

La aplicación de la ley penal más benigna admite excepciones

Sebastian Del Gaizo¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Fallos de la Corte; III.- Estado de la cuestión; IV.-Fundamentos de nuestra opinión; V.- Conclusiones

RESUMEN: En este artículo se exponen las concepciones relacionadas a la posibilidad de admitir excepciones a la aplicación de la ley penal más benigna. Se realiza un examen de la jurisprudencia vigente de la Corte en la materia. Finalmente se delimita cual es el ámbito excepcional sobre el que se puede admitir una excepción a la aplicación de este principio.

I.- Introducción

En este artículo vamos a desarrollar un problema no muy discutido por todos. Esto es, si existe una excepción al principio de retroactividad de la ley penal más benigna o no, en tanto en qué casos se podría admitir la ultraactividad de la ley penal aunque no sea la más favorable al inculpado. Vamos a utilizar como disparador el fallo Agrigetics, que remite al voto del Dr. Petracchi en fallos anteriores. Ello debido a que ese precedente es el que se utiliza para fundar algo que, como veremos, es erróneo: que la jurisprudencia de la Corte estableció que el principio bajo estudio se aplica en cualquier caso y lo cierto es que el máximo

¹ Secretario en la Justicia Criminal y Correccional, Especialista en Derecho Penal UBA. Autor del texto “Aspectos penales de la ley de abastecimiento” Ediar. Docente en Programa de Actualización de Derecho Penal Económico UBA.

tribunal en dicho precedente ha hecho suya una argumentación que admite excepciones.

II.- Fallos de la Corte

En *Agrinetics* (2006) se dijo: “si bien en esta instancia la recurrente no se agravió, concretamente, con relación a la aplicación de una ley penal más benigna – en razón que las disposiciones de la ley 19.359 podrían verse alcanzadas por lo dispuesto en el decreto 530/91- en la medida en que se halla en discusión la interpretación de esa ley federal, la circunstancia de que la solución de derecho propugnada por la apelante encuentre fundamento en otro precepto legal que el invocado por ésta, no impide su reconocimiento por parte del Tribunal. Por lo demás, los efectos de una ley penal más benigna operan de pleno derecho (art. 2 del Código Penal). Que, en tales condiciones, las cuestiones planteadas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las tratadas en Fallos 321:824 (disidencia del juez Petracchi, a cuyas consideraciones corresponde remitir en lo pertinente”.²

En el fallo al que se remite el anterior, *Ayerza* (1998), el juez Petracchi dijo: “2) Que el a quo entendió que el sistema del decreto 2581/64 había sido derogado por el decreto 530/91 de modo tal que, a partir de éste, conductas como la imputada a *Ayerza* habían dejada de ser ilícitas. En razón de ello y del carácter constitucional que la regla de la retroactividad de la ley penal más benigna posee en virtud de los arts. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, 9 in fine, de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15, ap. 1, in fine, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consideró inaplicable el art. 20 de la ley 19.359 y confirmó el sobreseimiento definitivo que había sido apelado. Contra dicho pronunciamiento el Ministerio Público interpuso recurso extraordinario cuyo rechazo dio lugar a la presente queja.

El reconocimiento de tal principio en los arts. 9, in fine, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15, ap. 1, in fine, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga –como se dijo- a mudar de punto de partida. La norma es, pues, “si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (tal el texto compartido por ambos tratados) 8) Que en el orden de las excepciones legítimas a la aplicación del principio en examen, los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –cuyo valor hermenéutico destaca el

² Fallos 329:5410.

