

# El principio de legalidad y el instituto de la prescripción.

## Reflexiones a propósito del fallo “E.J.G.O.”

Tomás Horacio Charni<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- El caso; III.- Ley aplicable; IV.- ¿Que entendemos por principio de legalidad?; V.- La prohibición de retroactividad y la prescripción; VI. - La retroactividad favorable al reo; VII.- Una posición intermedia; VIII.- Reflexiones finales.

**RESUMEN:** A partir de un fallo jurisprudencial se analiza el alcance del principio de legalidad y el instituto de la prescripción en el marco de una causa de abuso sexual.

**PALABRAS CLAVE:** Abuso sexual – Principio de legalidad – Prescripción

### I.- Introducción

El principio de legalidad supone la materialización del postulado “*no hay delito ni pena sin ley*”. Representa el primer límite al empleo de la potestad punitiva estatal para que el ciudadano no resulte desprotegido y a merced de intervenciones arbitrarias o excesivas por parte de los poderes públicos.

Surge de la Constitución Nacional (artículos 18 y 19) y de los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Así, con total

---

<sup>1</sup> Tomás Horacio Charni; Prosecretario Letrado del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial De la Nación, Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral

precisión, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos -en adelante CADH- señala que *“nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”* y que *“tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”*. En igual sentido es receptado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos<sup>2</sup>.

Por su parte, el mencionado artículo 18 de la Carta Magna estipula que solo una ley puede fundar el reproche penal y que, para poder hacerlo, ella debe ser anterior al hecho, mientras que del artículo 19 se desprende que los derechos y obligaciones de los habitantes de la Nación, así como las penas, responden únicamente a lo estipulado por una ley.

El presente artículo tiene por objeto profundizar en el estudio del principio de legalidad a partir del análisis de lo resuelto en mayo de 2023 por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional<sup>3</sup> en un caso donde el fondo de la cuestión fue dirimido a partir de los derivados de aquel en el marco de un incidente de prescripción. La importancia de profundizar sobre este pilar del derecho penal radica en comprender la razón de sus consecuencias prácticas, en oportunidades contrarias a la opinión pública, aunque respetuosas de los fundamentos que inspiran este principio.

En este sentido, en una primera instancia se presentará el caso en cuestión junto con la descripción de la ley aplicable, para luego dar lugar a un análisis del contenido que engloba el principio de legalidad y sus derivaciones, con especial atención al impacto que tiene en el instituto de la prescripción. Finalmente, aportaremos un conjunto de reflexiones sobre el caso traído a estudio con el objeto de aportar diversos argumentos en la discusión que se plantea.

---

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

3 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, causa G.M.D.S. c. E.J.G.O. s/ legajo de casación, resuelta en fecha 18/5/2023, publicado en RDP 2023-8, 130, cita: TR LALEY AR/JUR/60709/2023.

## **II.- El caso**

a) El 18 de mayo de 2023, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional rechazó un recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, confirmó una resolución adoptada meses antes por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que había dispuesto la prescripción de una acción penal respecto de los hechos por los cuales fuera indagado E.J.G.O.

De la lectura de la resolución se desprende que el 10 de febrero de 2022, D.G.O. se presentó ante la Oficina de Violencia Doméstica para denunciar haber sido víctima de abuso sexual. En particular se hacía referencia a un primer hecho sostenido ocurrido entre el 25 de octubre de 1999 y el 25 de octubre de 2001; y un segundo hecho ocurrido en el año 2004.

A raíz de la denuncia, el 27 de mayo de 2022, E.J.G.O. fue indagado por los hechos calificados como abuso sexual reiterado en dos oportunidades –en concurso real entre sí. Ambos hechos agravados por ser el acusado un ascendiente, por ser la víctima una persona menor de dieciocho años y por haberse aprovechado el acusado de la situación de convivencia preexistente. Todo esto, encuadrado en el art. 119, primer y último párrafo, en función de los incisos “b” y “f” del Código Penal.

En el marco del incidente de prescripción, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dispuso declarar extinguida la acción penal por prescripción y, de este modo, sobreseer al imputado.

La resolución del sobreseimiento se fundamentó en que los hechos denunciados habrían ocurrido entre los años 1999-2000 y en 2004 y en que más allá de desconocerse las fechas exactas de su comisión, igualmente si se tuviese en cuenta el tiempo transcurrido desde ese umbral temporal y el primer acto interruptivo, la acción se encontraba prescripta.

