



**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI**

**APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA COMO  
EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY**

**NOMBRE DE LA CARRERA: ABOGACIA**

**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI**

**NOMBRE: FERREYRA FLAVIA GEORGINA**

**NRO. DE LEGAJOS: VABG49482**

**2019**

## **AGRADECIMIENTOS**

Estoy llegando a la etapa final de mi recorrido en mi carrera universitaria, sin dudas un contexto esencial y primordial en mi vida. En primer término, quiero expresar mi agradecimiento a cada uno de los miembros que componen mi familia, su presencia ha sido fundamental, como su aliento, su acompañamiento en los diversos desafíos que se me han presentado en el transcurso de esta instancia trascendental.

Vienen a mi mente distintas personas que me han alentado, sobre todo en momentos de encrucijadas, de temores, de angustias por todo aquello que se me presentaba ante los parciales, finales, trabajos prácticos, todo lo referido se concentró en mi mente y en mi corazón, donde sus palabras crearon la contención y el resguardo necesario para que no decayera, ni tampoco dejara de confiar en mis potencialidades y en mi fuerza de voluntad tan primordial en esta etapa.

Quiero expresar de manera contundente, el protagonismo de mi abuela paterna y mi madre en el logro de mi título profesional, como así también del apoyo recibido de mi padre, tío y hermanos, quienes han influido de manera positiva para que no dejara de lado el sendero recorrido. A la memoria de mi abuela materna, quien siempre confió en mí y me dio un pleno aliento que nunca olvidaré en mi vida.

A mis amigos, quienes con su colaboración constante, su acompañamiento permanente nunca me desalentaron, ni posibilitaron que me desmoralizara cuando algún contratiempo surgía a lo largo de mi carrera universitaria.

A la Universidad, a su distinguido cuerpo de profesores que me incentivaron y me indicaron de manera inmediata ante cualquier consulta que les formulara, gracias por concederme su tiempo, por el significado que ello tiene en mi. A mis tutores, por su amabilidad, por su predisposición que siempre intervinieron de manera fluida y sin rodeos a todas mis inquietudes, y de manera constante me condujeron de manera eficaz al logro de esta maravillosa realidad. A todos los nombrados reciban mi sincero agradecimiento y que Dios en su voluntad les conceda infinitas bendiciones.

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación tiene por principal motivación estudiar las consecuencias que surgen cuando la ley vigente en el momento en que se dictó un fallo es diferente de la que existía en el momento en que se produjo el hecho y esto causa una modificación en la situación jurídica del imputado.

Es necesario afirmar que la presente temática tiene una alta relevancia sobre todo desde los últimos años en donde se ha creado conciencia que en nuestro Estado de derecho, se exige que el derecho penal evite la marginación de los condenados. El derecho asiste no solo a quien acusa, sino también a quien es acusado.

El presente trabajo está conformado por una Introducción y cinco Capítulos que se complementan uno de otro, no obstante se encuentran organizados de forma independiente. En el primer Capítulo, que se denomina el Debido Proceso, se examinan antecedentes jurídicos del mismo en el ámbito internacional y dentro del ámbito constitucional. En el Capítulo segundo se analiza la problemática de la sucesión de las leyes penales en el tiempo en nuestro país. En el Capítulo tercero se exponen las características de la benignidad como nota esencial; en el cuarto Capítulo se considera la retroactividad de la ley conforme lo disponen otras cuestiones vinculadas como las multas, las medidas de seguridad y las normas penales en blanco.

## **ABSTRACT**

The main purpose of this research work is to study the consequences that arise when the law in force at the time a decision was issued is different from the one that existed at the time the event occurred and this causes a change in the situation legal status of the accused.

It is necessary to affirm that the present topic has a high relevance especially since the last years where conscience has been created that in our Rule of Law, it is required that the criminal law avoid the marginalization of the condemned. The right attends not only to those who sue, but also to those who are sued.

The present work consists of an Introduction and five Chapters that complement each other, although they are organized independently. In the first Chapter that is called Due Process, legal background is examined in the international arena and within the constitutional scope. In the second chapter the problem of the succession of criminal laws over time in our country is analyzed. In the third chapter the characteristics of the benignity are exposed as an essential note; in the fourth Chapter the retroactivity of the law is considered as provided by other related issues such as fines, security measures and criminal norms blank.

## **INDICE**

<b>CAPITULO 1</b>	11
<b>EL DEBIDO PROCESO</b>	11
Introducción	12
1.1. Antecedentes jurídicos en instrumentos internacionales	12
2.2. Garantías constitucionales derivadas del debido proceso	16
Conclusiones Parciales	22
<b>CAPITULO 2</b>	24
<b>LA PROBLEMÁTICA DE LA SUCESION DE LAS LEYES PENALES EN EL TIEMPO</b>	24
Introducción	25
2.1. Conceptos generales. Sucesión de leyes penales	25
2.2. Su vinculación con el Principio de Ultraactividad	31
Conclusiones Parciales	34
<b>CAPITULO 3</b>	35
<b>LA BENIGNIDAD COMO CARACTERISTICA ESENCIAL</b>	35
Introducción	36
3.1. Principio de Irretroactividad de la ley más benigna	36
3.2. Efectos derivados de dicho Principio	42
3.3. Excepciones al Principio	44
Conclusiones parciales	45
<b>CAPÍTULO 4</b>	47
<b>RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO</b>	47
Introducción	48
4.1. Su regulación en otras ramas del Derecho	48
4.2. Delitos aplicables	51
Conclusiones Parciales	56

<b>CAPITULO 5</b>	57
<b>OTRAS CUESTIONES VINCULADAS</b>	57
Introducción	58
5.1. Multas y medidas de seguridad	58
5.2. Relación con las normas penales en blanco	65
Conclusiones Parciales	67
<b>CONCLUSIONES GENERALES</b>	68
<b>BIBLIOGRAFIA GENERAL</b>	75

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo gira en torno a un problema de Investigación que consiste en establecer “¿Cuáles son los criterios que determinan aplicable una ley penal más benigna en el marco del ordenamiento jurídico argentino?”

En nuestra sociedad, existe una exigencia democrática de participación de todas las personas en la vida social, lo que lleva a garantizar la igualdad de todos los individuos ante la ley. Esta se aplica a todos los ciudadanos que habitan en el territorio de la República y todos deben recibir igual tratamiento cuando se encuentran en iguales condiciones.

Cuando las conductas entre ellos se tienden a corromper, salen a la luz determinados conflictos, que muchas veces se traducen en causar algún daño o en generar alguna eventualidad en donde se ataque a la seguridad de la sociedad, como así también de sus componentes. Ante esta situación, la sociedad no permanece ajena sino que responde de diversas formas, y no siempre de una forma positiva. De esta manera la discriminación y la exclusión hacia el acusado de un delito cobran gran protagonismo.

Es necesario un rol activo por parte del Estado, con una tendencia a adoptar todas las medidas que sean necesarias para superar todos los obstáculos que puedan presentarse, para que de esta manera los individuos puedan hacer valer todos los derechos de los que son titulares. Siguiendo con esto, nuestra Constitución Nacional consagra una garantía irrenunciable denominada debido proceso de la que gozan todas las personas, y representa la protección más fundamental para el respeto de sus derechos. De esta garantía, se regula un principio denominado Irretroactividad de la ley, el cual determina que la ley penal debe aplicarse a hechos que tengan lugar sólo después de su vigencia. Este principio básico y fundamental que se desprende del artículo 18 de la Constitución Nacional, presenta una excepción, que es la aplicación retroactiva de ley penal, si esta fuere más favorable al acusado o imputado. Al respecto, el Código Penal en su art. 2 establece: “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”.

El ordenamiento jurídico argentino no permanece inmutable en el tiempo. Algunas leyes se extinguen y otras nuevas nacen. La cuestión se plantea cuando la ley vigente en el momento del fallo, que regularía el hecho cometido, es distinta de la que regía cuando se lo cometió, modificando la situación jurídica del sujeto imputado.

En lo relativo al Objetivo General: este reside en analizar cuáles son los criterios en los que se fundamenta la aplicación de la ley penal más benéfica y cuáles son los efectos que esto produce.

Por su parte es menester destacar los Objetivos Específicos del presente trabajo, a saber: analizar la regulación de la retroactividad de la ley en el Código Penal y Código Procesal Penal; Examinar la validez temporal de las leyes penales; Explicar los principios fundamentales en los que se funda el principio retroactivo; Investigar acerca de la problemática de la sucesión de las leyes penales; Analizar cuáles son las distintas hipótesis que se presentan para determinar la ley penal más favorable al imputado.

El presente trabajo está constituido por una Introducción, y cinco Capítulos que se complementan uno con otro, sin embargo su organización es independiente. El primer Capítulo hace referencia al debido proceso y se exploran antecedentes jurídicos del mismo tanto en el plano internacional, como así también en el marco constitucional. En el segundo capítulo se examina la problemática de la sucesión de las leyes penales en el tiempo, en nuestro país. Por su parte en el Capítulo tercero se muestran las características de la benignidad como nota esencial; en el cuarto Capítulo se razona acerca de la retroactividad de la ley y en el quinto conforme lo disponen otras cuestiones vinculadas como las multas, las medidas de seguridad y las normas penales en blanco.

En cuanto al marco metodológico de la investigación, el método cualitativo es el aplicado en el proyecto aquí tratado. Esta metodología permite el análisis y la interpretación del principio estudiado y las normas vigentes que lo regulan; posibilita captar las significaciones y sentidos del instituto jurídico estudiado y profundizar en su conocimiento.



Afirma Sampieri que la metodología cualitativa se orienta a la “exploración, descripción y entendimiento” de una situación o fenómeno (Sampieri, 2006, p. 26). Se considera que se trata de la comprensión e interpretación de lo explorado y descripto.

En lo relativo a las Preguntas de Investigación, se destacan las siguientes: ¿Cómo se regula este instituto en el Código Penal y Código Procesal Penal?, ¿Está contemplado en los Tratados que adquieren jerarquía constitucional?, ¿Cuál es la regulación que establecen?, ¿Cuáles son las causales que determinan un cambio normativo en el derecho penal?, ¿Qué se entiende por “ley más benigna”?, ¿Es posible ofrecer un concepto unívoco de la misma?, ¿Cómo se determina el menor o mayor grado de benignidad en el caso concreto?, ¿Por qué es considerada una excepción a la garantía de la irretroactividad?, ¿Se considera una derivación del Debido Proceso Legal, establecido en la Constitución Nacional? Además del Derecho Penal, ¿está permitida la retroactividad de la ley en otras ramas del derecho?, ¿A qué delitos se le aplica?, ¿Es aplicable a las multas y medidas de seguridad?, ¿Existen excepciones que limiten la aplicabilidad retroactiva de la ley más favorable?, ¿Qué relación guarda con las normas penales en blanco?

En cuanto a la Hipótesis de trabajo: En nuestra legislación, rige el principio general de la Irretroactividad de la Ley, que deriva del Principio de Legalidad por lo que establece en el artículo 18 de la Constitución Nacional, primer párrafo: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”. Esto significa que, en principio, las leyes rigen para el futuro y no pueden aplicarse a hechos ocurridos antes de su sanción. En base al principio de irretroactividad, la ley aplicable respecto de un delito, es aquella que estaba en vigencia al tiempo de cometerse el mismo. Pero ocurre que, desde el tiempo en que se cometió el delito hasta que se dicta sentencia sobre el mismo, la ley puede haber cambiado; es precisamente en estos casos cuando se plantea el interrogante: ¿Qué ley se aplica?, ¿la que regía al tiempo de cometerse el delito?, ¿la que regía al tiempo de dictarse la sentencia?, ¿o la que regía durante el tiempo en que el condenado cumplía la condena?

Respecto a estos interrogantes, frente a la colisión de leyes o frente a los cambios normativos, corresponde aplicar la ley que resulte ser la más benéfica a los intereses del

procesado, lo que debe operar de manera automática, sin reparo alguno, por ser ello no un beneficio, sino un derecho del ciudadano;

Se hace preciso manifestar que, si una situación jurídica se ha consolidado plenamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, tampoco se da cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un asunto se manifiesta cuando un hecho surge en virtud de la ley antigua, sin embargo sus efectos se generan por la nueva ley.

La investigación emprendida, en cuanto a su tipología tiene sus propias características por su naturaleza jurídica. Se lo considera exploratorio en vinculación con investigaciones previas en Santiago del Estero, donde dichos trabajos no son comunes. En lo referente a lo doctrinario y jurisprudencial se hace preciso indicar que sí se cuenta con relevantes antecedentes.

Asimismo, será explicativo en cuanto busca el porqué, las causas, pero basado en un proceso interpretativo que conduce a una reflexión crítica, cualitativa acerca del principio de la irretroactividad de la ley y la aplicación de la excepción de la retroactividad de la ley penal.

De igual manera, se acude al tipo descriptivo para especificar las propiedades, características, aspectos del tema examinado. También se analizarán las cuestiones interpretativas, situaciones y circunstancias de la aplicación de este principio jurídico. En dichos tipos de investigación se destaca, el carácter cualitativo del estudio planteado.

En lo relativo a la Metodología: se hace preciso definir las técnicas de recolección de datos a emplear en una investigación. Ello debe ser consecuente con la metodología. En el caso de este estudio, la metodología es cualitativa y las técnicas a utilizar serán: observación de datos y documentos en la búsqueda de los fundamentos y procedencia del instituto objeto de estudio; Análisis documental: abarca el análisis de las distintas fuentes que tratan la cuestión de la retroactividad de la ley penal, sus condiciones y requisitos y su aplicación.

\*Análisis del contenido: examina e indaga textos diversos, leyes, videos, grabaciones, fotografías, etc.

\*Análisis del discurso: analiza los diferentes discursos, tomando como base al lenguaje como una práctica social. El lenguaje no siempre es transparente, las palabras y enunciados portan

denotaciones, connotaciones, intencionalidades a ser descubiertas. Por eso se impone analizar e interpretar los discursos.

\*En cuanto al estudio de los antecedentes del precepto que es motivo de investigación, tiene su punto de inicio en la Constitución Nacional de 1.853, particularmente, en su art. 18, primera parte, el que dispuso de manera contundente el principio de la irretroactividad de la ley penal, sin ningún tipo de explicación o correcciones de ninguna clase. Con ello se expresa, que el primer Código Penal argentino fue elaborado en el año 1.886 que tuvo como precedente inmediato al Proyecto Tejedor, y que al remitirse a su art. 48, puede manifestarse con él, que surge una línea legislativa de dicha temática que deriva en el art. 2 del Código vigente (artículo que hace mención a la retroactividad de la ley penal más benigna), dejando de lado su último párrafo.

***CAPITULO 1-***  
***EL DEBIDO PROCESO***

## **Introducción**

La terminología debido proceso ha sido usada en diversos países tal como lo ha acontecido en el plano histórico dentro del ámbito del derecho norteamericano en su contexto constitucional, como así también jurisprudencial.

El debido proceso se presenta dentro de la vigencia de un estado democrático y con el imperio de la constitución como piedra angular del ordenamiento jurídico del país que se trate, lo que implica una herramienta eficaz a los fines de conformarse en un medio para arreglar las controversias que se susciten por medios pacíficos, dejando de lado la fuerza ilegítima. Para ello interviene un tercero imparcial que hace a la tutela judicial imperante y surge de los derechos fundamentales, los que se encuentran insertos en los procesos judiciales.

El derecho al debido proceso está protegido por la constitución Nacional, como así también por los instrumentos internacionales de derechos que en plano nacional gozan de jerarquía constitucional, conforme lo dispone el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

### **1.1. Antecedentes jurídicos en instrumentos internacionales**

El derecho al debido proceso está protegido por la Constitución Nacional (art. 18) y por la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y que son considerados como antecedentes efectivos y legales del debido proceso.

De esta manera la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que “toda persona gozará de la garantía de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y a disponer de un procedimiento sencillo y breve que ampare contra actos de autoridad que violen sus derechos” (art. XVIII) (Meléndez, 2006). Por su parte la Declaración Universal de Derechos humanos indica en su art. 8 que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen su derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley” y admite que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente por

un tribunal independiente e imparcial...” (art. 10). Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que “todas las personas son iguales ante los tribunales teniendo derecho a ser oídas públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido, tanto en materia penal como civil” (art. 10). No obstante, se hace necesario sostener que es en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 8, donde el derecho al debido proceso consagra su estipulación más abarcativa, y por ello se privilegia sistematizar los estándares que se derivan del sistema interamericano de protección de derechos humanos (Meléndez, 2006).