art 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –sólo dan cuenta del supuesto de las leyes penales temporarias o de emergencia (conf. Naciones Unidas, Asamblea General (...) 11) Que, no obstante y a raíz de la doctrina de la ya citada sentencia in re “Argenflora S.C.A.”, corresponde evaluar la concurrencia en el caso de circunstancias tales que permitan hacer una excepción a la garantía en estudio. Se admite así que la retroactividad de la ley más benigna no resulta aplicable de modo indiscriminado en el campo de las leyes penales en blanco. A su vez, por lo expuesto, se impone un estricto margen de razonabilidad en la determinación del grupo de excepciones posibles. En dicho fallo “Argenflora S.C.A.”, la Corte entendió que eran aplicables al caso las consideraciones formuladas por el Tribunal en dos precedentes en los que no se aplicó la garantía en virtud de la presencia de circunstancias excepcionales... Se trata de los casos registrados en Fallos 211:2453 (“Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.”) y 317:1541 (correspondiente a la causa “San Cristóbal (...) La sustancial diversidad entre los dos últimos y el sub examine obliga a no mantener la doctrina aplicada en “Argenflora S.C.A.”... Dado que no es posible predicar del régimen cambiario ordenado por el decreto 2581/64 el carácter temporario o eminentemente variable y que su modificación (supra, considerando 10) es mucho más que la mera alteración de elementos circunstanciales, el referido precedente de Fallos 311:2453 pierde toda relevancia para la solución del sub examine...14) Que contrariamente a lo sucedido en el caso relatado en el considerando anterior, la modificación legal examinada en estas actuaciones tuvo como consecuencia una considerable ampliación de la esfera de libertad de comportamientos en el campo del tráfico exterior de divisas y la consiguiente revocación del fin de protección al que correspondía el sistema de clausura fundado en el decreto 2581/64.”.³

Esto en nada se vio modificado por el reciente caso “Vidal” resuelto por la Corte (28/10/2021) en el cual se anuló una sentencia que no admitía el principio de la aplicación de la ley penal más benigna a la actualización de los montos de la ley penal tributaria en lo que hace a las condiciones objetivas de punibilidad dado que los motivos de la modificación no quedaron reflejados en la ley. Allí se reconoció que la línea actual es la trazada por el precedente “Cristalux” y seguida por “Agrigintetics” en base al voto del Dr. Petracchi. Se reconoce el principio de la ley penal más benigna con las excepciones que se aceptan en los precedentes del año 2006 que hemos citado.

³ Fallos 321:824.

Así se dijo en Vidal: “En tales condiciones, lo resuelto en “Palero” siguió la línea jurisprudencial del precedente “Cristalux” que supuso la aplicación universal del principio de la ley más benigna salvo algunas excepciones, cuyo abordaje sometió a rigurosos estándares y sin que ello supusiera prescindir del sistema en el que está llamado a operar ese principio según la regla del artículo 4 del Código Penal conforme al cual se aplica “ a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto ésta no dispusieran lo contrario”, sin que sea preciso que las leyes dispongan literalmente lo contrario respecto de las disposiciones generales del Código Penal para excluir la aplicación de estas, sino que es suficiente que la aplicación subsidiaria del Código mencionado sea incompatible con la orgánica armonía de las disposiciones de aquélla (Falos 212:64). Así entonces, no surge – ni se invoca- que el sub examine encuadre en el supuesto de excepción tenido por el Tribunal en “Cristalux” ni tampoco que, siendo la ley penal tributaria una ley especial (Falos 165:319), el legislador haya excluido a la materia expresamente del ámbito del principio constitucional, ni que al aplicación subsidiaria de este último resulte incompatible en los términos señalados, sin que ello suponga adelantar opinión del tribunal en cuanto a que esa sola previsión legal per se constituya un recorte admisible de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna”.⁴

En consecuencia, la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia no admite de manera indiscriminada la aplicación de la ley penal más benigna en caso de cualquier modificación del complemento de un tipo. Se admite que este principio no es aplicable para leyes temporales o excepcionales tal como se graficó en los párrafos precedentes. Cabe destacar que con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 se dictaron los fallos que explican el alcance de la garantía bajo estudio, la cual fue incorporada por tratados internacionales. Se citó como ejemplo de la excepción al fallo Cerámica San Lorenzo sobre abastecimiento. Pasemos ahora al estudio de la cuestión tanto en el derecho penal como administrativo sancionador.

III.- Estado de la cuestión

El marco regulatorio general bajo estudio viene dado por el artículo 18 de la Constitución Nacional que dispone que nadie puede ser penado sin juicio previo basado en ley anterior al hecho del proceso. Las leyes rigen para el futuro. El código penal ha establecido históricamente una excepción en el artículo 2 que dispone que debe aplicarse la ley penal más benigna en forma retroactiva como

⁴ Sentencia “Vidal, Matías Fernando s/ infracción a la ley 24769”, rta. el 28/10/21 CSJN.

excepción al principio antes citado y que ello opera de pleno derecho. El artículo 4 dispone que: “Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos en leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”. Ya vimos que este principio se aplica a las infracciones.

El artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Corresponde señalar que en el caso “Baena contra Panamá” la Corte Interamericana consideró aplicables a otros procesos las garantías penales sustanciales y procesales en cuanto sean compatibles. Este criterio fue seguido por nuestra Corte Suprema de Justicia en “Locisser”.

El verdadero problema en la doctrina penal es el alcance de las disposiciones transitorias y si en casos excepcionales pueden tener carácter ultraactivo y no aplicarse la ley penal más benigna. Zaffaroni sigue un criterio gramatical que no admite excepciones pero esa opinión no es unánime. Bacigalupo se inclina por un criterio teleológico y expone que debe primar en estos casos llevar a cabo la finalidad de la ley. No distingue entre leyes temporales y excepcionales pues plantean el mismo problema. Concluye que la ultraactividad de estas leyes es una excepción del principio de la retroactividad de la ley más favorable, que a su vez es una excepción del principio de irretroactividad de las leyes penales.⁵

Righi caracteriza a las leyes temporales por su término de vigencia y a las excepcionales por depender de situaciones que por su índole son transitorias. Plantea el sinsentido de no aplicar estas leyes transitorias pues normalmente perderán vigencia antes del cumplimiento de una pena. Sostiene que: “la tesis de que las llamadas leyes transitorias deben ser aplicadas aún después de que pierdan vigencia, cuando la reforma no es consecuencia de un cambio en la valoración de la conducta sino sólo de la situación económica o social, encuentra un claro ejemplo en los casos en que la finalidad es compensar la depreciación sufrida por la moneda nacional durante el período de vigencia de la ley anterior”.⁶

En el derecho administrativo sancionador García Pullés sostiene que “...*en mi opinión y al menos en el derecho argentino, ya no podrá pretenderse la distinción entre leyes*

⁵ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág 193.

⁶ Righi, Esteban, *Derecho Penal Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, pág. 111/112.

temporarias o permanentes o situaciones de excepción, porque la jerarquía constitucional adquirida por el principio de la ley penal más benigna..."⁷ Nieto, por el contrario, sostiene que en las normas de complemento se aplica el principio de retroactividad de la ley más benigna y en eso hay consenso. Una excepción la constituyen las leyes temporales dado que están llamadas a perder vigencia cuando desaparecen las situaciones por las cuales se adoptaron, pero por su naturaleza coyuntural no se aplican retroactivamente las normas posteriores más favorables que la sustituyen.⁸

En consecuencia, debemos desentrañar este problema, sin consenso en la doctrina penal ni administrativa, con una nota interesante: se ha divulgado en el ámbito académico que la ley penal más benigna se aplica sin excepción alguna conforme la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia y ya vimos que eso no es cierto. El criterio actual del máximo tribunal, que por cierto puede variar, incluso diferenciar el caso del derecho penal del administrativo sancionador, admite excepciones al principio de la retroactividad de la ley penal más benigna. En el caso que se utiliza para decir que se adoptó ese criterio fue, tal cual describimos, uno de régimen cambiario donde se derogó una norma de complemento con 26 años de vigencia.

IV.- Fundamentos de nuestra opinión

Nuestra postura es que la ley temporal o excepcional tiene carácter ultraactivo porque de lo contrario arribaríamos a la absurda conclusión que no puede haber regulación en las materias que por su naturaleza son variables. Hablamos del campo penal donde la cuestión puede ser más discutible y del no penal donde lo es menos dado que en lo que hace al poder de policía no hay forma de arribar a una solución que contemple regulación si sabemos que, por el carácter coyuntural de la misma, perderá vigencia al poco tiempo de ser dictada y por ende con fundamento en la garantía de aplicación de la ley más benigna toda transgresión quedará impune.

El criterio gramatical no es el único válido para interpretar las normas y el criterio teleológico que se propone es el más adecuado. Así se compatibiliza el principio pro-homine con la facultad estatal de regular de buena fe y no sólo porque en los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se haya contemplado, tal cual lo cita la Corte, sino porque en el derecho la

⁷ García Pullés, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, pág. 124.