Por otro lado, la resolución aclaró que, sin perjuicio de la calificación legal que pudiera aplicarse al caso, el tiempo transcurrido superaba holgadamente el plazo máximo de prescripción –doce años– entre la comisión del último hecho denunciado en 2004 y la declaración indagatoria del imputado el 27 de mayo de 2022.

En ese sentido, se menciona que al momento de la presunta comisión de los hechos aún no habían sido sancionadas las leyes 26.705 y 27.206 modificatorias del

art. 67 del Código Penal que cambian la forma de computar el plazo de prescripción en casos de delitos contra la integridad sexual.

En esa inteligencia, la resolución reseñó el contenido del artículo 18 de la Constitución Nacional y los alcances del principio de legalidad y de prohibición de la retroactividad de la ley penal. Esto fue desarrollado a través de citas doctrinarias y referencias jurisprudenciales y abordando además la cuestión relativa a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, pero descartándose su aplicación al caso en concreto.

La resolución sostiene que las leyes 26.705 y 27.206 no podrían aplicarse en el caso dado que su utilización como marco argumental empeoraba “considerablemente” la situación procesal de E.J.G.O poniendo en peligro la tutela judicial efectiva que el Estado debe garantizar –según surge del art. 25 de la CADH– y las garantías judiciales que protegen a los individuos –también contenidas en instrumentos internacionales–.

En la resolución se declara que conforme establece el art. 62 inc. 2º del Código Penal y debido a los tipos penales involucrados (según art. 119, primer y último párrafo, en función de los incisos “b” y “f” del código de fondo) se concluyó que la acción penal se encontraba extinguida por prescripción al haber transcurrido el plazo máximo de doce años desde la comisión de los hechos, y, en consecuencia, se dispuso el sobreseimiento del imputado.

II. Por su parte, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, confirmó la decisión recurrida al concordar con la interpretación que se había realizado con respecto a las normas legales, constitucionales y convencionales que rigen en materia de irretroactividad de la ley penal.

Es necesario destacar que el artículo 62 del Código Penal, de acuerdo con la redacción vigente al momento de los hechos, establecía que *“La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: (...) 2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada por 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”*.

Así, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal argumentó que los hechos denunciados habrían tenido lugar entre los años 1999-2001 y 2004 y que las reformas legislativas posteriores en materia de suspensión del curso de la prescripción para delitos contra la integridad sexual –operadas con posterioridad a

la fecha de los hechos— constituyen una ley penal más gravosa que la vigente al momento en que los hechos habrían ocurrido.

En este sentido, desde el año 2004 —momento en que habría ocurrido el último de los hechos de los que habría sido víctima la denunciante— al 27 de mayo de 2022, cuando el imputado prestó declaración indagatoria, quedó agotado el plazo de doce años conforme lo establecido por los artículos 59, inciso 3 y 62 inciso 2 del Código Penal de acuerdo con la calificación provisoriamente asignada a los sucesos.

Así, los magistrados Horacio L. Días y Daniel E. Morin sostuvieron que la solución del caso no puede ser otra que la adoptada en la instancia previa, en consonancia con las garantías del debido proceso y defensa en juicio y, en particular, del *principio de legalidad* consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y las normas convencionales previamente citadas.

Por otra parte, un tercer magistrado, el doctor Eugenio C. Sarrabayrouse, sostuvo que el caso presentó un conflicto entre el principio de legalidad (en cuanto establece la irretroactividad de la ley penal) y la dignidad de la mujer menor de edad, en el sentido de garantizar la persecución de hechos que estarían enmarcados por la violencia de género y el abuso infantil. Sostuvo que la modificación posterior de las leyes penales vigentes al momento del hecho se encuentra alcanzada por la prohibición de aplicación retroactiva, derivado del principio de legalidad.

Mencionó que, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta garantía “...comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor—leyes *ex post facto* que impliquen empeorar las condiciones de los encausados—”, sumado a que “...el 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”<sup>4</sup>. En este aspecto, resaltó que nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros sistemas, como por ejemplo el alemán, siempre ha considerado a la prescripción de la acción como integrante del principio de legalidad y del derecho material.