La garantía del debido proceso contempla un amplio conjunto de derechos y es presupuesto de la protección de todos ellos. Entre otros, comprende la presunción de inocencia; el derecho a ser oído; a contar con un tribunal competente, independiente e imparcial; a obtener un pronunciamiento fundado y dentro de un plazo razonable; a ser asistido por un defensor; a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (Meléndez, 2006).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha expresado en diversas ocasiones que las “garantías judiciales” del art. 8 de la CADH se refieren a las exigencias del debido proceso legal, al que definió como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”<sup>1</sup>.

Es necesario referirse al art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos por su particular relevancia:

Inc. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Inc 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las

---

<sup>1</sup> (Corte IDH, “Garantías Judiciales en Estados de emergencia (arts. 2 de 7.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC- 9.87 del 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, parr. 27).

siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Inc. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Inc. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Inc. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Es fundamental referirse al art. 8 inc. 1 de la CADH. El mismo destaca el rol fundamental del juez encargado del conocimiento de una causa, que debe ser competente, independiente e imparcial. Ello implica en primer lugar que las personas tienen el derecho de “ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo al procedimiento legalmente establecido” de manera previa a los hechos del juicio<sup>2</sup>.

El derecho de defensa comprende también lo que se entiende como la de brindar asistencia gratuita de un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del tribunal (CADH, art 8 inc. 2, apartado b). Sobre el contenido del primero, la Corte IDH estableció que consiste en asegurar que las personas “puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales, facilitándoles intérpretes y otros medios eficaces para tal fin”<sup>3</sup>.

El derecho de defensa comprende además, el derecho del inculpado a que se le conceda tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa (CADH, art. inc. 2 apartado c) y a ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y

---

<sup>2</sup> (Corte IDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie CN).

<sup>3</sup> (Corte IDH, caso “Tiu Tojin vs Guatemala”, sentencia del 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 190, párr. 100).

privadamente con aquel (CADH, art 8 inc. 2 apartado c) Según la corte IDH esta garantía implica que el defensor pueda asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten sus derechos, de ejecutar un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.

El derecho de defensa también abarca el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si el inculcado no nombra un defensor dentro del plazo dispuesto por la ley (CADH, art 8 inc. 2, apartado e).

En su art. 25 señala que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos fundamentales señala en su art. 6 que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

En su artículo 13 el Convenio cuando hayan sido violados los derechos de las personas, les corresponde que se les conceda un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio oficial de sus funciones”<sup>4</sup>.

En el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce un amplio catálogo de principios, derechos y garantías propios del imputado, entre los que se puede mencionar los siguientes: el principio de presunción de inocencia; el principio de irretroactividad de la ley penal; el principio de la responsabilidad penal individual; el derecho a la defensa y a la asistencia letrada; el derecho a comunicarse con su defensor en forma confidencial y sin demora ni censura; a disponer del tiempo necesario; el derecho a ser informado de manera inmediata; el derecho de los detenidos a no ser sometidos sin su libre consentimiento a

---

<sup>4</sup> El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos fundamentales, Arts. 6 y 13.



experimentos médicos o científicos, y la garantía de protección contra la pena de muerte, en los casos no permitidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

El debido proceso también ha sido objeto de un amplio desarrollo por parte de diversos tribunales internacionales, órganos de supervisión de tratados y de otras instancias Internacionales de derechos humanos, como los relatores especiales y los grupos de trabajo.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han desarrollado la jurisprudencia internacional en materia de debido proceso. La Comisión Europea de Derechos Humanos, como órganos de supervisión y control, también han verificado la situación del debido proceso en el mundo y han emitido importantes fallos e informes que han enriquecido la doctrina internacional sobre la materia, al conocer demandas o denuncias individuales de violaciones al debido proceso judicial y administrativo regulado y protegido internacionalmente.

El derecho del inculcado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos- principio de non bis in ídem- (CADH, art. 8 inc. 4) se sustenta en la protección de las personas frente al poder punitivo del Estado. No obstante, el tribunal ha precisado.

## **2.2. Garantías constitucionales derivadas del debido proceso**

Las garantías constitucionales del proceso penal constituyen un cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica, y en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado. Esa necesidad de que el Estado vele por el respeto y la protección de los derechos fundamentales del imputado obliga a que se definan en la Constitución en el art. 18 de la misma.

El destacado constitucionalista Germán Bidart Campos (2000) manifiesta que el constitucionalismo moderno o clásico ha procurado organizar al estado en defensa de las libertades y los derechos del hombre. Es decir, ha tendido a asegurar al hombre frente al

estado. Toda la armazón de este constitucionalismo se dirige a proporcionar *garantías y seguridad*; la propia constitución formal se ha definido como una *ley de garantías*, cuyas dos partes fundamentales se caracterizan en ese sentido: a) la dogmática, por contener una declaración de derechos; b) la orgánica, por establecer la llamada división de poderes.

El sistema de derechos exige reciprocidad en el sistema garantista. De poco o nada vale un buen sistema de derechos si el sistema garantista no ofrece disponibilidad para que, quien cree que debe defender un derecho suyo, cuente con las vías idóneas para acceder a la justicia. Y todavía más, es indispensable que también se le depare la “llave” para ese acceso, que es la *legitimación procesal* que le permite articular su pretensión y participar en el proceso para luego obtener decisión justa en la sentencia (Bidart Campos, 2000).

La norma del art. 18 establece “*Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”. El citado autor interpreta que se trata de una garantía reservada al *proceso penal* exclusivamente. Configura también una prohibición acerca de la retroactividad de la ley penal, a tono con el adagio liberal de “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”: no hay delito ni pena sin ley penal anterior.

Desglosando el sentido de la norma, Bidart Campos expresa que:

1. Se debe presentar una ley, la que debe ser expresada por el Congreso Nacional antes de haberse generado el hecho que la motivó en el ámbito penal. Dicha competencia es exclusiva del mismo, en virtud de lo que dispone el art. 75 inc. 12, quedando prohibida a las provincias dicha atribución. La ley hace mención del tipo delictivo, el tipo legal en donde se enuncia el ilícito penal y la sanción o pena.

La afirmación de que no hay delito ni pena sin ley, quiere decir que nadie puede ser condenado sin ley incriminatoria que cree el tipo delictivo y que adjudique la pena consiguiente; si hay descripción del delito pero no hay pena atribuida legalmente, no puede haber condena; los delitos que carecen de pena no fundan constitucionalmente la posible sanción penal.

En el caso “Cotonbel S.A.” del 17 de setiembre de 1992 la Corte dio el parámetro de la legalidad penal sosteniendo que se debe efectuar una armonización o adecuación que tiene que presentar la norma con el principio de legalidad, asimismo menciona que tiene que

explicar o referirse a la conducta reprochable, la que debe exponerse de manera clara, determinando la naturaleza , como así también estableciendo los límites que ella genera, de forma que en el instante en que se lleva a cabo se la enuncie de manera clara con la sanción que corresponda.

2- En esto se basa la *irretroactividad de la ley penal*: cuando al tiempo de llevarse a cabo una conducta humana no hay ley que contenga la descripción de un tipo penal con el que esa conducta coincida, y que a la vez adjudique pena, no hay delito ni puede haber condena.

3- Existente la ley con las características referidas, es decir referido al juicio previo anterior a la condena, nadie puede ser penado o condenado sin la tramitación de un juicio durante el cual se cumplan las etapas fundamentales requeridas por el debido proceso legal. Esas etapas en el juicio penal son: *acusación, defensa, prueba y sentencia*.

4- La Corte Suprema ha dado jerarquía constitucional (incluso para aplicarlo en la jurisdicción penal de los tribunales militares) al principio de que no puede haber condena penal sin acusación fiscal.

5- La sentencia en el juicio penal debe estar fundada en ley, y en la ley citada.

6- Hasta tanto recae sentencia firme de condena, toda persona tiene derecho a la presunción de inocencia. Actualmente está incorporado al derecho nacional o mediante el Pacto de San José de Costa Rica, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , y por la Convención sobre Derechos del niño.

Siguiendo la misma línea, el renombrado doctrinario destaca que del debido proceso devienen ciertas garantías tales como la del juez natural, el principio de inocencia, y la ley anterior, esta última de trascendental importancia para el tema que nos compete, ya que la misma establece que las leyes deben regir para el futuro, pero en materia penal se establece una especial característica que es la retroactividad de la ley penal, con la fundamentación de ser benigna (Bidart Campos, 2000).

La garantía del juez natural, prevista expresamente en el art. 18 de la Constitución Nacional contiene dos prohibiciones. Por un lado, esta garantía impide la creación de fueros personales. Ello no obstaculiza el establecimiento de fueros reales o de causa, como por ejemplo el fuero militar. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema como de la Corte

IDH son coincidentes en que en general, en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un carácter restrictivo y excepcional; y en particular, en que el procesamiento de graves violaciones de derechos corresponde a la justicia ordinaria (Cesano, 2007).

En segundo lugar, la garantía del juez natural prohíbe que se cambie o altere la competencia del tribunal que al momento de ocurrir los hechos debían entender en la causa judicial de acuerdo a la ley anterior, para transferirla a otro tribunal que reciba esa competencia después del hecho. Cabe aclarar que la CS ha interpretado esta exigencia en términos más extensos, considerando que sólo se produce una violación a esta prohibición cuando la sustracción arbitraria de una causa constituya, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada. Por su parte, cabe agregar que la arrogación de tribunales superiores de las decisiones que son competencia natural de los inferiores también constituye una violación a la prohibición mencionada.

El juez debe ser independiente de cualquier otro poder o influencia: la garantía de independencia de los órganos del Estado implica tanto la autonomía que debe regir sus relaciones mutuas –exigida por el principio de división de poderes- como también la inexistencia de intereses privados, ya sean propios de las personas que integran los órganos estatales o ajenos- que puedan tener tal incidencia en sus decisiones, que conduzcan a una desnaturalización de la defensa de los intereses públicos por los que deben velar.

La independencia respecto de intereses privados trata de asegurarse, entre otras formas, estableciendo condiciones o requisitos de elegibilidad para los cargos, previendo ciertas inmunidades para los funcionarios y prescribiendo inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de las respectivas funciones, conforme lo regula la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la función pública (Cesano, 2007).

El debido proceso legal implica el respeto por parte de los órganos del estado en el desenvolvimiento de las variadas funciones estatales. Por su parte el debido proceso sustantivo, como garantía de razonabilidad, se dedica de similar modalidad a las decisiones que surgen de cualquier órgano del estado; por el contrario, la determinación de qué garantías procesales del debido proceso adjetivo y con que alcance son aplicables al ejercicio de las

distintas funciones estatales, dependerá de las particularidades que se presenten en cada caso y proceso concreto (Ministerio Público de la Nación, 2017).

Es necesario aclarar que aún cuando el decreto-ley 19.549/72 reconoce expresamente el debido proceso adjetivo como comprensivo de la posibilidad de ser oído, ofrecer y producir pruebas, y obtener una decisión fundada, sus particularidades requieren adicionalmente, que por un lado se dé estricto y rigurosos cumplimiento a los requisitos esenciales del acto administrativo – previstos en los artículos 7 y 8 del citado decreto ley, en tanto constituyen verdaderas garantías del debido proceso adjetivo; y además, que esta garantía sea complementada por otros grandes principios formadores, como lo son el principio de oficialidad, verdad material, informalismo a favor del administrado y el principio de contradicción.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha venido avanzando de manera paulatina pero cierta y eficaz hacia un control más estricto con respecto a lo que se conoce con la coincidencia del debido proceso legal en el ejercicio de las funciones que le corresponde al Congreso, pudiéndose citar como ejemplos recientes el caso “Nobleza Piccardo”, en donde sobresale la falta de coincidencia entre ambas cámaras respecto de un punto sustancial que es el plazo de vigencia de la norma.

El objetivo del debido proceso legal es que las personas puedan proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos. Es decir que el proceso tiene que ser idóneo para el ejercicio y goce de los derechos. La consecución de este propósito debe guiar la interpretación de cada una de las garantías procesales que lo integran, ya que el cumplimiento de dichas formalidades no es un fin en sí mismo, sino que representa un instrumento fundamental para garantizar los demás derechos de las personas (Ministerio Público de la Nación, 2016).

Es necesario superar una visión simple de esta garantía. Según Opinión del Ministerio Público Fiscal de la Nación (2016) se debe efectuar una interpretación que vaya más allá, demandando que el Estado no se limite, simplemente, a ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que debe controlar que las autoridades públicas presten también atención al fondo de los asuntos a ellas sometidos y al contenido de los derechos y las obligaciones en juego, exigiéndoles que no sólo cumplan las formalidades sino que las decisiones que adopten

además de ser fundadas, justas y razonables sean útiles y efectivas (Ministerio Público Fiscal, 2017).

En el ámbito interno de un país no se comprende una legislación doméstica que no recepte o refute esos mismos derechos y garantías en virtud de los que ha expresado su conformidad la comunidad internacional (Pittier, 2016).

Genaro Carrio (2008, p. 26) sostenía que “el Derecho no es un paraíso normativo, nítido, armonioso y completo. Si lo vemos al Derecho Positivo como un conjunto de reglas existentes, identificables mediante criterios que lo caracterizan como tal (como positivo) esto es, si lo vemos como un conjunto de estándares que pueden y suelen ser ambiguos, contradictorios e incompletos, cabe a la ciencia del derecho dar unidad sistemática a esa pluralidad, remover las contradicciones, proponer soluciones plausibles para disolver las ambigüedades y colmar las lagunas”.

Las garantías constitucionales en la Constitución Nacional se encuentran en el art. 18 (garantías procesales) y el art. 43 (Amparo, Amparo colectivo, Habeas Corpus y Habeas Data) que en el plano interno se lo ubica como Amparo. El debido proceso se asienta en tres ejes: 1) El derecho a ser oído; 2) ante un Juez Competente (que debe ser independiente e imparcial); 3) dentro de un plazo razonable.

Así el Derecho a ser oído implica, en términos generales, la posibilidad cierta de recurrir ante los órganos del Estado que resulten competente (Juez competente) para asumir una decisión que pueda afectar derechos o intereses, con el objeto de imponer una o más pretensiones y motivar sus fundamentaciones.

En este sentido, el derecho a ser oído es sinónimo de tutela judicial efectiva, y significa que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal para que éste pueda pronunciarse.

En tal sentido, la tutela judicial efectiva comprende la posibilidad del interesado de tener contacto directo con el órgano decisor (principio de inmediación/inmediatividad); derecho que adquiere aún mayor fuerza frente a situaciones de esencial vulnerabilidad o fragilidad del individuo, como por ejemplo, en los procesos de incapacidad, inhabilitación o internación.

Ese derecho a ser oído además debe encontrarse, dentro de un plazo razonable. La adopción de decisiones a destiempo carece de toda utilidad, y por ello afecta gravemente la satisfacción de la garantía del debido proceso legal.

Así la razonabilidad del plazo reviste una importancia superlativa para el efectivo cumplimiento de la finalidad del debido proceso legal y comprende tanto plazos máximos-para evitar atrasos injustificados, como mínimos que den a los individuos la posibilidad de ejercer eficazmente su derecho a defensa.

### **Conclusiones Parciales**

Las constituciones de los estados, como así también los tratados internacionales en el ámbito de los derechos humanos y las leyes nacionales también referidas a dicha materia, deben ser comprendidas como una formulación de una nómina extensa de garantías del debido proceso, cuyos actores principales alegan sus derechos para que sean resueltos en cualquier clase de procesos, en donde se propicie fundamentalmente el resguardo de derechos y libertades esenciales. El debido proceso legal, en el plano judicial, está expresado y avalado tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, y se halla inserto en la jurisprudencia del sistema interamericano, como una garantía fundamental para asegurar la protección de los derechos esenciales, en toda circunstancia.

