a la aplicación abusiva y desmedida

---

<sup>57</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., "El derecho penal liberal y sus enemigos, manuscrito de su intervención con motivo de recibir el título de doctor honoris causae de la Universidad de Castilla-La Mancha", Toledo, 2004.

<sup>58</sup> Pastor, Daniel R., "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", Ed. NDP, 2005/A, pp. 77-79.

del derecho penal, constituye en la actualidad uno de los argumentos más fuertes del neopunitivismo.

Se demostró la necesidad de prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal, a fin de evitar que cualquier legislador con intenciones de atenuar situaciones de tensión derivadas de hechos tachados como desagradables por la sociedad, pueda caer en la tentación de crear previsiones de pena, lo que no se correspondería con un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

La determinación de la naturaleza de la prescripción –sustantiva o adjetiva– no es determinante para solucionar el problema de si la prohibición de aplicar leyes desfavorables *ex post facto* alcanza a las disposiciones referentes al instituto, sino que, aglomerando al Derecho Penal sustantivo y al Procesal Penal como piezas de una única estructura, lo más lógico resulta precisar si la seguridad jurídica se ve o no vulnerada. Es decir, determinar el alcance del principio de legalidad, lo que consiste básicamente en decidir si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos acontecidos con antelación a su entrada en vigencia transgrede o no el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. La respuesta es evidente.

Con la aplicación retroactiva y desfavorable de las leyes mencionadas a hechos previos a su entrada en vigencia, no quedan dudas sobre la existencia de la transgresión. La aplicación retroactiva de estas leyes viola el principio de legalidad amparado por nuestra Constitución, que a su vez se encuentra plasmado en diferentes instrumentos internacionales, que expresan con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna.

No quedan dudas de las aristas autoritarias que plantea el modelo de Derecho Penal actual, la tutela judicial efectiva está desplazando a la idea de que los derechos fundamentales fueron concebidos a fin de repeler una aplicación abusiva y desmedida del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación.

## V. Bibliografía

- Cerezo Mir, José (2004). “Curso de Derecho penal español. Parte general”, 6° ed., Tecnos, Madrid.
- Creus, Carlos (1988) “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Habermas, Jurgen (1998) “Facticidad y Validez”, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- Jescheck, Hans H. y Weigen, Thomas (2002) “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Comares, Granada, 5° Ed.
- Kant, Immanuel (2005) “Introducción a la Teoría del Derecho”, pp. 70/80 en particular, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- Lagaz y Lacambra, Luis (1971) “Filosofía del Derecho”, Bosch, Barcelona.
- Maier, Julio B. J. (2003) “Derecho Procesal Penal”, t. II, Parte General. Sujetos procesales, 1° ed., Del Puerto, Buenos Aires.
- Mir Puig, Santiago (2015) “Derecho Penal Parte General”, 9° ed., B de F, Montevideo.
- Pastor, Daniel R. (2005) “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, Ed. NDP.
- Ragués I Vallés, Ramón (2004) “La prescripción penal. Fundamento y Aplicación” 1° ed., Atelier.
- Righi, Esteban (2006) “Derecho Penal Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Rubianes, Carlos J. (1989) “El Código Penal y su interpretación jurisprudencial”, T. I, 2° ed., Depalma, Buenos Aires.
- Roxin, Claus (1997) “Derecho Penal Parte General”, Civitas, Madrid.
- Soler, Sebastián (1987) “Derecho Penal Argentino”, T. I, 5° edición, Tea, Buenos Aires.
- Yacobucci, Guillermo (2014) “Los Principios Fundamentales del Derecho Penal”, B de F, Montevideo.
- (2005) “Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo ‘Espósito’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en LA LEY, 2005-C, 1.

Zaffaroni, Eugenio R. (2004) “El derecho penal liberal y sus enemigos, manuscrito de su intervención con motivo de recibir el título de doctor honoris causae de la Universidad de Castilla-La Mancha”, Toledo.

Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002) “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Buenos Aires.