En cuanto a la compatibilidad de las convenciones internacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y mujeres, y el régimen de la prescripción de la acción penal, el magistrado mencionó que lo decisivo para resolver este tipo de casos es determinar si el hecho atribuido al acusado podía ser subsumido en las categorías de “delito de lesa humanidad” o “graves violaciones de derechos

---

4 CSJN, Fallos: 287:76.

humanos”, pues a partir de la interpretación de los artículos 1, 8, y 25 de la CADH realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, el Estado argentino no puede dejar de perseguir penalmente ese tipo de ilícitos con base en la aplicación de un instituto de derecho interno como la prescripción de la acción penal.

En el mismo sentido destacó que debía repararse en que “...*la característica fundamental que distingue a la categoría de ‘graves violaciones de derechos humanos’ (...) son casos en los que se trataba de reclamos de víctimas de delitos de lesa humanidad o, cuanto menos, de graves violaciones a los derechos humanos fundamentales, cometidos desde el poder del Estado o al amparo de éste*”.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien “...*toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, porque implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas [...], ello no debe confundirse con lo que el tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como ‘violaciones graves a los derechos humanos’, las cuales, tienen una connotación y consecuencias propias*”<sup>5</sup>.

Más allá de los conflictos generados por el caso, y de conformidad con sus colegas, el magistrado concluyó que los hechos atribuidos a E.J.G.O. con independencia de su gravedad, no reunían las características que, de acuerdo con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permitirían incluirlos en la categoría de “graves violaciones de derechos humanos”.

### III.- Ley aplicable

En el caso bajo análisis se planteó un supuesto de sucesión de leyes penales frente al caso de la prescripción de la acción penal. El interrogante que se presenta es el siguiente: ¿Con qué ley debe juzgarse un hecho?, ¿con aquella que rige cuando se comete el hecho?, ¿con la que rige cuando se dicta una sentencia o mientras se cumple pena?, o ¿con una ley intermedia?

En efecto, en el transcurso del caso bajo análisis se sancionaron, en los años 2011 y 2015 respectivamente, las leyes 26.705 y 27.206 que, por supuesto, no estaban

---

5 Corte IDH, causa “Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”, sentencia del 3 de septiembre de 2012, considerando 282, reiterado en “Suárez Peralta vs. Ecuador”, sentencia de 21 de mayo de 2013, considerando 174.

vigentes al momento de comisión de los hechos juzgados. La primera de ellas se publicó en el Boletín Oficial el 5 de octubre de 2011 y modificó el art. 63 del Código Penal, al establecer que en los delitos previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 *in fine*, 130, segundo y tercer párrafos del Código Penal cuando la víctima fuere menor de edad “...la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad...”.

En el caso de la ley 27.206, vigente a partir del 10 de noviembre de 2015, modificó el art. 67 del Código Penal y estableció para esos mismos delitos que la prescripción de la acción penal se suspende 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...”.

Al respecto, la jurisprudencia ha indicado que “la reforma introducida por la ley 27.206 de los arts. 63 y 67 del Código Penal, es la culminación de un proceso iniciado con la denominada ‘Ley Piazzola’, cuya característica principal es la ampliación de los plazos para contar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos. De algún modo, se trata de un presupuesto procesal (pero establecido a favor de quien se presenta como víctima) cuya ausencia (en el caso, la ratificación o denuncia una vez cumplida la mayoría de edad) determina la constitución de un obstáculo procesal, el cual hasta que no sea removido impide la continuación válida del proceso. Asimismo, de la interpretación de la regla en cuestión y del debate parlamentario surge que el legislador claramente quiso que el plazo de la prescripción comenzara a correr desde el momento de la ratificación por parte de la persona menor de edad al momento de los hechos. Si bien esta regulación torna esta clase de delitos prácticamente imprescriptibles, su aplicación deberá conciliarse, en cada caso particular con los derechos y garantías de la persona imputada”<sup>6</sup>.

Ahora bien, ante el fenómeno jurídico de la sucesión de leyes penales, Soler explica que esta sucesión puede hacer entrar en conflicto una serie de principios cuyo predominio, según el punto de vista en que nos coloquemos, determina, en el juego de las doctrinas, muy diversas conclusiones. Los principios básicos que en este tópico entran en juego son el de reserva de la ley penal, por una parte; el de defensa social, por otra; el de cosa juzgada, y el que podríamos llamar de la mínima suficiencia de la represión<sup>7</sup>.