La Jurisprudencia ha ratificado que la norma del art. 2 del Código de fondo no importa una violación al principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Carta Magna, ya que la retroactividad de la ley penal más benigna implica que para proveer a la seguridad jurídica, no es ya necesaria la mayor afectación de bienes jurídicos que preveía la más gravosa. No sería justo aplicar la norma más rigurosa cuando el propio legislador reconoce la innecesaridad de su punición, decretando otra menos severa. La facultad de dictar una ley que disminuye, con carácter general, las consecuencias de la relevancia penal de ciertos hechos cuando sus autores han sufrido determinadas condiciones de encierro reposa en el Congreso Nacional y deriva claramente de la de dictar el Código Penal, ya que la formulación del reproche penal y de sus

consecuencias importa la potestad de eliminar ese reproche o disminuir de modo general sus consecuencias, y su *ratio legis* se halla en a reforma de sistema de ejecución penal.

En consecuencia, los Estados están compelidos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional comparado, a proteger el debido proceso legal en cualquier situación y con relación a cualquier persona, sin restricciones, sin tener en cuenta el asunto de que se considere o del fuero de la situación que se tenga en cuenta, lo que significa el aseguramiento y la vigencia efectiva de los principios jurídicos que informan el debido proceso y las garantías fundamentales, con el objeto de resguardar de manera segura los derechos y libertades de las partes.

Se hace preciso afirmar que para los operadores del plano judicial se les reconoce como un desafío nuevo y fundamental, la aplicación sistemática e integrada de las normas de derechos humanos que regulan el debido proceso, ya que son ellos los que deben interpretar los diferentes instrumentos sobre derechos humanos -internos e internacionales- a fin de garantizar las exigencias del debido proceso legal, sin diferenciaciones de ninguna clase.



***CAPITULO 2-***

***LA PROBLEMÁTICA DE LA SUCESION DE LAS  
LEYES PENALES EN EL TIEMPO***

## **Introducción**

En este Capítulo se tratará el tema que gira en torno a la problemática de la sucesión de leyes, dentro del contexto amplio que brinda el ámbito temporal de aplicación de la ley penal, lo que conduce a llevar a cabo distintas diferenciaciones. Por lo tanto es preciso recordar algunas disposiciones que sirven de referencia fundamental, tal como lo que prescribía el art. 3 del Código Civil, actualmente derogado, en donde se señalaba que las leyes rigen para el futuro. Este principio adquiere una especial preponderancia en el plano del derecho penal, sobre todo a partir de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, que consagran los principios de legalidad y reserva.

### **2. 1. Conceptos generales. Sucesión de leyes penales**

La irretroactividad de la ley penal fue receptada en el art. 3 del derogado Código Civil que se debe interpretar en consonancia con un principio que básicamente es admitido en el derecho internacional: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efectos retroactivos, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales” (texto según ley 17.711) (Viñals, 2007, p. 198.).

La Constitución Nacional es categórica y no admite duda, art 18: “Ningún habitante de la Nación, puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, teniendo como basamento un fuerte bagaje histórico liberal y garantista, que hace inadmisibles cualquier interpretación forzada.

Coincide con lo dispuesto en el art. 2 del Cód. Penal: “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 ley 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”.

La sucesión de leyes penales pueden ocasionar variadas situaciones, que pueden sintetizarse así: a) Si la nueva ley crea un delito nuevo, con la pena correspondiente, o bien si crea condiciones más gravosas del tipo, en algún sentido: sea en los elementos, en la sanción o en las condiciones de aplicación (forma y carácter de la pena, régimen de prescripciones, prohibición de excarcelación), no puede aplicarse. b) Si la nueva ley deroga explícita o implícitamente la tipificación de un hecho antes sancionado, o crea condiciones menos gravosas del tipo, forma y carácter de la pena, prescripciones o excarcelación, si opera retroactivamente (Maggiore, 1954, p. 198). A pesar de ello, en el contraste con las leyes, para realizar una opción por la más benigna, puede acontecer que en ciertos aspectos una de ellas sea más beneficiosa que otra. Lo destacado para una elección más favorable, es que quien verificará la resolución a los fines de una mayor comprensión no solo se concentrará en lo legal, sino que se remitirá a un enfoque más abarcativo. “En cuanto a la ley benigna se debe imponer aun existiendo sentencia firme (Cuello Calón, 1956, p. 210). De otra forma, la ley anterior se puede presentar como ultraactiva en mayor medida, debido a los principios humanitarios que son de uso en el ámbito penal.

En cuanto a la problemática de la sucesión de leyes en el marco general del ámbito temporal de aplicación de la ley penal se hace preciso efectuar las variadas distinciones. Es así que el art. 3 del Código Civil derogado disponía que las leyes rigen para el futuro principio general que asume particular relevancia en el derecho penal, materia en la que la irretroactividad de la ley aparece consagrada en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, que establecen los principios de legalidad y reserva en la materia. Que una ley penal sólo pueda entenderse aplicable a hechos que tengan lugar sólo después de su entrada en vigencia se la comprende como una regla que surge de manera expresa e inmediata de los principios fundamentales que hacen a la conformación de cualquier sistema de derecho penal moderno y tiene como misión primordial que los ciudadanos puedan orientar su conducta con trascendencia social conociendo previamente la valoración de aquel comportamiento, sus posibles consecuencias y los alcances de una eventual intervención punitiva estatal sobre su persona (Viñals , 2007).

Sin embargo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal no es de carácter absoluto, pues existe en nuestro ordenamiento una razonable excepción al principio general que admite la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

La modificación introducida por la ley 25.886 al texto de la disposición normativa vino a sustituir el tipo penal aplicado en origen por otros a los que asocia con diferentes escalas penales. Por un lado, mantuvo el tipo de la tenencia ilegal de arma de guerra, disminuyendo en un año el mínimo de la escala penal correspondiente; por otra parte, incorporó al catálogo penal una nueva figura al describir en forma autónoma la portación de armas de guerra sin la debida autorización, conminada con una pena de tres años y seis meses a ocho años y seis meses de reclusión o prisión (Villar, 2012).

En el contexto de la temática a abordar, básicamente surgen distintos interrogantes respecto al principio. Uno es si ese principio de ley penal más benigna, como excepción a la retroactividad, rige para cualquier modificación de la ley penal. Cualquier modificación que la haga más benigna, automáticamente implica la aplicación del principio (Villar, 2012).

Stratenwerth, citado por Villar (2012) considera que el fundamento de la no retroactividad, es decir el principio de legalidad, puede ser analizado desde un doble enfoque. Por una parte, hace hincapié en lo que se comprende como la confianza que tiene el ciudadano en lo que comprende la calificación del hecho desde un sentido jurídico penal, no contemplando en el perjuicio que luego originará. Desde otra óptica se expresa un postulado particular en el que se sostiene que la ley debe tener una formulación general a los fines de impedir el abuso por parte del Estado, buscando la operatividad a circunstancias particulares de leyes que surjan con posterioridad (Villar, 2012).

La confianza del ciudadano, a la que se refiere Stratenwerth, citado por Villar (2012), se basa en que el estado no intentará aumentar las penas o calificar las conductas como delictivas con leyes posteriores, tratando de abarcar casos anteriores a su dictado. A su vez si la nueva ley está reconociendo un error del legislador, o un cambio de perspectiva del legislador con relación a lo que prohibió u ordenó anteriormente, la nueva ley corrige ese error desincriminando o reduciendo la punibilidad. Es imperativo aplicar la nueva ley para afianzar la confianza de los ciudadanos, en que el Estado reconoce su error y no persevera en el mismo sino que lo corrige.

Esta misma idea, es la que sostiene el procurador general en el caso clásico Frigorífico Yaguaré, que dice que cuando el órgano competente advierte que la disposición anterior no sirve adecuadamente al interés para el cual se dictó, necesariamente deja de regir. En

consecuencia, se aplica la ley más benigna posterior. Mientras que si no hubo un error, no hay una corrección o reconsideración de la postura anterior, la nueva ley no responde a un cambio en el disvalor del hecho para el legislador, por el cual había sido prohibido u ordenado. La nueva ley entonces, si es así, no debe regir para el pasado, pues minaría la confianza de los ciudadanos en el cumplimiento de las leyes, porque siempre sería posible esperar que la ley fuera derogada para responder penalmente. Esta idea del error previo, o del cambio de criterio en el legislador es la que la doctrina se identifica como un cambio en la política criminal, un cambio de valoración jurídica. Por ejemplo, Rosin indica que solamente se beneficia el imputado por la aplicación del principio de ley penal más benigna, si el cambio se debe a una modificación de la valoración político - criminal, pero no si se debe a un cambio de circunstancias fácticas. Esta interpretación de que el principio de ley penal más benigna no opera automáticamente, sino que hay que analizar como es el caso, como analizar el tipo de cambio que hubo en la legislación, se contrapone a la postura de la interpretación literal del artículo dos. Se hace preciso recordar que el artículo dos dice que si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que existe al pronunciarse el fallo, o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más beneficiosa.

Esta redacción no difiere del art. 2.3 de Código Penal alemán, donde se dio esta discusión que acabo de citar. Puesto que este artículo o párrafo, dice que si la ley que rige en la culminación del hecho es cambiada antes de la decisión, entonces ha de aplicarse la más benigna.

La teoría, como interpretación literal, se opone como decía antes a la idea del cambio en las circunstancias de política criminal o en la valoración del legislador.

Entonces lo que hay que determinar, si no se cita esta interpretación literal es, si en la Ley N° 26.735, se ha dado un cambio en la política criminal o en la valoración del hecho por parte del legislador.

Otro argumento, que está vinculado ante el cambio de política criminal es el de las leyes temporales. Se sostiene que cuando existe una ley temporal rige el principio de ultraactividad de la ley penal. Es decir no se aplica la ley penal más benigna posterior, sino que sigue rigiendo la ley temporal.

Pero también hay un criterio de leyes temporales en un sentido amplio. Las leyes temporales en sentido estricto, como les decía, lo que establecen es un expreso tiempo de vigencia. Mientras que leyes temporales en sentido amplio, implícitamente contienen una limitación a la duración de su vigencia, lo que puede darse por ejemplo a razones socioeconómicas, por ejemplo incremento en los precios, en el nivel de vida.

Si se admitiera el criterio de que existen leyes temporales en sentido amplio, y que las leyes que establecen montos para condiciones de punibilidad son en pesos, necesariamente son cambiantes, porque la situación económica varía día a día; las leyes tributarias que se establezcan en condiciones de punibilidad en montos en pesos, son leyes temporales en sentido amplio. Por lo tanto no les sería aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

Otra segunda conclusión provisional con base en las leyes temporales, es que tampoco por medio de esto se podría aplicar el principio de ley penal más benigna.

Para realizar una mera interpretación, cuando el legislador realizó la modificación de una ley y tenía, por ejemplo, quince años de vigencia la ley anterior, se reconoce explícitamente que había un desfasaje entre los cien mil pesos al momento de dictado de aquella norma y los cien mil pesos al día de hoy, es decir al día que comenzó a regir la nueva ley. Y esto es la base para un argumento contrario a las conclusiones provisionales anteriores.

Cuando el legislador dicta la nueva ley, reconociendo esta situación, reconoce también que aquí existe una cierta injusticia en las cargas penales. En este sentido, el legislador está diciendo que, la lesión al bien jurídico que se pretendía en un primer momento, es decir, en el momento que se produjo la entrada en vigencia de la ley anterior, no se estaría logrando proteger con las evasiones que apenas superen el monto de la condición de punibilidad.

Fíjense que en la discusión parlamentaria, este tópico surgió también, y se dijo, por ejemplo, que consideramos lógico actualizar los montos, y tornar razonable la punibilidad del delito de acuerdo con la magnitud de la afectación al bien jurídico tutelado.

En otras palabras a pesar de que no hubo cambio de política criminal o en la valoración jurídica por parte del legislador en dicha clase de delitos, es preciso comprender que la no retroactividad generaría casos contrarios al principio general, de que es preferible no

castigar al culpable antes de castigar al inocente, pues se estaría condenando a una serie de personas que no afectaron el sentido sustancial del bien jurídico.

A su vez la igualación en favor de la punición mantiene la intervención penal cuando ella no sería necesaria frente a la ausencia de lesión suficiente. Lo cual sería incumplir el principio de ultima ratio del derecho penal. Cuando el derecho penal no es necesario e imprescindible debe retirarse. A su vez la función del castigo penal, se vincula con la prevención. En cualquiera de sus formas, positiva, negativa, general o especial, sin la cual, sin la función de prevención, no hay necesidad de pena. La pena se vuelve no justificada desde el punto de vista moral. Esto conduce a encontrar en el art. 19 la solución adecuada para aplicar el principio de aplicar la ley penal más benigna. El trasfondo de esta discusión no es discernir si la norma es procesal o sustantiva, sino que se trata de establecer si el legislador solo cambió el camino o método para llegar a una adjudicación de responsabilidad o inocencia, en la que cualquiera que sea el resultado, si se respetó el procedimiento, va a ser válida o correcta.

Si el legislador solo quiere, por ejemplo, un proceso más rápido puede ser una modificación meramente procesal. Ahora si quiere que sea más rápido recortando ciertas garantías va a ser una modificación sustantiva. O si quiere el legislador que haya más sentencias condenatorias está modificando la base político criminal del proceso, y no puede pretender una aplicación retroactiva, porque aquí a la inversa del caso de la modificación de los montos estamos discutiendo si puede aplicarse retroactivamente una ley más perjudicial.

En el ámbito del derecho penal, en el proceso penal, hay una diferencia en la valoración de ciertas clases de error. Los errores pueden presentarse en contra de los resultados y también de la inocencia. Estos son mucho más graves que los errores de falla en la prevención del delito. Hay unidad de prevención en este caso que no se van a aplicar, van a haber culpables que se van a sentir satisfechos porque no van a ser castigados, pero aplicándolo logramos una aplicación sistemática y racional dentro del derecho penal que no es la óptima. La aplicación de la retroactividad, de la ley más benigna en este caso no es la solución óptima, pero es teleológica y sistemáticamente correcta.

## 2.2 Su vinculación con el Principio de Ultraactividad

Hay que tener en cuenta que en el momento de la producción del delito sobreviene una ley que es más severa que la vigente al momento de consumarse, a partir de esto se dice que hay que otorgar ultraactividad a la ley anterior más benigna. Pero como tal ley más benigna era la que estaba en vigor al momento de delinquir, lo que en realidad debe afirmarse para aplicarla ultraactivamente es que dicha ley ha sido la anterior o previa al hecho delictuoso.

Por ende, la ultraactividad de la ley más benigna es un caso de aplicación del principio constitucional de la ley previa, y ninguna ley podría esquivarlo.

Por lo general una norma solamente rige hacia el futuro, pero puede presentarse la ultraactividad de la ley, es decir cuando una ley derogada sigue produciendo efectos y sobrevive para algunos usos concretos.

Se tiene en cuenta la terminología *ultraactividad*, que se usa en el derecho, particularmente en el derecho penal con respecto a la sucesión de leyes en el tiempo. No explicaré conceptos conocidos; diré, sí, que entenderé derivada la ultraactividad del mejor derecho, del principio de *progresividad* de los derechos humanos, específicamente en cuanto de él se desprende la significación de que una vez ingresado un derecho humano al sistema jurídico interno se arriba a un estadio que no puede ser desconocido ni retrogrado en el futuro, como lo ha señalado Juliano (2011).

También puede observarse a la norma más favorable independientemente de su origen anterior o posterior. En este caso concordando con lo que resalta Juliano, cuando se produce la incorporación de un derecho humano al sistema jurídico interno se arriba a una etapa, que no puede ser ignorada ni replegada en una instancia posterior (Maier, 1982).

Es necesaria una sugerencia específica, referente para hablar directamente de *irreversibilidad* –no reversible–, esto es, *que (no) puede volver a un estado o condición anterior* con idéntico alcance que la palabra propuesta por Juliano (Maier, 1982, p. 133).

La prohibición de desistir la acción penal se denomina irrevocabilidad, complemento del principio de legalidad (v. "La ordenanza procesal Penal Alemana" por Julio B.J.Maier. Ed. Depalma, Bs.As., 1982, com. parág. 156, pág. 133). Ello supone que el legislador de un Estado



en el que se ha alcanzado un determinado desarrollo de los derechos y garantías fundamentales consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos –subrayo que debe tratarse de un desarrollo *fiel*- no puede derogar la reglamentación con otra de inferior calidad en términos de protección de sus habitantes. Y si lo hiciera, todo habitante del mismo puede invocar esas regulaciones ya derogadas en su favor como *el mejor derecho*.