⁸ Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 207.

buena fe es un principio que debe jugar en todos los órdenes. Consideramos que sería irrazonable que una persona se vea beneficiada con el principio de aplicación retroactiva de la ley más benigna en leyes temporales porque la aplicación gramatical del principio llevaría a la no realización del sistema instituido.

Se podría objetar la cuestión con un argumento gramatical. Zaffaroni Alagia y Slokar exponen que: *“Cabe consignar que el principio de irretroactividad siempre tuvo carácter constitucional (art 18 CN), en tanto que la excepción de retroactividad de la ley penal más benigna ...sólo tenía carácter legal ... razón por la que se consideró que podía ser derogado por la misma ley, lo que tendría lugar en el caso de las leyes temporarias y excepcionales o extraordinarias, que rigen para un período determinado y que fundaban la derogación del principio en razones de prevención general. La discusión al respecto carece hoy de sentido, puesto que, en función del inc. 22 del art 75, la disposición de la CA adquirió mayor jerarquía constitucional y no admite excepciones legales”*.⁹

Tiedemann sostiene que salvo expresa disposición de la ley se aplica siempre la más benigna: *“La ley temporal es definida por el art 2, párrafo 4 StGB como “una ley que está destinada a regir solamente por un tiempo determinado”. Según la disposición legal, debe regir incluso cuando, a continuación de un período de tiempo, haya perdido vigencia. La finalidad de esta disposición es la de asegurar la autoridad de la ley que solamente está pensada para contextos pasajeros (p ej, la limitación de velocidad en la autopista durante la ejecución de obras); si la norma ya no debiera ser aplicada más por el juez penal a partir de su pérdida de vigencia, probablemente todos los autores de delitos especularían para que no se produzca un fallo firme antes de aquél momento.”*¹⁰

García Pullés sostiene que: *“He mencionado especialmente aquella disidencia ... del Dr. Enrique S. Petracchi en el fallo “Ayerza”, porque ocho años después, en abril de 2006, la Corte se remitió a esa disidencia, que transformó en holding del Tribunal para declarar nula la aplicación de una sanción a Cristalux Sociedad Anónima respecto de una infracción administrativa al régimen de cambios y la condena a una persona jurídica. Y la cuestión es trascendente porque ... estuvo fundada, en el caso “Ayerza”, en la existencia de un derecho de jerarquía constitucional a la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna,*

⁹ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 115.

¹⁰ Tiedemann, Klaus, *Manual de Derecho Penal Económico Introducción y Parte General*, Grijley, Lima, 2009, pág. 167/168.

orroborado por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos".¹¹

En consecuencia, desde el derecho penal se puede sostener la postura gramatical con fundamento en que la CADH no admite excepciones siquiera basadas en cuestiones, según Zaffaroni, de prevención general. Tiedemann plantea, desde el derecho penal económico, que siempre se debe aplicar la ley más benigna, pero admite excepción por disposición legislativa expresa al carácter ultraactivo de la ley penal en caso de leyes temporales. García Pullés, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, sostiene que el principio se admite sin excepciones con base en la actual jurisprudencia de la Corte y por remisión a la normativa del sistema interamericano de derechos humanos.

Vamos a intentar refutar la tesis que sostiene que se admite la ley penal más benigna siempre haciendo una diferencia entre el derecho penal y el administrativo sancionador. Las normas penales están por un lado y las de carácter penal, sin pena de prisión, por el otro. Admitimos para estas últimas un carácter específico de aplicación de garantías penales y procesales penales en cuanto sean compatibles conforme el citado criterio de la Corte Suprema que en eso sigue a la Corte Interamericana. Se puede discutir en el derecho penal si una ley temporal o excepcional puede tener carácter ultraactivo. Incluso es preferible, de lege ferenda, no instrumentar leyes temporales en materia penal con pena de prisión.

Un ejemplo es la actual regulación del artículo 205 del CP que dado la pandemia de coronavirus permitió dictar reglamentación complementaria del Poder Ejecutivo, de necesidad y urgencia, para darle sentido a las prohibiciones en concreto. Estas leyes son excepcionales y cuando desaparezcan las causas que le dieron origen, es muy discutible aceptar que desaparece la prohibición porque esa postura, consecuencia de una interpretación gramatical del artículo 9 de la CADH, llevaría a preguntarnos qué sentido habría tenido la prohibición y daría lugar a abonar el carácter más razonable de una postura teleológica. Lo preferible desde un punto de vista legislativo hubiese sido legislar la cuestión como infracción.