---

6 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, causa n° 15.509/17, Registro 1491/2022, resuelta el 21/09/2022, voto del juez Eugenio C. Sarraibayrouse, (publicado en el sitio web del Centro de Información Judicial).

7 SOLER, Sebastián, *Tratado de derecho penal. Parte general*, tomo uno, sexta edición, Astrea, Buenos Aires, 2022, p. 226.

Tal como se describió en el apartado anterior, el tribunal casatorio optó por resolver la cuestión conforme a uno de los derivados del principio de legalidad según el cual las leyes rigen para el futuro, conforme lo estipulado por el artículo 18 de nuestra Carta Magna en cuanto a que nadie “*puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

En los siguientes apartados nos detendremos y adentraremos en este punto realizando una revisión del principio de legalidad, analizando sus fundamentos, consecuencias y excepciones. Con ello intentaremos aportar argumentos dogmáticos que nutran la comprensión de la solución arribada.

#### IV.- ¿Que entendemos por principio de legalidad?

El principio de legalidad, “(...) *significa que la utilización precisa y cierta de la norma penal al caso dado, descarta cualquier tipo de interpretación basado en la costumbre, en el derecho de los jueces y en la analogía con otras leyes. Esto implica que la única fuente del Derecho Penal es la ley dictada por el Congreso de la Nación. Carecen de legalidad las normas dictadas por el Poder Ejecutivo y las que los jueces, interpretación mediante, realicen avanzando sobre los tipos penales, creando analogía mediante conductas ilícitas que se encuentren tipificadas con anterioridad al hecho*”<sup>8</sup>.

En su aspecto formal, se expresa con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay crimen, no hay pena si no hay ley), elaborado por Feuerbach quien supone la conexión de dos premisas. Por un lado, aquella que estipula que por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley (no hay delito sin ley). Por el otro, aquella conducta –merecedora de reproche– deberá contar con una clase de pena pasible de cuantía y legalmente fijada antes del hecho (no hay pena sin ley)<sup>9</sup>.

Del principio de legalidad se derivan diversos aspectos, toda vez que puede materializarse como una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial y una garantía de ejecución.

---

8 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte general*, segunda edición actualizada, Sata Fe, Rubinzal Culzoni, 2019, ps. 227-228.

9 ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la segunda edición alemana, quinta reimpression, Madrid, Civitas, 2008, ps. 137-138.



La garantía criminal exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*). La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La garantía de la ejecución requiere que la pena se sujete a una ley que la regule. Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos<sup>10</sup>.

Nos detendremos en las dos primeras derivaciones: la criminal y la penal. Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que el artículo 18 de la Constitución Nacional exige indisolublemente la precisión, por la ley, tanto de los hechos punibles como de las penas aplicables. Tal requisito constitucional no se satisface con la existencia de una norma general previa, sino que ésta debe emanar de quien está investido del poder legislativo. En este sentido, la CSJN ha destacado que la exigencia constitucional de que la conducta y la sanción se encuentren previstas, por una ley, con anterioridad al hecho, pone en cabeza exclusiva del poder legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante la amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente<sup>11</sup>.

En este sentido, el Cívero Tribunal mencionó que para que una norma armonice con el principio de legalidad es necesario que, además de describir la conducta reprochable, establezca la naturaleza y límites de la pena, de modo tal que al momento de cometer la infracción su eventual autor esté en condiciones de representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza<sup>12</sup>.

Como se advierte, la sanción penal supone siempre y necesariamente una norma anterior al hecho, que debe cumplir con ciertos requisitos para resultar válida. Éstos pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Veamos.

Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad

---

10 *Ibid.*

11 CSJN, Fallos: 312:1920.

12 CSJN, Fallos: 315:2101.

de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena.

Por otra parte, con la exigencia de una *lex scripta* queda excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas. A su vez, no basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad. Quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como Decretos, Órdenes Municipales, etc.

El tercer requisito, de *lex stricta*, impone cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado “mandato de determinación”, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que puedan acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas. El mandato de determinación se concreta primero en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho y después, en la teoría de la determinación de la pena que obliga a un cierto legalismo que limite el necesario arbitrio judicial<sup>13</sup>.