La Convención como derecho supranacional elimina, obviamente, el dogma o mito interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado o ilimitado. Si había dudas posibles al respecto, este es el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver (Pescatore, 1981, p. 348).

Lo que sería entonces inadmisible, porque se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado Miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando, a posteriori, obstáculos constitucionales (Pescatore, 1981).

Del mismo modo, el artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico. Por todo lo expuesto, culmina, en materia de derechos humanos no era preciso efectuar una reforma a la Constitución. Solo hubiera sido más simple aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y, de manera consecuente con sus disposiciones, equilibrar su interpretación y aplicación del resto del derecho interno.

Añade que en materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional y supraconstitucional que cumplir, operativo, directo e inmediatamente aplicable también en el orden interno y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado. A tal efecto de operatividad directa e inmediata no necesitamos de una previa reforma constitucional (Pescatore, 1981, p. 350).

Por lo pronto, en Argentina, Estado con régimen federal de gobierno, ningún juez de ninguna provincia podría invocar la autonomía que deviene de los artículos 1, 5, 121 y 122, C.N., para aplicar en primer lugar una norma local de modo preferente a otra contenida en los instrumentos internacionales, ni desoír la jurisprudencia de los organismos internacionales encargados de su custodia. Ello así, porque ese *bloque de constitucionalidad* o *bloque federal de constitucionalidad* impera en ellas de pleno derecho –artículo 31, C N.- por la jerarquía que tiene la materia, debido a que se ubica en el ámbito de los derechos y garantías, en donde las provincias están obligadas a resguardarlos conforme lo manda el artículo 5, C. N. - con acuerdo con el 123-, entre las cinco condiciones que les impone. Por esto, no se trata de buscar eliminar las asimetrías a que se refirió la Corte en —*Verbitsky*- a través de una ley del Congreso o ley general, no porque no se asuma que ellas existen y que se proyectan en forma negativa para el mejor derecho de todos los habitantes de la Nación, sino porque esa *ley general* es la Constitución misma. Es al comportamiento de los jueces al que debe acudir en un sistema de control de constitucionalidad difuso, de derecho, judicial y represivo, como es el nuestro. Ahora también de *convencionalidad*.

En Chubut, la Constitución ha incorporado expresamente esta disposición: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina* [artículo 22, párrafo primero]. Aunque no se encuentre en otras constituciones, en verdad, ella debe entenderse elípticamente contenida en todas, repito, por el carácter dogmático que tiene la materia, que les resulta indisponible a las provincias.

Siguiendo con la temática de la denominada ultractividad, el ya mencionado y destacado autor Juliano enseña y destaca el principio de irretroactividad, como la imposibilidad estatal de desmejorar o empeorar un estándar ya adquirido por la comunidad donde, probablemente, encuentre mejor apoyatura la ultraactividad de la norma derogada. Ello, sin perjuicio de entender que el principio de progresividad de los derechos humanos, incuestionablemente, se encuentra involucrado (Maier, 1982).

Gordillo (2012) ha sostenido: “La irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos”. Esto es aplicable en el derecho comunitario, sobre todo en el

manejo de los compromisos contraídos en materia de tratados. No ha de olvidarse el principio de —la irreversibilidad de los compromisos comunitarios—. Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad [cita Pescatore, Pierre, Aspectos judiciales del —acervo comunitario, —Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336].

### **Conclusiones Parciales**

Se hace preciso tener en cuenta una interpretación precisa que se sustente en un conocimiento de la ley lo más cercano a un sustento jurídico, esencialmente técnico ante todo, en donde la reforma legislativa llevada a cabo no se la deje de lado, debido a que ella es fundamental al introducir la cuestión de la problemática de la sucesión de leyes en el tiempo. Es en ese marco que siempre se deberá respetar el esquema del sistema democrático y republicano que lleva adelante el estado, en donde deben tenerse en cuenta los principios en los que se sustenta, es decir la organización de los poderes del estado y la determinación de las facultades reconocidas en la Carta Constitucional que sin dudas es la base en donde reposa todo el andamiaje jurídico interno y que debe ser el basamento imprescindible por los jueces al dictar sus fallos.

El art. 2 del Código Penal establece la justicia objetiva de la retroactividad o de la ultractividad de la ley penal más benigna, imponiendo la obligación de la ley de esta naturaleza, aunque en este último caso, la ultractividad de la ley penal hace referencia a la idea de su aplicación después de haber perdido su vigencia, a los hechos regulados por ella, cometidos antes de ese momento y todavía no juzgados, representando una excepción al principio *tempus regit actum* (emanación del principio de legalidad contenido en el art. 18 de la C.N. ) el cual se expresa en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, según el cual el juez penal debe aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva.

***CAPITULO 3-***

***LA BENIGNIDAD COMO CARACTERISTICA  
ESENCIAL***

## **Introducción**

Lo básico es la no extractividad de las leyes penales: no retroactividad, ni ultraactividad, conforme al aforismo: *tempus regis actum*. Algunos autores, tal el caso de Manzini lo ha sintetizado en una expresión sencilla: No deben tener extractividad las leyes penales más restrictivas de la libertad.

La doctrina no ha sido ajena a dicho tratamiento y se ha ocupado de dicha temática a través de la formulación de diversas teorías: a- Irretroactividad de la ley en todos los casos, según lo propiciaban escritores alemanes; b- Irretroactividad, tomando como excepción la situación de la ley más benigna. Los argumentos de dicha proporción se sustentan en que conforman expresiones de pura justicia, en su aspecto de regla como así también de excepción.

### **3.1. Principio de Irretroactividad de la ley más benigna**

La ley penal más benigna es la que excluye la pena eliminando el hecho del catálogo de delitos o agregándole a la figura delictiva elementos nuevos o poniendo mayores exigencias para la persecución penal del hecho o favoreciendo su extinción, o ampliando la causa de impunidad. También lo es la que establece una pena menos severa, sustituyendo la vigencia por una de especie menos grave, o por otra de la misma especie pero de menos duración, o de ejecución más favorable<sup>5</sup>.

En otras palabras, la ley que teniendo en cuenta la situación jurídica en que se encuentra el interesado, lo favorece o lo hace en mayor medida, sea porque el hecho imputado, objeto de la condena, ha dejado de ser delictuoso o contravencional, sea porque castiga menos

---

<sup>5</sup> (Corte Sup. Just. Mendoza, sala 2ª, 18/3/1975 – Ajallla, Mario A. y otro), o las condiciones para el ejercicio de la acción penal (Sup. Trib. Just. Córdoba, sala penal, 7/9/1987 - M. P., LLC 1988-556; idem, Sup. Trib. Just. Chubut, 13/1/1971 – L.,E.)

severamente o se ponen mayores exigencias para castigarlo o menores para reprimirlo mas benignamente o para eximirlo de la pena o acordarle un beneficio<sup>6</sup>

La aplicación de este beneficio exige que se presente un conflicto temporal de leyes<sup>7</sup>; para determinarse la ley aplicable al caso, debe tenerse presente que para el catálogo normativo rige el principio de la extractividad (retroactividad-ultractividad) de la ley penal más benigna; aquella vigente al tiempo del hecho, ya al momento del pronunciamiento y, más aun, incluida la eventualmente vigente en oportunidad del cumplimiento de la sanción.

Para determinar la ley más favorable debe estarse al resultado de la comparación integral de las leyes mismas y esa comparación debe ser hecha partiendo de la pena, para optar entre la legislación anterior y la nueva, aquella que resulte mas favorable al encausado y no una tercera ley inoperante<sup>8</sup>; ya que no puede formarse mediante disposiciones sacadas de dos o más cuerpos legales distintos. Si se procediera de esta manera, el juez no aplicaría al caso una ley, sino dos o más leyes, alterándose así el sentido del artículo 2, que no quiere concederle al interesado la situación más favorable dentro del sistema total de la sucesión de leyes, sino únicamente la ley más favorable.

Cuando se trata de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna que gravita en la pena, la potestad discrecional comprende solo la determinación de la reducción pero en modo alguno puede prescindir de efectuarla. Si ello ocurre, el ejercicio de la facultad deviene arbitrario pues, al convertir en inocua a la modificación operada, prescinde en definitiva del marco legal dentro del cual aquélla debe desenvolverse.

En conclusión, la modificación de la concepción represiva contenida en las leyes penales opera frente a una vigencia sucesiva, y en relación a un mismo delito, pero nunca respecto de los distintos delitos penales tipificados en una misma ley<sup>9</sup>.

La ley penal más benigna debe aplicarse en el periodo procesal que media entre el momento en que el delito se comete y el del fallo definitivo comprendidas en todas las

---

<sup>6</sup> (Cam. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 15/10/1999 – B., J. D., JA 2001- II-91, AP 20011078).

<sup>7</sup> (Corte Sup., 9/9/1986 – Obregón Cano, Ricardo A., LL 187 -A- 447; idem Trib.Casacion Penal Buenos Aires, Sala 3ª, 24/5/2001- Degiglio JA 1987-I-sínt.).

<sup>8</sup> (C. Nac. Crim y Corr., Sala 1ª 28/5/1968- Sanchez José ED 23- 253, JA 1968 -IV- 379).

<sup>9</sup> (C. Nac. De Casación Penal, Sala 4ª, 30/10/1996- Deganz, Victor D.).

instancias; pero debe valorarse y aplicarse en forma separada para cada uno de los procesados por un mismo hecho, es decir, caso por caso y autor por autor, pues lo contrario significaría una desigualdad notoria concediendo a unos lo que se niega a otros, lo que está vedado por el artículo 16.

La aplicación de la ley más benigna se extiende mas allá del cumplimiento de la condena, y mientras quede aun subsistente cualquier consecuencia jurídica derivada del instituto del que se pretende su revisión. Siguiendo esta línea, el art. 2 del C.P. al establecer la retroactividad de la ley penal más benigna, da la pauta de cómo debe efectuarse la reducción estableciendo que la pena se limitará a la establecida por esa ley. En consecuencia, el tribunal solo puede reducir la condena al tope máximo que contiene la nueva norma penal, por ser este de menor cuantía que la sanción impuesta al penado.

Respecto a los efectos para que opere esta regla, no es necesario que el imputado o el condenado la solicite, ya que corresponde la aplicación de oficio de la ley más benigna atento a la expresión “de pleno derecho” contenido en el ya mencionado artículo penal.

Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1853-1860, tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaron, casi en forma unánime, que el principio por el cual se establece la aplicación retroactiva de la ley más benigna no tenía reconocimiento constitucional. Es decir, se trataba de un principio de base legal, que encontraba sustento normativo en lo dispuesto por el artículo 2 del Código Penal (Cesano, 2007).

Para demostrar esta afirmación basta con recordar la opinión que expusiera Guillermo Franco cuando expresó: “Corresponde puntualizar, igualmente, que el principio de la aplicación de la ley más benigna no alcanza en nuestro régimen jurídico vigente la jerarquía de una regla constitucional, ya que no se puede sostener que él está implícito o comprendido dentro del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, estipulado en el art. 18 de la Constitución Nacional”.

La propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también había sostenido este criterio en numerosos precedentes. Así es como, para citar solo un ejemplo, al fallar el caso “Ricardo Muller” el 4 de diciembre de 1965 (fallos 260:174), el máximo tribunal sostuvo que “la irretroactividad de la ley penal, tal como la consagra el artículo 18 de la

Constitución Nacional al excluir las leyes ex-post facto, no abarca la cuestión relativa a la aplicación de la ley penal más benigna” (Cesano, 2007).

Existió una etapa en el contexto de la historia nacional constitucional, el que se puede ubicar tiempo anterior a la reforma de 1994. Dicho documento constitucional, en su art. 29, expresaba: “Siempre se aplicará y aún con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado”.

Cuando la Constitución de 1949 fue dejada sin efecto, las cosas volvieron a su estado anterior, es decir, el principio de la retroactividad de la ley más benigna continuó teniendo una base legal pero no constitucional.

La reforma de 1994, ha introducido diferentes tratados internacionales ejemplares en materia de derechos humanos (art. 75 inc. 22, 2da. cláusula), que fundamentalmente produjo un cambio sustancial respecto de la cuestión que se citó. Lo dicho es así porque dos de esos instrumentos internacionales se han ocupado, en forma expresa. Las normas internacionales en cuestión son: el artículo 15 inc. 1º disposición del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el artículo 9 de la Convención americana de derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

El principio de irretroactividad de la ley penal tiene carácter constitucional, de modo que ésta debe entenderse como aplicable a hechos que tengan lugar sólo después de su vigencia, con excepción de la ley penal más benigna en virtud de la cual debe aplicarse toda legislación que, con posterioridad a la comisión de delito, disponga la imposición de una pena más leve<sup>10</sup>.

El principio de irretroactividad de la ley penal es una garantía fundamental de todo estado de derecho. Es un derecho constitucional que impide que a hechos pasados se apliquen disposiciones futuras más desfavorables para el imputado. Ello, a fin de evitar que la coyuntura actual motive al legislador a dictar leyes ad hoc, para el juzgamiento más severo de conductas pasadas que a su juicio revisten mayor gravedad. En contrapartida de este principio

---

<sup>10</sup> (De la disidencia parcial del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti- J.A. 27-02-08; Mayoría : Highton de Nolasco, Fayt, Petrachi, Maqueda, Zaffaroni; Disidencia: Lorenzetti, Argibay; T. 404.XLII; Torea, Héctor s/ recurso de casación; 11/12/2007; T. 330, P.5158).



surge el principio de retroactividad benigna en cuya virtud debe aplicarse la norma penal posterior a la comisión del hecho punible si es más favorable al imputado (Caro Coria, 2002).

Para Roxin la prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad política jurídica por el hecho de que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable, del estado de derecho (Roxin, 1997: p. 161).

El principio de legalidad penal conforma una interesante restricción a lo que se considera el desarrollo del ius puniendi por parte del Estado. Ello es así porque su acatamiento impide que los poderes ejecutivo y judicial configuren libremente delitos, faltas o infracciones administrativas, circunstancias de agravación y penas, sanciones o medidas de seguridad, pues ostenta un carácter fundamental defensivo frente a toda clase de abuso o arbitrariedades en materia tan sensible como la restricción y privación de la libertad individual (Huerta 2000:14). En este sentido su importancia del principio es tal que, de no existir, al criminal podría aplicársele los más terribles y aberrantes castigos, todo ellos a capricho del tribunal o del clamor popular (Blanco 2004:143). Allí radica el sostén fundamental que “el principio de legalidad penal sea la limitación del ius puniendi en el Estado de Derecho, tomando como presupuesto que la propia concepción de Estado de Derecho contiene ya un orden democrático, y haciendo referencia también al principio de separación de poderes (Bello 2008:36).”

Esta afirmación anterior se fundamenta en que el desenvolvimiento del ius puniendi llevado a cabo por el Estado, se puede manifestar como si este fuera la expresión de la potencialidad jurídica, lo que no es absoluto, sino que está sometido a ciertas restricciones. “Máxime en un Estado de derecho, en el que el respeto por la persona, sus libertades y derechos fundamentales constituyen una necesidad imperiosa, pues impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad” (Mir 1998:74).

Se pueden presentar distintos casos, como la creación de un nuevo tipo delictivo, la abolición de un nuevo tipo delictivo o modificaciones en la solución legal de los casos. En el ordenamiento positivo argentino el primero se resuelve por el art. 18 de la Constitución Nacional y los dos restantes en virtud de lo que dispone el art. 2 del Código Penal: “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 los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”.

Para la determinación de cuál es la ley más benigna puede ser necesario considerar las variaciones producidas en otras ramas del derecho. Porque por ley, se debe entender cualquier norma que tenga incidencia en la resolución del caso.

Se deben comparar las leyes sucesivas en relación a: a) el tipo de pena, b) la gravedad de la misma; c) los términos de la prescripción, d) Los requisitos de la acción y de proceso.

