

**INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL ARREPENTIDO CON
RESPECTO A SU APLICACIÓN EN CAUSAS QUE INVESTIGUEN HECHOS
DELICTIVOS ACAECIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN
VIGENCIA DE LA LEY 27.304.**

Eduardo Gómez Caminos

I.INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo consiste en sostener la tesis en la cual la aplicación de la ley 27.304 a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia es inconstitucional en virtud de que se torna violatoria al principio de legalidad y más precisamente a la irretroactividad inherente a la ley penal: “La mentada ley es más maligna para los imputados que se ven perjudicados por las manifestaciones del arrepentido toda vez que la norma incorpora o crea un medio probatorio novedoso no existente al momento en que esos imputados cometieron el o los hechos sobre los que versa la colaboración del arrepentido”

Veamos en primer término cual es la verdadera naturaleza jurídica de la declaración del arrepentido-término mal utilizado ya que la etimología de la palabra se relaciona directamente con una cuestión de la religión cristiana- o también denominada delación premiada o declaración delatora.

El imputado en rigor de verdad no presta declaración para defenderse de una acusación formulada por un órgano requirente o acusador del Estado, todo lo contrario, declara con un único interés, que no está vinculado con el ejercicio de un derecho constitucional. Mediante este acto procesal, realizado voluntariamente, el imputado sólo trata de mitigar lo más eficazmente posible- para sí mismo claro está- los eventuales y futuros efectos que le acarrearán el proceso por el que viene transitando, previendo una probable atribución de responsabilidad penal (condena). Por su parte, el estado obtiene información, requiriendo que ésta sea relevante y pueda ser corroborada materialmente en un ámbito judicial. Esta información puede permitir-eventualmente- ampliar los horizontes de esa investigación o de otra a iniciarse o tramitada paralelamente. Es una negociación, que puede traer beneficios para ambas partes.

En definitiva, parece conveniente conceptualizar a la declaración delatora como un acto procesal sui generis, pues no es declaración indagatoria ni declaración testimonial, que tiene la potencialidad, según la

utilidad que brinde a la investigación penal, de mutar la situación o calidad procesal del imputado a la de testigo del proceso, en procura de una investigación eficaz.

Repárese que en la designación del acto procesal hemos usado la denominación delatora en vez de arrepentido, pues resulta más precisa o ajustada a la realidad de un instituto cuya fuente no es el sentimiento de remordimiento o de colaboración con la justicia del imputado. Se procura en cambio, *"...una investigación eficaz frente a cierto tipo de delitos de alto poder corruptivo, cuyos medios económicos y modalidades operativas hacen difícil su persecución mediante los métodos de investigación tradicionales"*.(Cafferata Nores, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3° edición, Editores del puerto, s.r.l., Bs.As., 2005, p.42). Por tal motivo, la aplicación del beneficio depende de la utilidad o relevancia de los datos aportados por el delator. Como bien se ha señalado, *"...con esta figura no se persigue el verdadero arrepentimiento del imputado a través del reconocimiento y búsqueda de expiación de su culpa sino que se apunta a promover la colaboración del mismo..."* (Borzi Cirilli, Federico A., *"La figura del arrepentido frente a casos de corrupción"*)

Al mismo tiempo, ese negocio podría no brindar resultados positivos para el Estado no solo desde el punto de vista de la pérdida de eticidad que reviste el mismo desde la teoría del estado, lo que implica necesariamente la pérdida de lo que él invirtió: tiempo y recursos. Esta es *-justamente-* una de las razones por las que entendemos justificada la amenaza de sanción establecida en la propia ley para el delator. Si estos resultados fuesen negativos por su dolo, es lógico y necesario que corra con las consecuencias de ese actuar libre y voluntario (en caso de llevarse adelante con el rigor de ley, es de una dudosa aplicabilidad *libre* en la práctica), que no forma parte de su derecho de defensa, que fue realizado con asesoramiento técnico y con aviso previo de las posibles consecuencias de esa conducta, más allá de que entiendo es un instituto peligroso si no es supervisado con los debidos medios técnicos idóneos como herramienta de constatación de la genuinidad del acto. Considero que ésta *-la de sostener que la declaración del arrepentido es algo distinto que un medio de prueba y que una declaración de un imputado-* es la única forma de poder argumentar que estamos en presencia de un instituto que podemos considerar más perjudicial para el imputado que resulta afectado por esa declaración.

Así por tanto intentaré desentrañar la naturaleza jurídica del instituto legislativo en análisis.