De los requisitos mencionados se desprenden cuatro consecuencias plasmadas en forma de prohibiciones de las cuales las dos primeras se dirigen al/la magistrado/a, y las dos últimas, al/la legislador/a: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas y la prohibición de retroactividad. Nos centraremos en esta última, habida cuenta que resultó el fundamento de la sentencia bajo análisis.

## **V.- La prohibición de retroactividad y la prescripción**

Existen tres formas de retroactividad prohibidas a partir de este principio. Punir un hecho que no era punible en el momento de su comisión; introducir retroactivamente una clase de pena más grave (por ej. prisión en vez de pena de

---

13 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, novena edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, B de F, 2012, p. 107.

multa) y, por último, agravar la pena dentro de una de la misma clase (por ej. subirla de cinco a diez años de prisión).

En primer lugar, debemos señalar que en todos los casos resultará aplicable la ley vigente en el momento del hecho; esto es, al momento en el que ha actuado el autor o el partícipe, o en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado, no siendo decisivo cuando se produzca el resultado.

En el caso de los delitos permanentes puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, por ejemplo, que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso, se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho<sup>14</sup>.

Ahora bien, qué sucede con el caso de la prohibición de retroactividad y el Derecho Procesal Penal. Roxin explica que, en esta rama del derecho, en principio, no rige la prohibición de retroactividad. Con cita de diversa jurisprudencia del Tribunal Superior alemán, sostuvo el autor que *“La prohibición de leyes penales retroactivas sólo rige respecto del Derecho material (BGHSt 20, 27). Es obvio que, desde su entrada en vigor, los nuevos preceptos del Derecho procesal rigen también respecto de los procedimientos ya en curso (BGHSt 26, 289)”*. Agrega que *“debe considerarse correcta en cuanto a las normas relativas al transcurso del proceso, puesto que, conforme a su tenor literal y a su historia, el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponérseles, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal”*<sup>15</sup>.

En cambio, sostiene el autor alemán, la situación es algo distinta en el caso de condiciones o presupuestos de procedibilidad (como por ejemplo el requisito de querrela) o de impedimentos de procedibilidad (como la prescripción), que afectan a la admisibilidad del conjunto del proceso. Recordemos que *“en materia penal la prescripción determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y que, generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores”*<sup>16</sup>.

Estos supuestos se sitúan en la frontera con el derecho material, y muchos de ellos tienen su ubicación dudosa. Así la prescripción se considera por unos como

---

14 ROXIN, *op. Cit.*, p. 162.

15 *Idem.*, p. 164.

16 Corte IDH, *“Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”*, Serie C n°, 217, sentencia del 1 ° de septiembre de 2010.

institución jurídica material, por otros como procesal y por la posición dominante como institución mixta. En estos casos, menciona el citado autor alemán que la vigencia del principio de legalidad no puede depender de clasificaciones formales, sino que deberá analizarse el caso concreto. A modo de ejemplo, Roxin trae a conocimiento lo acontecido con el requisito de presencia y luego ausencia de la querrela como elemento condicionante en los delitos privados. Refiere que en tal caso (no requerir el impulso de la querrela frente a un caso que al momento del hecho era requisito obligatorio) se estará creando *a posteriori* un derecho del Estado a castigar, situación vedada por el principio.

Por las mismas razones tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos en la medida en que al producirse la prescripción, el autor del hecho queda impune y puede confiar en ello (por ejemplo, dejando de tener en su poder material de descargo). Por eso, si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior re-fundamentación de la punibilidad, contraria al fin del principio de legalidad.

En cambio, sí es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, pues en este caso no entraría en juego la idea básica del principio de legalidad: si bien todo ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y en qué medida podría llegar a serlo, no es el principio de legalidad el que decide por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho para estar a salvo de ser juzgado y condenado. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad, máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano<sup>17</sup>.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde antaño ha indicado que el principio de legalidad alcanza las cláusulas sobre la prescripción de la acción: “[El] instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ley penal desde que esta comprende no solo 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 acción penal”<sup>18</sup>. En consecuencia, “las leyes *ex post facto* que empeoren las condiciones de los infractores transgreden el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal (art. 18 Constitución Nacional), en cuyo concepto se incluye el instituto de la prescripción”<sup>19</sup>.