En síntesis la que es considerada la ley más estricta y aquella que es la más conveniente, se deberá resolver en cada situación específica. Existen dos principios ineludibles: no se le puede dejar a arbitrio del detenido teniendo en cuenta el carácter público del derecho penal y tampoco es probable no efectuar una mezcla de leyes, haciendo hincapié en lo más benigno de una, como así también de otra. Esto le está restringido al juez, porque es una prerrogativa legislativa. La única excepción está dada por el artículo tercero del Código: “En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado” (Terragni, 2014).

Según dicha interpretación, la citada norma se utiliza para leyes penales especiales, en el caso que no resuelvan algo distinto, en virtud del artículo que manifiesta: “Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”. Art 4 del Código Penal. Pueden referirse a reglas de reincidencia o de prescripción diferentes.

Tiene importancia para determinar el principio y el fin del período durante el cual se debe aplicar la ley más favorable, el tiempo en que el delito se estima cometido, así como si

es instantáneo, permanente o continuado. También si se trata de un delito a distancia, en caso de existir diferencias entre la ley del lugar de la manifestación de la voluntad y la del lugar del resultado, o cuando opera el “derecho penal por representación”, pues en esos casos se aplica la ley más benigna tomando esta regla como principio general del derecho.

### **3.2. Efectos derivados de dicho Principio**

Pueden presentarse problemas referidos al principio de ultractividad cuando la ley penal tiene un determinado límite de vigencia (Ley temporal) y el delito se comete por ejemplo el último día, cuando ya no habrá tiempo para juzgar al autor. O en casos de leyes que van a regir durante una determinada emergencia, como una guerra, una inundación o una catástrofe (ley excepcional). En cuanto a la situación de determinar si ha cesado el tiempo de vigencia de la ley o pretender que se le aplique la ley penal más benigna, se han formulado distintas posibilidades. No existe una respuesta unánime en la doctrina y en la jurisprudencia, aunque prevalece el criterio de que los hechos acontecidos durante la vigencia de la ley temporal deben regirse por ella, ya que si se aplicase la ley más benigna con efecto retroactivo, la ley temporal no podría cumplir la finalidad que llevó a su sanción. En cuanto a las leyes excepcionales la solución sería la misma pero preocupa la imprecisión del plazo, pues la vigencia de ella resulta de la desaparición de las circunstancias que la motivaron (Terragni, 2014).

En cuanto a la validez temporal de ciertas clases de leyes penales se encuentra la ley penal intermedia: el mismo art. 2 del Código penal lo resuelve cuando dice el “tiempo intermedio”. De manera que a veces la comparación hay que hacerla entre más de dos leyes y aún puede ocurrir que entre la vigencia de una y otra ley, quede un tiempo en el que el hecho no está previsto como delito. Durante ese lapso la ley más benigna es la que no existe y consecuentemente corresponde la absolución.

Por otra parte, la extractividad favorable de los tratados internacionales, para cuya concreción se han seguido las reglas que fija la constitución son ley, y consecuentemente sus disposiciones integran el campo de la regla que está siendo analizada.

Respecto a las leyes interpretativas y fe de erratas. Cuando las primeras, so excusa de fijar el entendimiento de la norma anterior en realidad varían su alcance, el principio del art. 2 debe ser respetado. No ocurre lo mismo en el caso de una ley de fe de erratas, pues lo único que hace es corregir un error material: no hay dos textos sino uno solo corregido.

En cuanto a las medidas de seguridad, se discute si en relación a las mismas funciona este principio, y aparentemente la respuesta debería ser negativa porque se supone que se trata de disposiciones que tienden siempre a beneficiar al sometido a ellas y que si se modifican será porque nuevas experiencias científicas lo aconsejan. Pero esta opinión no debe prevalecer cuando las nuevas medidas de seguridad impliquen una restricción mayor a la libertad del sometido a ellas.

El principio de la cosa juzgada cede exclusivamente en el ámbito referido a la aplicación de la ley más benigna; no en cuanto a la solución que el juez le ha dado al caso en aspectos no vinculados a ese tema.

Puede suceder que se halla verificado un cambio más aceptable para el preso en cuanto a la ejecución de la pena, en dicho caso también se debe aplicar el principio contenido en el artículo 2 del Código Penal.

Se hace preciso comentar lo ocurrido en un caso de corrupción de menores, en donde la Cámara de Casación bonaerense llevó adelante una condena a quien se encontraba incurso como responsable tomando como parámetro el artículo 125 del Código Penal incorporado durante la reforma de 1999. Esto a pesar de que el delito comenzó a ejecutarse – tomando en referencia que se lo comprendía como un delito continuado- mientras se hallaba en aplicación la de un sistema más benévolo o benigno.

Teniendo como una excepción a la aplicación de la ley penal más benigna, la Sala III de la Cámara de Casación Penal Bonaerense condenó a un acusado de corrupción de menores aplicando el texto del artículo 125 del Código Penal introducido por la reforma de 1999.

Ello a pesar de ser más severo que el existente al momento del comienzo de la ejecución del delito. “Cuando se trata de un delito continuado de promoción de la corrupción, el imperativo normativo abarca no sólo el momento inicial, sino todo el desarrollo de la conducta y hasta el momento en que se cumple el último acto; y si el mismo se ha cometido

durante la vigencia de un sistema más severo, como resulta ser la ley 25.087, ésta debió aplicarse al mismo”, según señalaron los camaristas Víctor Violín y Ricardo Borinsky.

El caso que motiva el estudio del citado caso arriba a Casación I una vez que el Tribunal en lo Criminal número 5 de Morón le aplicara una condena a un hombre a diez años de prisión, en su carácter de autor de los delitos de promoción de la corrupción de un menor de edad, al estimárselo como agravada por ser ascendiente de la víctima como así también por el delito de abuso deshonesto encuadrándolo en concurso ideal.

Con respecto a los hechos que ya fueron argumentados como así también probados, el fallo señala que en dicha situación surge un esquema de violencia familiar, en donde se presenta una situación particular en la que “el abuelo paterno de una niña de tres años de edad, la toma como objeto sexual en su domicilio, bajándole los pantalones y bombacha, para luego tocarle y besarle los genitales”.

Se produjo una sentencia de carácter condenatoria, por la cual los defensores de quien resultó imputado procedieron a efectuar una denuncia en donde alegan una aplicación equivocada del artículo 125 del Código Penal y adujeron el dolo específico particular del delito señalado, lo que no fue argumentado de manera fehaciente por el fiscal en la etapa de juicio oral. No obstante, dicho cuestionamiento hace alusión a la norma anterior a 1999 que establecía el castigo para que “el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

### **3.3. Excepciones al Principio**

Las leyes nacen para ser aplicadas; rigen para todos, según el principio de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En determinadas instancias a lo largo del tiempo en ciertos países, se exhibieron excepciones personales. A título ejemplificativo, aquellas que concedían prerrogativas al Rey en base al principio *princeps legisbus solutis est*, un desprendimiento del razonamiento de

que “el rey puede equivocarse”. La Constitución española de 1876 lo concentraba en base al pensamiento “La persona del rey es sagrada e inviolable.”

En el derecho positivo actual no se advierten restricciones personales a la aplicación de la ley penal. Es más, Germán Bidart Campos sostiene que existen dos tipos de igualdad. Una *formal* y otra de carácter *real*. La primera es aquella que considera que todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Todos son sujetos de derechos con iguales derechos civiles. La igualdad real es aquella en la cual el Estado juega un rol intervencionista intentando estabilizar la igualdad económica-social de sus habitantes. Un ejemplo en nuestra Constitución sobre igualdad real, la encontramos en el Art. 14 bis.

Por consideraciones de Derecho Internacional Público, aceptadas por la Constitución Nacional, existe un régimen especial referido a hechos protagonizados por los ministros y embajadores extranjeros en los cuales interviene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con jurisdicción originaria y exclusiva (Art. 101 de la CN de la Constitución Nacional de 1853) aplicando el derecho de gentes. Lo referido además sucede con los jefes de Estado extranjeros de forma que, si ellos llevan a cabo un delito hallándose en el espacio geográfico de la República Argentina, las prácticas internacionales señalan que será invitado a abandonar el país y su probable responsabilidad penal surgirá de lo que estipulen las normativas del país de origen. El derecho positivo nacional recepta dichas costumbres, y por lo tanto sitúa que se expresará la incompetencia favorable al país representado, contexto además observada por el artículo 7°, que lo señala el tratado de Montevideo de 1889.

### **Conclusiones parciales**

Se hace preciso admitir que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna ha adquirido jerarquía constitucional, a raíz de lo prescripto por la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y lo dispuesto por el art 75 inc. 22 de la CN. Ello es demostrativo que a partir del momento del hecho delictivo hasta que la pena se encuentre agotada, y en la situación de generarse sucesión de ley, mientras se extienda ese hecho siempre deberá emplearse la que se considere más

favorable al preso. Se ubica en un ámbito de igualdad con el principio de legalidad, el que no debe ser ubicado como su proyección, o situación excepcional, sino por el contrario una posibilidad diferente y distinta en donde no será estimada la prohibición de las leyes ex post facto. A su vez no puede alegarse la comprobación del criterio legislativo para obstaculizar la retroactividad de la nueva ley más benigna. Se basa en que una nueva regulación que surja del Estado que resigna un porcentaje del poder que tiene siendo beneficiario el ciudadano, está facultada a extralimitarse del impedimento de la ley previa.

## ***CAPÍTULO 4-***

# ***RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO***



## Introducción

En este Capítulo se establecerán las relaciones existentes entre el Derecho Penal con otras ramas del Derecho, como asimismo la vinculación que surge en el tema de la retroactividad de las leyes. Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho penal es un tema recurrente en la agenda de ambas disciplinas, desde los tiempos de la Ilustración. También se tendrá en cuenta la cuestión de los delitos conexos; en primer término, que la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, o mejor dicho, las relaciones que existen entre los contenidos, sean estos explícitos o implícitos de nuestra Carta Magna y el Derecho Penal, se han encontrado enmarcados por un conjunto de principios que tradicionalmente han operado como límite a la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*) y estos son entre otros: legalidad, proporcionalidad, lesividad, y culpabilidad.

### 4.1. Su regulación en otras ramas del Derecho

Soler (1992) hace referencia a ciertos instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración Francesa de Derechos Humanos (1789) que, en su artículo 8º, dispuso: “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, tal precepto no hacía más que recoger una de las reivindicaciones fundamentales de Beccaria que, dirigida de modo directo al legislador, encarna en la terminología actual los postulados de proporcionalidad y subsidiariedad del derecho penal. En el citado artículo 8º de la Declaración de 1789, se contiene el principio que poco más tarde formulara Feuerbach en términos latinos como “*nulla poena, nullum crimen sine lege*”.

Por su parte en el escenario del mundo moderno, como así también en el derecho penal, la manera de manifestar los principios que restringen el poder del Estado prosiguen en su presentación en las normativas constitucionales. Las diferencias se evidencian precisamente con referencia a la conocida como legislación penal especial, la que se fortalece en diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico que persiguen potencialidades, tal lo que ocurre con el derecho penal económico (Zaffaroni, 2009).

En cuanto a la regulación en las diferentes ramas del derecho: El ordenamiento constitucional argentino no permaneció indiferente a este movimiento. Por el contrario, desde los primigenios antecedentes jurídicos, surgió el interés por incorporar como preceptos de relevancia jerarquía normativa, postulados encaminados a limitar el desenvolvimiento del ius puniendi, en su presentación tradicional, lo que se ha presentado de manera fortalecida en la reforma constitucional de 1994, no solo por la consolidación de principios que se encontraban en el texto de 1853, sino además por la instauración de garantías que ya aparecían con jerarquía legal.

La coexistencia de aspectos legislativos que intentan flexibilizar el sistema de garantías incentivó, además, a indagar el comportamiento de la agencia judicial al momento de resolver planteamientos concretos vinculados con el control de constitucionalidad de aquellas disposiciones; todo con la finalidad de conformar un cuadro, relativamente preciso, de la problemática.

El sistema de principios constitucionales vinculados con la ley penal que estableció la Constitución histórica puede sintetizarse de la siguiente manera: Por una parte, el artículo 18 consagró la regla del *nullun crimen nulla poena sine praevia lege poenali*. Tal principio, al establecer la garantía de legalidad significa que la configuración de una infracción, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del poder legislativo y escapa a la órbita de las facultades ejecutivas y judiciales, pues nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de hacer lo que ella no prohíbe (C.N. Art. 19). De ahí nace, en primer lugar, la necesidad de que exista una ley que, configurando la infracción, mande o prohíba algo, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitir obrar en determinado sentido. Pero, según el mismo precepto, para que al violador de esa norma se le pueda aplicar una sanción penal, es preciso, además, que al lado de la infracción configurada, exista al mismo tiempo una sanción destinada para el violador.

Como primera explicación que surge de la garantía recién enunciada, la doctrina ha señalado la vigencia del principio de indelegabilidad de la facultad legislativa en materia penal; cuyo sentido, claramente, fue expuesto por Ricardo C. Núñez (1999) “(...) en el régimen republicano, que supone la división de los poderes de gobierno, el poder legislativo no puede pasar el ejercicio de su poder de sancionar la ley penal, ni al poder ejecutivo ni al

judicial”. Este principio no se vulnera en los casos de facultad reglamentaria del poder ejecutivo (actual Art. 99, inc. 2º, de la C.N.) en la medida en que se desenvuelva como una atribución para reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley penal; quedando, por cierto, al margen de tales competencias la definición de la infracción y de la pertinente pena, por representar un manifiesto desborde en el ejercicio de facultades constitucionales (Nuñez, 1999).

Una mención especial es lo que dispuso la Cámara Nacional de Casación Penal, mediante su Sala I, como también la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación lo mantuvo. En dicho sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que: “Es inadmisibles, entonces, entender que el Decreto 165/1994 del poder ejecutivo nacional ha venido a definir conductas que antes no se hallaban penalmente reprimidas, al complementar el precepto del artículo 72, inc. a de la Ley de Propiedad Intelectual. Así también, no resulta aceptable que el poder ejecutivo, mediante su reglamentación a través del art. 86, inc. 21, actual art. 99, inc. 20, C.N., pueda brindar resguardo penal a conductas no incorporadas en la Ley 11.723 (Cesano, 2015).

Ello es así pues el acatamiento al principio de legalidad, tal como lo ha entendido la Corte, solo permite que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (art. 1º) y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el poder ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Esta situación atípica, en la actualidad, se vio modificada por la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723 —a través de la Ley 25.036— que a los efectos de la tutela del derecho de autor incluyó, dentro del concepto de obra científica, literaria y artística, a los programas de computación (Soler, 1992).

En un fallo aún más reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en su actual integración—, haciendo suyo el dictamen del Procurador General, ha expresado un estándar muy general. En efecto, al resolver el precedente “Federación de Empresarios de

combustibles de la República Argentina y otros- Secretaría de Energía” el máximo tribunal federal expresó: “La garantía de ‘ley anterior’, contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional y del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo” (Zaffaroni, 2002).

En suma, la otra consecuencia que surge de la garantía de legalidad, también receptada en la regulación de la Constitución citada, está configurada por el principio de reserva penal; su sustento normativo se encuadra en la segunda cláusula del artículo 19 de la Constitución. Este principio, aparece como complemento ideal del *nullum crimen sine lege* y evidencia de esta manera las vinculaciones inescindibles que existen en el marco garantista que también incluye a la prohibición de la analogía y la irretroactividad de la ley penal más estricta, cuando en todas las referidas exista una relación fundante ((Nuñez, 1999).

#### **4.2. Delitos aplicables**

Es fundamental señalar en primer término que la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, o mejor dicho, las relaciones que surgen entre sus basamentos, ya sean estos evidentes o no en nuestra Carta Constitucional y el Derecho Penal, se han ubicado en un plano de alusión determinado por un conjunto de principios que tradicionalmente han operado como límite a la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*) y estos son entre otros: legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

Estos principios, hasta no hace más de un par de décadas, son concordantes en el tramo temporal con la modificación constitucional del año 1994, y la incorporación al conocido como bloque constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) los que influyeron, como límites expresamente externos a la potestad punitiva del Estado, como si fueran principios políticos-criminales que le brindaban a dicho legislador penal un contexto de estudio.