II. ABORDAJE DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTITUTO. CONFLICTO DE DERECHOS EN PUGNA. PONDERACIÓN EN TORNO A LOS MISMOS.

En primer lugar, si la consideráramos un medio de prueba, por el principio de libertad probatoria no podríamos sostener que estamos hablando de un instituto más perjudicial salvo que nuestro argumento procure mostrar que estamos frente a un medio de prueba ilegal en el sentido que violenta garantías constitucionales. Otorgo esta dimensión de ilegalidad en razón de que por motivos obvios, el medio está regulado por la norma y por ello no podríamos decir que resulta ilegal, así las cosas, solo sería susceptible sostener su exclusión o crítica a partir de su alejamiento de principios constitucionales más generales cuya titularidad, no debe olvidarse, debería ser no del arrepentido, sino de aquel que resulte perjudicado por las manifestaciones del arrepentido.

Ahora bien, si esto fuera así, el argumento para excluir de la aplicación de la norma hechos anteriores a su entrada en vigencia debe regirse por el instituto general de las exclusiones probatorias.

En segundo lugar entendemos existen menos posibilidades de sostener que estamos frente a una declaración de un imputado toda vez que, en este caso la mentira en los datos proporcionados determina una sanción penal por la creación de una nueva figura en el art. 276 bis CP.

Esto implicaría dar vuelta de manera absoluta la noción histórica de la declaración del imputado en nuestro sistema jurídico en flagrante violación al *nemo tenetur se ipsum prodere*. Por otra parte, la declaración del imputado jamás ha tenido un carácter legalmente vinculante para los jueces para constituirse como un verdadero medio de disminución de responsabilidad.

Desde el punto de vista del imputado perjudicado por las manifestaciones del arrepentido, sin lugar a dudas que estamos en presencia de una norma más perjudicial. Ahora bien, no creo que pudiera decirse lo mismo en relación al imputado colaborador toda vez que este instituto le genera una clara y concreta posibilidad de reducir su responsabilidad a partir de la colaboración que el mismo presta.

Actualmente es bastante común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, que se hable de "conflicto" de derechos fundamentales. Según una visión conflictivista de los derechos fundamentales éstos son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí. Esto es así porque se tiene el convencimiento de que:

Al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales.

Incluso se afirma que "como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos".

Según las posturas conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para esto se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos.

En el marco que propongo, entonces, encontramos un verdadero conflicto entre dos ámbitos de derechos y garantías constitucionales: Por un lado el principio de legalidad –del que se deriva la noción de retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna- y la facultad del imputado de aprovecharse de él o verse perjudicado por él. Como ámbito de conflicto adicional encontramos también, estrictamente en lo que se refiere al imputado perjudicado por las manifestaciones del colaborador, la afectación del derecho individual a exigir la aplicación retroactiva o ultraactiva de la ley penal más benigna derivado del principio de legalidad y por el otro el derecho colectivo de perseguir, esclarecer y sancionar los delitos que se produzcan en el seno de la sociedad.

III.CONFLICTOS PUNTUALES EN TORNO AL APROVECHAMIENTO DE LA NORMA PARA UN IMPUTADO Y LA PERJUDICIALIDAD QUE ACARREA PARA EL OTRO.

En resumidas cuentas: dos conflictos.

1. Uno vinculado al enfrentamiento del derecho de dos individuos a aprovecharse de una norma que lo beneficia y que le permite realizar manifestaciones incriminantes contra otra persona que sostiene también el derecho a no verse perjudicado por una ley posterior a la comisión de los hechos, que resulta más nociva.

2. El otro, que vincula a un individuo –el perjudicado por las expresiones del arrepentido que se apoyan en una nueva ley más perjudicial- y por el otro la sociedad toda a que se esclarezcan y castiguen los delitos.

Es un hecho de la realidad que en los tiempos que corren, la priorización y la tutela constitucional de los derechos humanos (y, dentro de ellos, el principio de legalidad en materia penal, el derecho al debido proceso, al derecho de defensa, etc.), ha generado un nuevo tipo de conflicto hermenéutico especialmente para el juzgador, en particular en aquellos casos en los cuales la controversia traída a decisión enfrenta derechos, principios o valores extra o intra-sistémicos, vinculados a ellos.

La priorización de alguno de ellos, conlleva la frecuencia y la urgencia en la decisión en casos en los cuales la pauta de sustento del derecho invocado va más allá de su mera consagración normativa, y abre el fecundo campo del análisis valorativo entre derechos de rango equivalente, admitidos constitucionalmente como garantías.