---

17 ROXIN, *op. Cit.*, p. 165.

18 CSJN, Fallos 287:76.

19 CSJN, Fallos 294: 76.

Ello así debido al orden público que reviste el instituto de la prescripción de la acción, que debe declararse de oficio y que en materia penal opera de pleno derecho<sup>20</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado en igual sentido al indicar 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 diligencia de las autoridades estatales, pues ello iría en menoscabo de los derechos que le confiere la ley”*<sup>21</sup>.

## **VI.- La retroactividad favorable al reo**

Al igual que está permitida la analogía favorable al reo, también es admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo, que según el artículo 2 del Código Penal es incluso obligatoria: *“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”*.

Tal disposición, explica Soler, importa reconocer no solo la retroactividad de la nueva ley más benigna, sino también la ultraactividad de la ley anterior más benigna, quedando el principio general de la irretroactividad de la ley penal contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, interpretando en el sentido de que él se refiere solo a la inaplicabilidad de una ley más gravosa, posterior a la comisión del hecho<sup>22</sup>.

Soler además menciona que los fundamentos de nuestro sistema legislativo en materia de aplicación de la ley con relación al tiempo están dados por los siguientes principios:

a) La ley que contiene una nueva incriminación no puede aplicarse a hechos anteriores, porque ello importaría vulnerar el principio de reserva *nullum crimen sine lege* (irretroactividad –artículo 18 de la Constitución Nacional–).

---

20 CSJN, Fallos 186:289; 207:86; 272:188; 275:241; 297:215; 300:1102; 301:339; 311:1029 y 2205; 312:1351; 313:1224; 322:300; 323:1785, entre otros.

21 Corte IDH, “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, Serie C n° 171, sentencia del 22 de noviembre de 2007.

22 Soler, *op cit.*, p. 229

b) La ley nueva que quite carácter delictivo a un hecho anteriormente reprimido cobra plena aplicación, por ser innecesario a la defensa social mantener bajo pena esa determinada clase de actos y, en consecuencia, es repugnante el mantenimiento de sanciones que el legislador estima innecesarias (principio de mínima suficiencia – no ultraactividad–).

c) La ley nueva que establece condiciones más gravosas no es retroactiva en virtud del principio del punto a. En consecuencia, se da la ultraactividad de la ley que fijaba esas condiciones en la época de la comisión del hecho.

d) La ley nueva, que es menos gravosa, se aplica de pleno derecho desde la época de su promulgación en virtud del principio general, según el cual las leyes rigen desde su publicación (artículos 5 y 7, Código Civil y Comercial), y de conformidad con el principio enunciado en el punto b (no ultraactividad de la ley derogada)<sup>23</sup>.

Roxin agrega que en el caso de que se derogue un precepto penal tras la comisión del hecho, pero antes de que se pronuncie la sentencia, hay que absolver al autor [en una aplicación analógica y conforme el sentido del artículo 2 del Código Penal]; pues en tal caso no hay en absoluto una ley y sin ley no hay delito. El sentido de la regulación consiste en que es adecuado tomar como base de una sanción penal la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo u otras circunstancias especiales no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho. Si en el momento de la condena el Poder Legislativo considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista político criminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada<sup>24</sup>.

## VII.- Una posición intermedia

Descartada la posibilidad de que el hecho investigado pueda configurar un delito de lesa humanidad<sup>25</sup> resta considerar si resulta vigente la acción penal emergente del hecho.

---

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> ROXIN, *op. Cit.*, ps. 166-167.

<sup>25</sup> El caso bajo estudio permite advertir como primer aspecto controversial la incidencia del delito sobre el régimen de la prescripción de la acción penal, según este pueda ser calificado como lesa humanidad o común.

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”<sup>26</sup> mencionó que *“la prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibile e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional”*.

En el citado antecedente, el tribunal interamericano aclaró que no pudo operar la exclusión de la prescripción porque no se habían presentado los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales. Cabe destacar que el hecho que motivó ese fallo aludió a la muerte de una persona que fue internada con un cuadro de meningitis bacteriana en un hospital privado, donde personal médico indicó aplicarle una dosis de morfina que, presuntamente, provocó el resultado final.