Por su parte, se manifiesta un amplio camino en el tránsito de la constitucionalización, en el nuevo marco jurídico, como además en las restantes ramas del derecho y por consiguiente en el ámbito del Derecho Procesal Penal, los que se remarcan precisamente en los contenidos de los Artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, Artículos 1; 3; 5; 7; 8; 9; 10; 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículos 4; 5; 7; 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículos 2. 3. a.; 7; 9; 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los derechos enunciados en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Zaffaroni, 2009).

Esta concepción, debe ser comprendida tanto en primer término por los legisladores, como asimismo por todos los operadores judiciales; es que el bloque constitucional es un conjunto de normas que impiden, limitan y racionalizan el proceso de tipificación de conductas y de establecimiento de penas a tales acciones, lo cual se ha visualizado primero en el trabajo dogmático-penal antes que en la operatividad práctica de los principios y derechos fundamentales referidos, reflejándose por lógica en los contenidos de la teoría del delito.

No se mencionan límites externos a la construcción normativa del Derecho Penal, sino de principios y normas fundantes sobre las que se construye la teoría de la aplicación normal y corriente de la ley penal.

Se debe hacer notar que la teoría del delito es uno de los aspectos más intrincados que ha elaborado la disciplina jurídica y que inexorablemente el camino que falta recorrer para culminar de cierta forma con estas reflexiones es involucrar decididamente los contenidos del bloque constitucional en la misma. Como correlato de lo vertido, se concuerda con lo que se menciona sobre la teoría del delito, tal como lo señala Iván Montoya Vivanco: *“una construcción sistemática histórica de las disposiciones y normas penales que ha determinado una estructura de análisis del fenómeno delictivo sobre la base de un sistema de filtros o niveles de juicios de valoración (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), cada uno con diverso contenido. Este sistema de filtros tiene una pretensión esencial brindar al juez herramientas de interpretación jurídica para poder atribuir un suceso concreto a un injusto penal predeterminado y, de esta manera, poder reprochar penalmente a una persona*

*concreta tal injusto penal cometido*” (Montoya Vivanco, 2003: 111). Es por ello que además se incorpora a la “acción” como parte esencial de la citada.

En suma, con el objeto de intentar construir un concepto de qué entendemos por teoría del delito decimos que es: “el estudio sistemático y analítico del hecho punible en cuanto a los elementos que lo integran y que entendemos que en forma abstracta son comunes a cualquier delito”. Por ende, al delito puede ser conceptualizado como la acción, típica, antijurídica y culpable; atento a lo que las categorías que conforman esta idea de teoría del delito son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En base a la conceptualización de la teoría del delito realizada, Zaffaroni expresa: “Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir cuáles son las características que debe tener cualquier delito” (Zaffaroni, 2000).

Es en dichas categorías que tienen relevancia principal los Derechos Humanos y su extensión o contenido debe ser concordante con los mismos, cuando se alegue una óptica del Derecho Penal garantista y así también defensora de la dignidad humana y por consiguiente del Estado Social y Democrático de Derecho, conceptos estos que entendemos son la base sobre la cual edificaremos una sociedad con un alto grado de solidaridad, en su conceptualización sociológica, la que participará de las características de multicultural y multirracial (Zaffaroni, 2009).

Haciendo alusión a la vinculación de los Derechos humanos con la teoría del delito en el marco constitucional: Se hace preciso destacar que la teoría del delito es el sostén que se encuentra en la Parte General que conforma el Derecho Penal, porque es en ella en donde se ubican los elementos que son comunes a todos los delitos, cada uno con sus características especiales. Por estos motivos es que entendemos que la Parte General es el marco de referencia de la Parte Especial en lo que es la tipificación de cada una de las figuras delictivas, las que por lógica deberán acomodarse a esta y responder a las indicaciones que imponga la teoría del delito. En cuanto a los elementos de la teoría del delito en relación a los Derechos Humanos, estos han sido claramente constitucionalizados a través de su incorporación al bloque constitucional a partir de la reforma constitucional del año 1994.

En referencia a la acción, está más que clara su vinculación a los Derechos Humanos, fundamentalmente en lo que refiere a la objetividad material del delito y por ende la exigencia

de un Derecho Penal del Acto, en contraposición a un Derecho Penal del Autor, propio este de los sistemas jurídicos autoritarios. En pocas palabras, para que exista delito, debe existir un acto externo, que tenga trascendencia hacia los demás, de lo que claramente se infiere que la persona humana sólo podrá ser “castigada” por lo que hace (Derecho Penal del Acto) y nunca por lo que es (Derecho Penal del Autor); fundamentos estos que se hallan explícitos en la Constitución Nacional cuando expresa: “*Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ...*” y en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando dice: “*Artículo 11.- 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*” (Cesano, 2015).

Por lo tanto, se puede deducir que ninguna persona puede ser atacada por su manera de pensar, forma de vida o personalidad, sólo lo será por acciones; claramente se debe cumplir con el lema: “los pensamientos no se penan”. Con referencia al elemento que más se relaciona con el ámbito de los derechos humanos puede citarse a la tipicidad, que nace como una resistencia a la superioridad del Estado, sobre todo de las autoridades gobernantes, quienes eran las que tenían la mayor independencia en diseñar lo que se entendía por delito y de aquellas conductas que no ingresaban en dicha definición, lo que en definitiva no guardaba una presencia de seguridad jurídica. La tipicidad se vincula directamente con la aparición del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), lo que se comprende que particularmente las leyes especificarán lo que se comprende por delito y cuál es la pena que se le asigna al citado y asimismo que dicha ley deberá partir por el órgano correspondiente, es decir, por el legislador y en tal sentido nuestra Carta Magna en su Artículo 18 es más que clara y concreta, a lo que debemos sumarle lo expresado en el Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La idea de tipicidad se desprende también de este principio de legalidad, ya que significa que la conducta humana se adecua a la descripción que hace de la misma el tipo penal. Por lo tanto la acción deberá estar tipificada para que se comprenda que es delito;

esto le concede seguridad jurídica al ciudadano, debido a que puede comprender con nitidez y de manera previa aquellas conductas que se hallan prohibidas y por consiguiente penadas. Es así que el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresamente manifiesta: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”*.

Los Derechos Humanos tienen una más que importante incidencia en la idea de tipicidad, un Derecho Penal mínimo, en razón de reconocer un amplio campo a la libertad de las personas y a la reducción de las restricciones que el Estado podría imponer sobre las mismas, como las que implican no solamente las penas, sino también la propia criminalización de ciertas conductas. Resaltamos que los ciudadanos no podrán ser castigados por una mera responsabilidad objetiva o por el resultado obtenido, ya que inexorablemente deberá verificarse una responsabilidad subjetiva, que entendemos, dentro de este orden de ideas, es la única que se admite en materia penal.

La antijuridicidad aparece de esta manera influenciada por los Derechos Humanos, fundamentalmente en lo que refiere a su aspecto material, debido a que es notorio que para que una acción típica se considere delito, debe haber afectado algún bien jurídico que se encuentre protegido y este bien jurídico presenta una connotación en cualquier Derecho Humano, tales como: la vida, la integridad, la libertad, el honor o la propiedad, atento a lo que concluimos que cuando una persona comete un delito agrede indefectiblemente algún Derecho Humano. Cuando de manera común se alude a la violación a los Derechos Humanos, y se lo efectúa como refiriéndose ante una agresión a los mismos que parten de la esfera del Estado, en principio no se podría establecer responsabilidad individual, sino únicamente responsabilidad internacional del Estado que realizó la transgresión, lo que en realidad no es así, ya que se ha establecido responsabilidad individual sancionándose a las personas por tales violaciones. En lo referente a la relación con la culpabilidad, se presenta la relevancia que manifiestan los Derechos Humanos de manera expresa, ya que sería atacar a los citados la imputación de una pena a aquel ser humano que no hubiera podido conducirse dentro de la norma penal. Esto es así, pues al hombre (ser humano) sólo se le puede imputar aquellas conductas que pudiera evitar realizar, haciendo uso evidentemente de su libertad, elemento este en el que se basa la dignidad humana y que acarrea la admisión de la responsabilidad.



Se hace fundamental esclarecer que en la teoría del delito tienen fundamental relevancia los Derechos Humanos, en virtud de que en la citada se enuncian los elementos que son estimados como esenciales para la configuración de la existencia del delito, y por lo tanto, no sería factible establecer una penalización al individuo, convirtiéndose entonces los Derechos Humanos en el extremo a la concepción de delito. Por ende, se resguarda al ser humano con relación a la pretensión punitiva que le concierne al Estado, el que en diversas situaciones ha transgredido este poder de variadas formas.

### **Conclusiones Parciales**

Se demostró la necesidad de prohibir la aplicación retroactividad 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.

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.

***CAPITULO 5-***

***OTRAS CUESTIONES VINCULADAS***

## **Introducción**

En este Capítulo es necesario referirse tanto a la relevancia que les compete tanto a las multas como a las medidas de seguridad, las que surgen en el ámbito del derecho penal como una posibilidad que tienen los órganos jurisdiccionales, los que en el marco de sus atribuciones, pueden dictar alguna de ellas, como una manera de incidir o afectar la situación patrimonial de los individuos condenados.

Así también, por otra parte, se destacará la importancia de las normas penales en blanco, esclareciendo su concepto, como además las diferentes maneras de hacerlas factibles y de aplicación efectiva.

### **5.1. Multas y medidas de seguridad**

Después de la prisión, la sanción pecuniaria es la segunda pena por excelencia en el sistema penal mexicano, está reglamentada en los artículos 29 a 39 del Código Penal Federal. La sanción pecuniaria consiste en que el juzgador le impone una multa al sentenciado y la equivalencia a la reparación del daño, ambas formas repercuten en el patrimonio del sentenciado en razón que las tiene que pagar o cumplir para acceder a los beneficios de la pena de prisión y “... por consecuencia causa un demérito (castigo) en el mismo, pero además tiene un carácter eminentemente retributivo, pues la multa se canaliza al Estado y la reparación del daño al ofendido por lo que no hay duda en afirmar que ambas constituyen una pena.” (Echavarrí, 2007).

Con respecto a la multa se puede afirmar que es una pena o sanción retributiva que radica en una obligación que aplica el Estado, mediante una condena judicial, que consiste en afectar el patrimonio de quien ha incurrido en el delito, a los fines que abone una suma de dinero, la que estará afectada al destino público. La medida de seguridad conlleva, de alguna manera, una privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el estado al individuo. El aceptar la medida de seguridad como privación de bienes jurídicos no conlleva en absoluto a

algún menosprecio a las finalidades preventivas de tratamiento y de readaptación que persigue esta institución jurídica.

Entre los fines de las medidas de seguridad: existe cierta unanimidad en admitir que su finalidad esencial es la de la prevención especial. De este fin preventivo-especial derivan dos problemas de gran trascendencia. Por un lado, el señalamiento del cierto equilibrio entre las medidas político-criminales de prevención de los delitos y las libertades individuales; por otro lado, la exacta comprensión del término resocializar.

La mala utilización de las medidas de seguridad consiste en que pueden transformarlas en un medio de ataque contra las garantías individuales, lo que provoca cierta tensión con las reglas esenciales del Estado democrático de Derecho.

Se trata de una pena pecuniaria; afecta el patrimonio del condenado pues impone la obligación de pagar la suma de dinero indicada por el juez en su resolución, conforme a los parámetros que la ley indica. En nuestro sistema legal vigente la transferencia de ese dinero se produce en favor del Estado y no quita la posibilidad de que en otros regímenes o en una futura reforma se establezca un sistema de multa reparatoria, que cobrarían la víctima o su familia. Por supuesto que este instituto haría desdibujar las fronteras, hoy nítidas, entre multa e indemnización de daños y perjuicios (Terragni, 2014).

Al ser la multa una pena, también tiende a coincidir con las mismas características de cualquier pena, es decir, consiste en un mal, que priva o afecta bienes jurídicos del condenado y que se aplica como retribución por haber vulnerado el delincuente reglas de conducta impuestas para lograr una convivencia armoniosa. Además, tiene como finalidad conseguir que el individuo castigado internalice las pautas de comportamiento exigidas por la sociedad.

No se debe aludir que a la multa debe enténdersela como a una pena y que esto es negativo, un mal, porque sucede que debido a la etapa inflacionaria en Argentina es precipitada como un proceso, el que se ha evidenciado con mayor notoriedad en las últimas décadas, encontrándose la moneda en una desvalorización (Terragni, 2014).

La moneda va perdiendo valor de una manera más rápida que la marcha del proceso de reforma legislativa, con la consecuencia notoria de que al cabo de unos meses las previsiones del legislador quedan superadas por la realidad y la multa no afecta en la misma medida en

que podía hacerlo inmediatamente luego de haberse elevado las escalas. Entonces pierde eficacia y hasta alienta la desobediencia, como es fácil comprobar en materia de contravenciones cuando alguien que tiene apuro por hacer un trámite estaciona lo mismo su vehículo en lugar prohibido sabiendo que la multa que eventualmente le aplicarán representará un sacrificio económico, mucho menor que el que provocaría la frustración de la diligencia. Esta consecuencia podría ser eliminada con el sistema de los días-multa al cual luego me referiré, y el que aporta además la ventaja de una menor individualización.

Como la generalidad de las penas, la misma es personal. El principio deriva del artículo 103 de la Constitución Nacional que, al definir el delito de traición, dice que la pena "no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado". Esto marca una diferencia esencial con la reparación civil en la que, ante la eventual confusión de los patrimonios del condenado a indemnizar y el de sus herederos, éstos tienen que satisfacer la obligación. El artículo 70 del Código Penal puede generar confusión a raíz de que está redactado en forma ambigua, pues dice: "Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aún después de muerto". Estrictamente hablando no hay indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas; lo que hay es indemnizaciones que pueden ser debidas por los daños causados por el delito. La idea está mal expresada en la ley, pero no puede existir ninguna duda, ya que los precedentes del artículo hacían referencia a las distinciones entre el Derecho Penal y el Civil, de manera que la pena sufrida no afectaba la obligación reparatoria, ni el haber cancelado la deuda podía liberar de la pena. De allí que la disposición admite que las responsabilidades civiles se hagan efectivas sobre los bienes de la herencia (Terragni, 2014).

De todas maneras, la muerte cancela toda pena, incluida naturalmente la de la multa, así como extingue la acción penal (art. 59 inc. 1º del C.P.). No se juzgó necesario incluir una norma expresa, como la que contenía el Proyecto Tejedor ("la muerte del delincuente extingue la pena en que hubiere incurrido") aunque modernamente se tiende a volver a la previsión específica. Así el Proyecto de 1960 dice que la pena se extingue por la muerte del condenado (art. 105 inc. 1º) lo que repite en idéntico lugar el Proyecto de 1979 (Soler, 1992).

La pena de multa es un mal personal e intransferible, como lo demuestra asimismo el hecho de que la falta de pago no puede llegar a transformar la multa en prisión, de otro que no sea el condenado.

El carácter personal de la pena, la índole retributiva de la sanción y el propósito de inculcar para el futuro hábitos de conducta adecuados, torna lamentable que el pago pueda hacerlo un tercero, con lo que se puede extinguir la acción penal (art. 64 C.P.) o recuperar la libertad el condenado que sufrió la conversión de multa en prisión (art. 22 C.P.).

La primera de las normas citadas tiene su origen en el proyecto de 1891, repetida en el de 1906 y tomada de este en el proceso de sanción del actual Código. La idea correspondía al Código italiano y se sostenía que en tales casos la oblación voluntaria de la multa suprime el motivo del juicio, en cualquier estado en que se halle, sometiéndose el inculcado a las consecuencias penales de su acción con ahorro de tiempo y de gastos para él, para la víctima y para la autoridad. Tratándose de penas pecuniarias, se agregaba, no hay peligro en dejar a las partes este medio de terminar los procesos. (Soler, 1992)

Las medidas de seguridad, por concurrencia de delitos o multirreincidencias, suelen inspirarse legislativamente en razones de seguridad y de mayor peligrosidad revelada en los hechos, y son actualizadas de modo que a su respecto se considera más apropiado aplicarlas; se resolverá conforme a la ley vigente al tiempo de la resolución.