Pero las cuestiones del derecho penal o derecho penal económico planteadas, sin consenso unánime, por Zaffaroni y Tiedemann, devienen abstractas en el derecho administrativo sancionador, en el cual consideramos aplicables las garantías del sistema penal si son compatibles y en este punto consideramos que se produce la diferencia esencial. Quizás no por el carácter del derecho administrativo

¹¹ García Pullés, ob. cit., pág. 123.

sancionador pero si por el carácter transitorio de las normas que pueden tener lugar en el mismo. Un ejemplo de estos casos es la actual ley de abastecimiento 26.991 que necesita el dictado de normas de complemento en materia de precio y cantidad. Estos aspectos son variables por su naturaleza.

No es compatible la interpretación gramatical con una ley como la de abastecimiento porque llevaría a su inaplicabilidad. Aquí los regímenes son transitorios. Así fue históricamente y no por mandato de la Constitución anterior o posterior a 1994 ya que en la materia no se requiere delegación propia con las pautas del artículo 76 de la CN. Aquí se necesita de un poder reglamentario de aspectos circunstanciales en dos planos: precio y cantidad. Si no admitimos una interpretación teleológica no tenemos normativa. La interpretación gramatical en el derecho penal es una garantía de límite, en el derecho administrativo sancionador acotaría su actuación en desmedro de su finalidad preventiva y en materia de abastecimiento haría inexistente a la ley.

Si admitimos como fuente del derecho administrativo sancionador el valor de la jurisprudencia de la Corte debemos refutar a García Pullés en cuanto a que la jurisprudencia del máximo tribunal haya fijado como doctrina que se aplica la ley penal más benigna en forma indiscriminada en materia infraccional. Por el contrario, la actual jurisprudencia admite ese criterio en caso de leyes permanentes pero no transitorias, como bien lo explica el citado voto del Dr. Petracchi que hemos transcripto, en lo pertinente, en este trabajo. La comparación que utiliza para diferenciar un régimen permanente de uno transitorio es un fallo de la ley de abastecimiento en donde no consideró aplicable la garantía bajo estudio.

En consecuencia, no es correcto afirmar que sea jurisprudencia de nuestro máximo tribunal la aplicación irrestricta del principio de la ley penal más benigna. Ello podría ser más aceptable en el derecho penal donde la fuente por excelencia es la ley y no la jurisprudencia pero no en el derecho administrativo sancionador. Además, en éste último campo hablamos de aplicación de garantías en cuanto sean compatibles conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana en “Baena contra Panamá”. Es decir que desde ninguna perspectiva se puede predicar el traslado automático del artículo 9 dela CADH a la disciplina infraccional. Vale como principio, pero puede admitir excepciones.

Nos inclinamos por una interpretación teleológica dado que salva la eficacia del sistema normativo. Consideramos preferible que frente a penas de prisión no se apliquen leyes temporales por el carácter de ultima ratio del derecho penal pero una interpretación de buena fe haría difícil sostener que no sea un recurso del que

dispone el legislador si así lo considera. En el sistema infraccional sin pena de prisión las leyes temporales no admiten problema. Lo más interesante de la investigación en este punto es que esta cuestión fue prevista en la discusión de los instrumentos internacionales e incluso fue considerada de forma adversa a una exegesis gramatical y esa es la postura actual, bien desmenuzada, de nuestro máximo tribunal.

V.- Conclusiones

Como conclusión planteamos que las leyes rigen para el futuro y que la aplicación retroactiva de la ley penal es una garantía, de jerarquía convencional y constitucional, que se aplica en caso de ser más benigna y de pleno derecho. Sin embargo, se puede admitir como excepción la aplicación ultraactiva de la ley, aunque no sea la más benigna, en casos de leyes especiales y temporales. Dicha conclusión, aunque discutible en el campo del derecho penal, es adecuada a una interpretación válida de los instrumentos legales vigentes. En el derecho administrativo sancionador resulta menos discutible por el carácter variable de regulaciones del poder de policía. El criterio de interpretación teleológica es preferible al gramatical porque es acorde a la efectividad real del tipo de leyes bajo estudio.