En el caso, si bien se confirmó la prescripción de la acción penal, el tribunal interamericano responsabilizó a Ecuador por violación a los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH (derecho a la tutela judicial efectiva) por la deficiente investigación del hecho.

Esta postura fue receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de lo resuelto en el caso “Funes”. Allí, con remisión a lo dictaminado por el Procurador General de la Nación, se dispuso proseguir la investigación a pesar de encontrarse prescripta la acción penal respecto de los imputados, *“con el objeto de lograr el pleno esclarecimiento de lo ocurrido”*, ello *“con prescindencia de que por el tiempo transcurrido sea posible, o no, aplicar sanciones penales”*.

Se argumentó en tal sentido 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 -más aún cuando en su calidad de damnificados intervienen en la causa como acusadores particulares- a conocer la verdad de los hechos, con prescindencia de que las conductas del caso puedan ser calificadas como un delito de lesa humanidad. Ello, en aplicación de las garantías y protección judiciales que*

---

26 Corte IDH, “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, Serie C n° 171, sentencia del 22 de noviembre de 2007.

*les aseguran los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, y también al amparo de los derechos del niño y las medidas de protección que a su respecto impone ese instrumento en su artículo 19*<sup>27</sup>.

De acuerdo con los antecedentes referenciados, ante la actitud pasiva de todo proceso de investigación judicial que derive en la prescripción de la acción penal, se presenta la posibilidad de su continuación a los fines de lograr esclarecer los hechos que motivaron la causa penal. Esta variante, si bien expone el actuar infructuoso en tiempo y forma de los poderes estatales intervinientes, importa la posibilidad de alcanzar la verdad material de los hechos y con ello, otorgar una respuesta parcial frente a sucesos como el presente.

## VIII.- Reflexiones finales

El principio de legalidad representa un elemento sustancial de nuestra organización política y civil y es además un pilar del estado de derecho que le otorga un marco de sustentabilidad y permanencia a la convivencia social. Representa la materialización de la célebre frase “*nullum crimen nulla poena sine lege*” (no hay delito ni pena sin ley) y opera como primer valladar ante la facultad coercitiva estatal.

Su existencia, reconocimiento y respeto irrestricto implica la imposición por igual, a ciudadanos y autoridades, de la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley; en particular la aplicación de penas basadas en conductas ilícitas establecidas por el Poder Legislativo en forma de ley escrita de manera estricta y previa al momento de los hechos.

Sus consecuencias alcanzan al instituto de la prescripción, que en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo y limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Sin perjuicio de ello, la prescripción de la acción penal resulta inadmisibles e inaplicable cuando el hecho investigado encuadra en un supuesto de grave violación a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional.

Ahora bien, sin perjuicio de la condición de hecho aberrante, en el caso bajo estudio se descartó su calificación como presupuesto de imprescriptibilidad a partir de la interpretación de los artículos 1, 8, y 25 de la CADH realizada por la Corte

---

27 Dictamen del Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Funes, Gustavo Javier y otro”, 3 de febrero de 2014. CSJN, Fallos: 294. XLVII, resuelta el 14 de octubre de 2014, a cuyos fundamentos, que remiten a su vez a los del Sr. Procurador Fiscal.



Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, lo que derivó en que sea resuelto conforme las pautas establecidas por la ley vigente al momento del hecho, lo que determinó la prescripción de la acción penal.

Consideramos adecuada la respuesta jurisdiccional otorgada al caso, basada en el estricto apego a las pautas establecidas en los artículos 18 y 19 de nuestra Carta Magna. No obstante ello, en línea con la jurisprudencia del sistema interamericano y el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Funes”, entendemos que en supuestos como el analizado, la consideración primordial del interés superior del niño impone, indefectiblemente, adoptar todas las medidas de investigación posibles con el objeto de determinar los alcances de lo ocurrido, sin perjuicio de la extinción de la pretensión punitiva.

En efecto, las “debidas garantías” del art. 8.1 de la CADH amparan el derecho a un debido proceso del imputado y, en casos como el presente de violencia sexual contra la mujer, niños o adolescentes, también salvaguardan los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito o de sus familiares y a conocer la verdad de los hechos, sin perjuicio de la presencia o ausencia de la facultad punitiva estatal.