La multa es una pena o sanción retributiva que consiste en la obligación que impone el Estado, a través de una condena judicial, de afectar el patrimonio de quien delinque para que éste pague una suma de dinero, que tiene destino público. Se trata de una reparación o mejor, retribución pública, y no de una indemnización por daño.

Los autores destacan esta personalización que la ley establece, puesto que se extingue la acción penal si el autor del delito fallece antes que la sentencia quede firme, y también la pena, si muere después, sin haber pagado, sin que tal circunstancia incida en el patrimonio que le corresponde a los herederos (art.70 CP), (Soler, 1992).

En el derecho penal argentino, la pena de multa tiene ciertas notas distintivas: “se presenta como pena reparadora y de intimidación, más que reformadora” como sostiene Núñez (1959, p. 418). En ella se resalta el carácter retributivo o de prevención general.

Tampoco es proporcional al daño o perjuicio causado por el delito, señalándose como resabio del sistema compensatorio (Núñez, 1999).

Del Art. 21 del C.P. se desprende el carácter personal de esta sanción, ya que si bien es de carácter patrimonial y obliga a un pago de una suma de dinero, no equivale a una obligación civil transmisible a los herederos (Art. 70 C.P.). Soler propicia distinguir las multas administrativas de carácter penal –susceptibles de convertirse en arrestos, en caso de falta de pago- y que se dictan en ejercicio del legítimo poder de policía de las Provincias y de la Nación, que deben seguir siendo personales respecto de las otras multas que sólo tienen carácter fiscal, cuya carga si sería transmisible (Soler, 1992).

Se trata de una sanción divisible, con un mínimo y un máximo, que posibilitan una determinación individualizadora de esta pena (Art. 41 C.P.), donde pesa la situación económica del penado, como expresamente lo requiere el art. 21 del C.P. Puede haber excepciones en leyes especiales.

En caso de incumplimiento del pago de la multa, en el término que la sentencia fija, el Código prevé que en forma sustitutiva se pueda imponer una multa que no podrá exceder del año y medio de prisión (art. 21, 2da. Parte) computándose el monto que corresponda por cada día de prisión. La ley contempla otras soluciones alternativas menos cruentas si fracasan la restantes: a- que el pago pueda satisfacerse mediante la ejecución de bienes, sueldos o entradas del condenado; b- que se le autorice a satisfacer la pena pecuniaria, mediante trabajo libre a favor del estado” (Núñez, 1999: T II, pág. 430); c- facultativamente, autorizar su pago en cuotas, fijando el monto y formas de pago, según la condición económica por el tribunal.

La recuperación de la libertad del reo, opera en cualquier tiempo que se satisficiera la multa (art. 22 del C.P.). “Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el computo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido”.

Las medidas de seguridad, pueden considerarse como aquellas sanciones complementarias o sustitutivas de las penas que el juez puede imponer con efectos preventivos a aquel sujeto que comete un ilícito penal. Esta persona es susceptible de recibir una medida de seguridad a efectos de evitar nuevos ilícitos.

Es de importancia trascendental, el contenido resocializador de las medidas de seguridad, que coincide con el art. IX del Título Preliminar del Código Penal actual.

En cuanto a los requisitos para aplicar una medida de seguridad: 1- Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito, es decir, la conducta realizada debe estar recogida dentro de un tipo penal; 2- Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de un comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos (Soler, 1992).

Esto es lo que se conoce como un pronóstico de peligrosidad una vez suscitado el delito, es decir, la misma se la toma con el fin que el sujeto no vuelva a producir delitos en el futuro.

Una vez cumplimentados dichos requisitos, debe evaluarse la duración, la cual debe ser proporcional a la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometería si no fuera tratado. La graduación de la peligrosidad del sujeto depende de la opinión de peritos en la materia (Soler, 1992).

Las medidas de seguridad no son penas, por consiguiente, no se fundamentan en el principio de culpabilidad sino en el principio de proporcionalidad – grado de peligro.

En cuanto a los tipos de medidas de seguridad se pueden citar: a- Internación: se aplica a los inimputables dentro de instituciones especializadas en el tratamiento de estos sujetos, con fines terapéuticos o de custodia. La duración de esta medida no puede exceder el máximo legal de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarle por el delito cometido. La autoridad del centro de internación debe rendir un informe cada seis meses al juez. Por ejemplo, en los hospitales neuropsiquiátricos (Núñez, 1999). b- Tratamiento ambulatorio: esta medida se aplica a los inimputables relativos conjuntamente con su pena. En este caso, a diferencia del anterior, el sujeto no está recluido en una institución, sino que es examinado periódicamente.

Respecto a la Imputabilidad: Para poder analizar si una persona puede ser o no juzgada penalmente se deberá tener en cuenta lo siguiente: a- ser mayor de 18 años; b- tener capacidad psicológica, anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, sufrir alteraciones en la



percepción que afecte su concepto de la realidad, no tener la capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto (Zaffaroni, 2000).

En cuanto al fundamento de la medida de seguridad: La base de la medida de seguridad de internación es la peligrosidad del agente y no son dictadas con el fin de compensación retribuidora por un hecho injusto, sino para la seguridad futura de la comunidad frente a las violaciones ulteriores del derecho que pueden esperarse por parte de ese autor. La extensión de las medidas de seguridad no se determina según la gravedad del hecho sino de acuerdo con la clase y peligrosidad del involucrado, extremo que obliga a responder, cuándo estas son necesarias, es decir, en qué momento su aplicación deviene indispensable para la protección de la comunidad y el afectado. Es la propia ley la que indica con fundamentos, la internación en un establecimiento adecuado, cuando el autor revele condiciones que lo hagan peligrosos. La medida de seguridad debe ser proporcional a la peligrosidad del sujeto pasivo.

Atendiendo al carácter coactivo que importa la internación, esta sólo puede justificarse cuando no resulte procedente una medida menos lesiva de la libertad a través de la cual pueda neutralizarse la peligrosidad del enfermo. La circunstancia de que la peligrosidad potencial del imputado se encuentre supeditada a la continuidad del tratamiento psiquiátrico ambulatorio que no debe abandonar, no autoriza al juzgador a que se disponga su inmediata internación bajo la esfera de lo establecido en el art. 34 inc. 1 del código sustantivo, ya que esa norma debe ser interpretada como imperativa en aquellos supuestos que no exista la vía alternativa del tratamiento móvil. En muchas situaciones se termina conduciéndolo a la psiquiatría al delito pretendiendo transformar a los hospitales públicos en cárceles encubiertas. Se pone de manifiesto el lugar fundamental de la defensa y la esencial función de control que les asigna amplias facultades a los magistrados en el ámbito de su actuación en el que se desenvuelvan, la que debe llevarse adelante de manera rápida y libre, teniendo en cuenta las causas que la generaron (Zaffaroni, 2000).

## 5.2. Relación con las normas penales en blanco

Vinculada también con esta garantía, se discute la constitucionalidad de las denominadas leyes penales en blanco, de muy profusa utilización en el ámbito del derecho penal económico y, así mismo, en connotaciones con relación a la aplicación relativas a las mismas, del principio de retroactividad de la ley más benigna (Cesano, 2015).

Las leyes penales en blanco suponen la existencia de una ley que efectúa una remisión a otra instancia normativa que la complementa. Es evidente que, si esa otra instancia es el mismo Congreso de la Nación, ningún cuestionamiento podrá realizarse. No ocurre lo mismo si la norma complementaria emanara de un órgano que carece de competencia para el dictado de disposiciones penales. Es el caso en donde, una ley del parlamento nacional, remite a una norma reglamentaria dictada por el poder ejecutivo o a una norma provincial o municipal.

Con respecto a las leyes penales en blanco pueden ser conceptualizadas como las conductas punibles que se encuentran especificadas dentro de la ley de forma abarcativa, para que sean explicitadas con relación a otras etapas sean éstas legislativas o administrativas. El fundamento de estas leyes reside en organizar algunas materias que precisan de un ingrediente destacado de conocimiento técnico en el plano jurídico, las que deben ser revisadas de manera periódica, tal lo que sucede en materia económica, armas de fuego, a título ejemplificativo. Este conocimiento se ubica más allá del ámbito de la administración, que se limita a incorporar aquellos aspectos de la ley que le fueron conferidos (De Luca, 1994).

Una ley penal en blanco puede ubicarse de manera simultánea con una ley transitoria – sea de manera temporal o excepcional-. Dichas leyes pueden ser de carácter permanentes, las que pueden tratarse en diversas temáticas y a su vez se pueden presentar distintas mezclas de estas categorías. En esta situación cuando una norma sea transitoria, dicho carácter predominará sobre los demás cuando deba explicitarse si es factible o no, la retroactividad de la ley penal posterior más favorable. No obstante, existe diversidad de casos de leyes penales en blanco que no son transitorias o de emergencia, tal lo que sucede con los decretos reglamentarios para realizar una conceptualización de lo que se comprende por “arma de guerra” y que no se ha enunciado mediante una ley penal en blanco. Se aplica el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, con respecto a las leyes penales en blanco, en el

que se trate de una materia, o cuyas normas se remitan a enunciar temáticas económicas, las que vengan a complementar una ley penal en blanco, en tanto que ellas sean permanentes, no debiéndose alejar del citado postulado.

Existen fundamentaciones para alejarse del principio de retroactividad de la ley posterior más conveniente, cuando se trate de normas temporales y excepcionales, es decir las que tengan vigencia temporal, previamente fijada a una determinada extensión temporal de manera expresa en la ley, o en su defecto que se halle vinculada a la vigencia de determinados factores excepcionales. En el caso que el período ha acontecido o los factores han desaparecido estas leyes caen automáticamente, es decir ya no son efectivas en su vigencia. Dicha excepción fue tomada en cuenta en las consideraciones previas del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el que se tuvieron en cuenta las leyes especiales, ya sean temporales o de emergencia, como situaciones en las que era factible la aplicación del principio de la ley penal más benigna.

Se ha debatido si en los casos aludidos puede referirse a una excepción con respecto al principio de retroactividad. Dichas normas transitorias no se comprenden como derogadas por otras, sino que no les corresponde dejar de plasmar efectos, teniendo como referencia el plazo regulado para su cese o habiéndose extinguido las causas excepcionales que contribuyeron a su nacimiento. Debe comprenderse que no es una situación de sucesión de leyes en el tiempo, por lo tanto, la ley continuará su aplicación para aquellas situaciones que sucedieron en el término de su vigencia (De Luca, 1994).

No cabe la aplicación directa de las reglas que rigen el derecho penal, sin más, sino que la remisión a los principios penales habrá de suscitarse ante la ausencia de soluciones específicas del derecho penal especial; porque no puede operar indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna del art. 2 del C.P. respecto de las leyes penales en blanco que se complementan con actos administrativos, de naturaleza esencialmente variable, porque significa quitarles previamente cualquier clase de eficacia; las citadas variantes se deben a circunstancias de hecho (fácticas), cuya desaparición luego de cometido el delito en nada influye sobre la punibilidad de este.

## Conclusiones Parciales

Con respecto a las medidas de internación se debe efectuar una interpretación del art. 34 del Código Penal que se adapte a los postulados internacionales que motivan a dicha norma particular. En ella se prioriza la garantía del debido proceso, la que debe ser tenida en cuenta en dichas situaciones cuando se resuelva una internación psiquiátrica, teniendo en cuenta el nivel de vulnerabilidad, la ineptitud y dejadez en el que se hallen sujetos a tratamiento de dicha clase. La doctrina y jurisprudencia en materia de no aplicación automática del principio de la ley penal más benigna a las leyes penales en blanco, han formulado críticas, las que se apoyan en la asimilación de fundamentos y soluciones que corresponden a situaciones distintas: principio de legalidad y la ley formal, leyes penales en blanco, ley penal más benigna, leyes transitorias, de emergencia y permanentes, normas de contenido económico, entre otras.

Se pretenden suplir mediante esa asimilación, las deficiencias, omisiones y errores políticos de los órganos competentes, encargados de redactar esas normas: el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

El procedimiento elegido para aplicar dicha toma de decisión es inconstitucional en el entendimiento en que un poder del Estado en determinadas situaciones se entromete en la competencia de otro, alegando una interpretación de comprender el espíritu o voluntad de legislador, como así también de la ley. Los jueces no se hallan sujetos a encontrar posturas axiológicas, o si el cambio versa sobre una revalorización total o meramente coyuntural de las circunstancias, o si se trata o no de un cambio global en la política del sector.

La aplicación del principio de la ley penal más benigna en leyes penales en blanco, sólo puede evitarse cuando la nueva norma que llena de contenido al tipo penal en blanco, es temporal o de emergencia, o expresamente prevé que la antigua subsistirá para los hechos acaecidos durante su vigencia. En realidad, ello implica su no derogación, es decir, que no se trata de un caso de sucesión temporal de leyes penales.

## CONCLUSIONES GENERALES

El presente trabajo ha girado alrededor de un problema de Investigación, que es el de establecer: “¿Cuáles son los criterios que determinan aplicable una ley penal más benigna en el marco del ordenamiento jurídico argentino?”. Para ello debe tenerse en cuenta que en nuestra sociedad, existe una exigencia democrática de participación de todas las personas en la vida social, lo que conduce a garantizar la igualdad de todos los individuos ante la ley, y en consecuencia todos tienen derecho a igual protección, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, considerando fundamentalmente la dignidad y el valor de la persona humana orientada a su integridad personal.

Se deben tener en cuenta las conductas entre los individuos, que muchas veces tienden a corromperse. Es por ello que se dan a conocer, se manifiestan conflictos particulares, específicos, que en la generalidad de las veces se traducen en ocasionar algún daño, o en generar alguna eventualidad en donde se ataque la seguridad de la sociedad, como así también de sus componentes. Ante esta situación, la sociedad no permanece ajena, sino que responde de diversas formas, y no siempre de manera positiva; unas de las notas características sobresalientes que giran en torno a la temática y que cobran gran protagonismo son la discriminación y la exclusión hacia el acusado de un delito.

Es necesario un rol activo por parte del Estado, con una tendencia a adoptar todas las medidas que sean necesarias para superar todos los obstáculos que puedan presentarse para que de esta manera los individuos puedan hacer valer todos los derechos de los que son titulares. Siguiendo con esto, y considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de nuestra humanidad, nuestra Carta Magna consagra una garantía irrenunciable denominada Debido Proceso de la que gozan todas las personas, y representa la protección más fundamental para el respeto de sus derechos. De esta garantía, se regula un principio denominado Irretroactividad de la ley, el cual determina que la ley penal debe aplicarse a hechos que tengan lugar sólo después de su vigencia. Este principio básico y fundamental que se desprende del artículo 18 de la Constitución Nacional, presenta una excepción, que es la aplicación retroactiva de ley penal, si esta fuere más favorable al acusado o imputado. Al

respecto, el Código Penal en su art. 2 establece: “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”.

El ordenamiento jurídico argentino no permanece inmutable en el tiempo. Algunas leyes se extinguen y otras nuevas nacen. La cuestión se plantea cuando la ley vigente en el momento del fallo, que regularía el hecho cometido, es distinta de la que regía cuando se lo cometió, modificando la situación jurídica del sujeto imputado.

Debe reconocerse juntamente con el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna que también existe la ultractividad de la ley anterior más beneficiosa, pues el art. 2 del C.P. no se refiere solamente a la inaplicabilidad de una norma más gravosa, posterior al momento de la comisión de hecho, en la medida en que abarca tanto la retroactividad de la nueva ley más benigna como también la ultractividad de la ley anterior más benigna, quedando así interpretado el principio general de la irretroactividad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

El propio art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura el juzgamiento fundado en ley anterior y la defensa en juicio, comprende la garantía de la retroactividad de la nueva ley más benigna y la subsistencia de la ley anterior en caso de dictarse una norma más severa.

En cuanto al Objetivo General: este ha consistido en analizar cuáles son los criterios en los que se fundamenta la aplicación de la ley penal más benéfica y cuáles son los efectos que esto produce. Asimismo se han desarrollado los Objetivos Específicos del presente trabajo, a saber: analizar la regulación de la retroactividad de la ley en el Código Penal y Código Procesal Penal; examinar la validez temporal de las leyes penales; explicar los principios fundamentales en los que se funda el principio retroactivo; investigar acerca de la problemática de la sucesión de las leyes penales; analizar cuáles son las distintas hipótesis que se presentan para determinar la ley penal más favorable al imputado.

En cuanto a la Hipótesis de trabajo: En nuestra legislación, rige el principio general de la Irretroactividad de la Ley, que deriva del Principio de Legalidad por lo que establece en el artículo 18 de la Constitución Nacional, primer párrafo: “Ningún habitante de la Nación

puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”. Esto significa que, en principio, las leyes rigen para el futuro, y no pueden aplicarse a hechos ocurridos antes de su sanción. En base al principio de irretroactividad, la ley aplicable respecto de un delito, es aquella que estaba en vigencia al tiempo de cometerse un delito. Pero ocurre que, desde el tiempo en que se cometió el delito hasta que se dicta sentencia sobre el mismo, la ley puede haber cambiado; es precisamente en estos casos cuando se plantea el interrogante: ¿Qué ley se aplica?, ¿la que regía al tiempo de cometerse el delito?, ¿la que regía al tiempo de dictarse la sentencia?, ¿o la que regía durante el tiempo en que el condenado cumplía la condena?

En relación a dichos interrogantes, frente a la colisión de leyes o ante los cambios normativos, se desprende la aplicación de la ley que sea más benéfica a los intereses del procesado, lo que debe aplicarse de forma automática, sin dilación, por ser no un beneficio, sino un derecho del ciudadano.

Se hace preciso manifestar que, si una situación jurídica se ha consolidado plenamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, tampoco se da cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un asunto se manifiesta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua, pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva ley.

En cuanto a su ámbito de aplicación relativo al proceso considerado en sí mismo, la ley penal más benigna debe aplicarse en el periodo procesal que media entre el momento en que el delito se comete y el del fallo definitivo, comprendidas de todas las instancias; pero debe valuarse y aplicarse en forma separada para cada uno de los procesados por un mismo hecho, es decir, caso por caso y autor por autor, pues lo contrario significaría una desigualdad notoria concediendo a unos lo que se le niega a otros, lo que está vedado por el art. 16 de la Constitución Nacional. Respeto al sentenciado que ya se encuentra cumpliendo una condena, la aplicación de la ley más benigna va mas allá del cumplimiento de la misma, y mientras quede aun subsistente cualquier consecuencia jurídica derivada del instituto del que se pretende su revisión. Siguiendo esta línea, el art. 2 del C.P. al establecer la retroactividad de la ley penal más benigna, da la pauta de cómo debe efectuarse la reducción estableciendo que la

pena se limitará a la establecida por esa ley. En consecuencia, el tribunal solo puede reducir la condena al tope máximo que contiene la nueva norma penal, por ser este de menor cuantía que la sanción impuesta al penado.

Respecto a los efectos para que opere esta regla, no es necesario que el imputado o el condenado la solicite, ya que corresponde la aplicación de oficio de la ley más benigna atento a la expresión “de pleno derecho” contenido en el ya mencionado artículo penal.

El presente trabajo está constituido por una Introducción, y cinco Capítulos que se complementan uno con otro, no obstante su desarrollo es independiente. En el primer Capítulo se analizó el debido proceso y se exploran antecedentes jurídicos del mismo tanto en el plano internacional, como así también en el marco constitucional. En el segundo capítulo se consideró la problemática de la sucesión de las leyes penales en el tiempo, en nuestro país. Por su parte en el Capítulo tercero se presentaron las características de la benignidad como rasgo fundamental; en el cuarto Capítulo se argumentó con respecto a la retroactividad de la ley y en el quinto en virtud de las disposiciones de otras cuestiones relacionadas a saber, las multas, las medidas de seguridad y las normas penales en blanco.

En lo relativo a las Preguntas de Investigación: se destacan las siguientes, ¿Cómo se regula este instituto en el Código Penal y Código Procesal Penal? ¿Está contemplado en los Tratados que adquieren jerarquía constitucional?, ¿Cuál es la regulación que establecen? ¿Cuáles son las causales que determinan un cambio normativo en el derecho penal? ¿Qué se entiende por “ley más benigna”? ¿Es posible ofrecer un concepto unívoco de la misma? ¿Cómo se determina el menor o mayor grado de benignidad en el caso concreto? ¿Por qué es considerada una excepción a la garantía de la irretroactividad? ¿Se considera una derivación del Debido Proceso Legal, establecido en la Constitución Nacional? Además del Derecho Penal, ¿está permitida la retroactividad de la ley en otras ramas del derecho? ¿A qué delitos se le aplica? ¿Es aplicable a las multas y medidas de seguridad?, ¿Existen excepciones que limiten la aplicabilidad retroactiva de la ley más favorable? , ¿Qué relación guarda con las normas penales en blanco?

En lo relativo a la Metodología: En cuanto al marco metodológico de la investigación, el método cualitativo es el aplicado en el proyecto aquí tratado. Esta metodología permite el análisis y la interpretación del principio estudiado y las normas vigentes que lo regulan;



posibilita captar las significaciones y sentidos del instituto jurídico estudiado y profundizar en su conocimiento. Afirma Sampieri que la metodología cualitativa se orienta a la exploración, descripción y entendimiento de una situación o fenómeno. Se considera que se trata de la comprensión e interpretación de lo explorado y descrito. Se hace preciso definir las técnicas de recolección de datos a emplear en una investigación. Ello debe ser consecuente con la metodología. En el caso de este estudio, la metodología es cualitativa y las técnicas a utilizar serán: Observación de datos y documentos en la búsqueda de los fundamentos y procedencia del instituto objeto de estudio; Análisis documental: abarca el análisis de las distintas fuentes que tratan la cuestión de la retroactividad de la ley penal, sus condiciones y requisitos y su aplicación.

En cuanto al fundamento del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, la misma surge como consecuencia de la idea de defensa social que sirve de base a la legislación punitiva; tal idea importa admitir que toda modificación de estas normas obedecerá a que el legislador ha encontrado un desajuste entre las leyes anteriores y los fines que perseguía al dictarlas, esto es que la nueva disposición sirve mejor a los intereses que se busca tutelar, y por ello, debe ser esta última la que se aplique a los hechos que hayan de juzgarse después de su sanción.

En lo que refiere al estudio de los antecedentes del precepto que ha dirigido la presente investigación, tiene su punto de inicio en la Constitución Nacional de 1.853, particularmente, en su art. 18, primera parte, el que dispuso de manera contundente el principio de la irretroactividad de la ley penal, sin ningún tipo de explicación o correcciones de ninguna clase. Es dable recordar que el primer Código Penal argentino, fue redactado en el año 1.886, que tuvo como precedente al Proyecto Tejedor, y que al observar en su art. 48, de él se desprende una línea legislativa de dicha temática.

Las constituciones de los estados, como así también los tratados internacionales en el plano de los derechos humanos, las leyes nacionales también en dicha materia, deben ser estimadas como una formulación de una nómina amplia de garantías del debido proceso, cuyos actores principales alegan sus derechos para que sean resueltos en cualquier clase de procesos, en donde se propicie ante el resguardo de derechos y libertades esenciales. El debido proceso legal, en el ámbito judicial, está expresado y avalado en el esquema del

derecho interno como en el del internacional, y se halla inserto en la jurisprudencia del sistema interamericano, como una garantía fundamental para asegurar la protección de los derechos esenciales, en toda circunstancia. Se hace preciso afirmar que para los operadores del plano judicial se les reconoce como un desafío nuevo y fundamental, la aplicación sistemática e integrada de las normas de derechos humanos que regulan el debido proceso, ya que son ellos los que deben interpretar los diferentes instrumentos sobre derechos humanos - internos e internacionales – a fin de garantizar las exigencias del debido proceso legal, sin diferenciaciones de ninguna clase.

Es necesario tener en cuenta una interpretación precisa que se sustente en un conocimiento de la ley lo más cercano a un sustento jurídico, esencialmente técnico, introduciendo la cuestión de la problemática de la sucesión de leyes en el tiempo. Es en ese marco que siempre se deberá respetar el esquema del sistema democrático y republicano que lleva adelante el estado, en donde deben tenerse en cuenta los principios en los que se sustenta, es decir la organización de los poderes del estado y la determinación de las facultades reconocidas en la Carta Constitucional, que sin dudas es la base en donde reposa todo el andamiaje jurídico interno y que debe ser el basamento imprescindible por los jueces al dictar sus fallos. Se hace preciso admitir que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna ha adquirido jerarquía constitucional, a raíz de lo prescripto por la Convención Americana de Derecho Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y lo dispuesto por el art 75 inc. 22 de la CN. Ello es demostrativo que a partir del momento del hecho delictivo hasta que la pena se encuentre agotada, y en la situación de generarse sucesión de ley mientras se extienda ese hecho, siempre deberá emplearse la que se considere más favorable al preso. A su vez no puede alegarse comprobación de criterio legislativo para obstaculizar la retroactividad de la nueva ley más benigna. Se basa en que una nueva regulación que surja del Estado, que resigna a un porcentaje del poder que tiene, siendo beneficiario el ciudadano, está facultada a extralimitarse del impedimento de la ley previa.

Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho penal es un tema recurrente en la agenda de ambas disciplinas, desde los tiempos de la Ilustración.

Surgen preocupaciones en el derecho argentino de incorporar principios dirigidos a acotar el ejercicio del ius puniendi, lo que se ha manifestado con evidencia en la reforma

constitucional del 94. Así es primordial llevar adelante una sistematización de las principales garantías ya existentes para adaptarlas a los cambios sufridos a partir de la reforma. Se hace mención a 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 rigurosos por la sociedad, pueda caer en la tentación de crear previsiones de pena, lo que no correspondería con un modelo de estado social y democrático de derecho.

Es necesario tener en cuenta las multas y medidas de seguridad. Con respecto a la multa se puede afirmar que es una pena o sanción retributiva que radica en una obligación que aplica el Estado, mediante una condena judicial, que consiste en afectar el patrimonio de quien ha incurrido en el delito, a los fines que abone una suma de dinero, la que estará afectada al destino público. La medida de seguridad conlleva una privación de bienes jurídicos al serle impuesta por el estado al individuo. El aceptar la medida de seguridad como privación de bienes jurídicos no lleva en absoluto a algún menosprecio a las finalidades preventivas de tratamiento y de readaptación que persigue esta institución jurídica. Se hace necesario interpretar que las medidas de internación deben realizarse dentro del art 34 del código penal que debe adaptarse a los postulados internacionales. Se debe priorizar la garantía del debido proceso, la que debe ser tenida en cuenta en dichas situaciones, por ejemplo, cuando se resuelva una internación psiquiátrica, teniendo en cuenta el nivel de vulnerabilidad, la ineptitud y la dejadez en el que se hallen sujetos a tratamiento de dicha clase. Es necesario recordar que la doctrina y la jurisprudencia en materia de no aplicación automática del principio de la ley penal más benigna a las leyes penales en blanco, es criticable.

La aplicación del principio de la ley penal más benigna en leyes penales en blanco, sólo puede evitarse cuando la nueva norma que llena de contenido al tipo penal en blanco, es temporal o de emergencia, o expresamente prevé que la antigua subsistirá para los hechos acaecidos durante su vigencia. En realidad, ello implica su no derogación, es decir, que no se trata de un caso de sucesión temporal de leyes penales.

## **BIBLIOGRAFIA GENERAL**

### **a) DOCTRINA**

- Baigun, David- Zaffaroni, Eugenio. (2016), “Código Penal comentado”, Buenos Aires: Hammurabi, Depalma Editor.
- Barthes, Roland (1986), “S/Z”, México DF, México.
- Bello Gordillo, Christian (2008)” Principio de irretroactividad de la ley penal: Fundamentos y alcances. Lima: UPC Serie cum Laude.
- Bidart Campos, Germán. (2000)” Tratado Elemental de Derecho Constitucional”. Buenos Aires: Ediar.
- Cesano, José Daniel (2015)” Los Encuentros de la Antropología con el saber jurídico penal. “Montevideo: IBdeF.
- Caro Coria, Dino Carlos (2014) “Perú: sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado.
- Carrió, Genaro (2008) “Sobre los límites del lenguaje normativo “. Buenos Aires: Ed. Astrea. Creus, Carlos (2.004) “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, Argentina.
- Cuello Calón, Eugenio. “Derecho Penal. Tomo I . Madrid: Editorial Bosch.
- De Luca, Javier Augusto (1.997) “Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional” Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Gordillo, Agustín (2012) Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires.
- Hernández Sampieri R.; Fernández, C.; Collado, P.; Baptista, Lucio. (2006) “Metodología de la Investigación”. México, Mc Graw-Hill.
- López Viñals, Pablo; Fleming Abel (2007)” Garantías del Imputado”. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

- Maggiore, Giuseppe (1954) "Derecho Penal". Biblioteca del Ministerio Público Fiscal. Bogotá: Editorial Temis.
- Maier, Julio. (1982) "Derecho Procesal Penal". Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- Maingueneau, Dominique (1980) "Introducción a los métodos de análisis del discurso", Buenos Aires; Ed. Hachette.
- Meléndez, JEP (2006) "Tratado Elemental de Derecho Constitucional" Buenos Aires: Ediar.
- Núñez, Ricardo (1.999) "Derecho Penal Argentino. Parte General". Córdoba: Lerner Editora.
- Pittier, Lautaro Exequiel (2016) "Hacia un horizonte regresivo en materia de derechos humanos"/ en [www.tuespaciojuridico.com.ar](http://www.tuespaciojuridico.com.ar). Recuperado de Internet.
- Soler, Sebastián (1.992) "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires: Edit. TEA.
- Terragini, Marco Antonio (2015 "Manual de Derecho Penal Parte General y Parte Especial. " Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Van Dijk, Teun A., (1980),"Texto y contexto (Semántica del discurso)". Madrid;Edit. Catedra.
- Villar, Mario (2012) "La sucesión de leyes penales y su integración en la relación con la conducta típica". Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal". Buenos Aires: IJ Editores.
- Villoro Toranzo, Miguel (1.999) "Introducción al estudio del derecho". México: Editorial Porrúa. S.A.

## **b) PONENCIAS**

- Piqué María Luisa (2012) "Comentarios (principio de legalidad y Retroactividad de la ley de la Convención Americana de Derechos Humanos", organizado por la Facultad de Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2.012) Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-suproyeccion-en-el->

### **c) LEGISLACION**

#### ❖ Internacional:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos fundamentales
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

#### ❖ Nacional:

- Constitución Nacional
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Código Civil y Comercial de la Nación

### **d) JURISPRUDENCIA**

#### ❖ Nacional:

- C.S.J.N. “Palesur c/ subsecretaria de Marina Mercante”, Fallos 321:3160 (1.998)
- Corte Sup., “Muller Benz, A.” Fallos 262:62 (1.965)
- C.S.J.N. “Vigil, Constancio y otros” (2.000)
- C.Nac. Casación Penal en pleno, “Molina, Roberto C.” (1.995)
- Sup. Trib. Just. Córdoba, sala penal, “Farías, Osvaldo C.”(1.996)

- Corte Sup. Just. Mendoza, sala 2ª, 18/3/1975 – Ajallla, Mario A. y otro), o las condiciones para el ejercicio de la acción penal (Sup. Trib. Just. Cordoba, sala penal, 7/9/1987 - M. P., LLC 1988-556; idem, Sup. Trib. Just. Chubut, 13/1/1971 – L.,E.)
  - Cam. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 15/10/1999 – B., J. D., JA 2001- II-91, AP 20011078).
  - Corte Sup., 9/9/186 – Obregón Cano, Ricardo A. , LL 187 –A-447; idem Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª, 24/5/2001- Degiglio, JA 1987 –I- sínt.)
  - C.Nac. Crim y Corr., sala 1ª, 28/5/1968 – Sanchez, José ED 23-253, JA 1968-IV-379)
  - C. Nac. Casacion Penal, sala 4ª, 30/10/1996- Deganz. Víctor D.
- ❖ Internacional
- Corte IDH, “Garantías Judiciales en Estados de emergencia (arts. 2de7.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC- 9.87 del 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, parr. 27).
  - Corte IDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie CN, Sanz, Victor D).
  - Corte IDH, caso “Tiu Tojin vs Guatemala”, sentencia del 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 190, pàrr. 100)