La decisión judicial en tales hipótesis de conflicto, lleva al intérprete a un ámbito particularmente delicado y fértil con matices propios. Como tal, el tema no es ajeno al ámbito de la teoría de la argumentación jurídica, en el sentido de que el recurso a los principios generales del derecho y a doctrinas tales como el abuso del derecho o el orden público permiten limitar y relativizar textos a primera vista absolutamente imperativos; y en alguna medida supone una hipótesis singular de conflicto interpretativo que excede lo puramente normativo, llevando a la necesidad de la justificación racional de la decisión por vía de la aplicación de los principios de universalidad, consistencia y coherencia. Además, deliberadamente circunscribimos estas breves disgresiones a la hipótesis de conflicto entre derechos fundamentales individuales, dejando de lado el interesante marco interpretativo que se deriva de la colisión entre ellos y los bienes colectivos fundamentales (como el que se genera, v.g., la garantía del debido proceso vs. el interés social de esclarecimiento de los delitos).

Axiológicamente, la cuestión plantea una controversia iusfilosófica, según la cual el posicionamiento que se tenga en relación con la entidad de los derechos en juego - siempre con resguardo constitucional y por ende de difícil jerarquización-, y con ello de los valores jurídicos comprometidos en el conflicto, determinará la respuesta que se brinde en cada caso.

Un primer interrogante es si cabe aceptar que dentro del elenco pensable de derechos y garantías con tutela constitucional, es procedente

formular nóminas de prelación. En la doctrina judicial de la CSJN, reiteradamente se ha consignado que cuando la cuestión a resolver enfrenta derechos o garantías de rango constitucional, debe propenderse a su conciliación¹; etc. Sin embargo, ha habido también supuestos en los cuales el Tribunal Federal se ha expedido priorizando algún derecho fundamental por sobre otro, como aconteciera en el conocido caso *"Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida"*².

Doctrinariamente se ha sostenido al respecto por Eduardo Barcesat: *"que la mención a "todos" y "para todos" que la Constitución Nacional propone en los artículos 14, 18 y 116 expresa una doble igualdad: la de los sujetos y la de los derechos enunciados por ella"*³.

Desde otra óptica, es conocido al respecto el respetable punto de vista sustentado por Miguel Ekmedjian⁴, para quien cualquier derecho puesto en situación de conflicto con el derecho a la dignidad –por qué no, debido proceso y legalidad como derivación del principio de dignidad del hombre frente al poder punitivo del Estado- debía ceder ante él (Luego del derecho a la dignidad, el orden de trascendencia estaba determinado por el derecho a la vida, a la libertad ambulatoria, los derechos personalísimos, el derecho a la información, el derecho de asociación y por último los derechos patrimoniales.

²Fallos 255:293; 258:267; 302:640

³ Eduardo Barcesat, *a propósito del orden jerárquico de los derechos*, 116-802).

⁴ Ekmedjian Miguel, *Jerarquía constitucional de los derechos civiles*, LL 1.985-A-847; y luego *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*, ED 114-945 y ED 119-937)

Similar preocupación ha sido compartida desde la perspectiva también constitucionalista por Bidart Campos⁵, quien estima que la igual jerarquía de normas constitucionales no importa igual valía de los derechos en ella consagrados, ya que indudablemente los derechos a la vida o a la libertad –y aquí es donde podría introducirse la dimensión de legalidad toda vez que en definitiva la aplicación de la ley determina necesariamente la vinculación no ocurrida antes o la profundización del compromiso procesal del perjudicado por las expresiones del arrepentido que impactan necesariamente en su responsabilidad penal- "valen más" que el derecho de propiedad o el de huelga.

Miguel Padilla considera en el punto que en realidad existen dos categorías de derechos: "*los de nivel superior, vinculados a los atributos esenciales de la personalidad humana (como el derecho a la vida, la integridad física, la libertad ambulatoria, la igualdad y la dignidad), y los de nivel inferior, donde se ubican todos los demás*"⁶

Otro destacado constitucionalista -Rosatti-, en un muy interesante trabajo vinculado al tema, propone alguna suerte de test a los fines de enunciar pautas que permitan una eventual categorización de los derechos fundamentales según características propias de los mismos, bien que asumiendo la relatividad de su aplicación estricta⁷

Al respecto, reitera entre ella su reglamentariedad (en el sentido de que los derechos que no requieren reglamentación parecen de una

⁵Bidart Campos Germán, *¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?*, ED 116-800.

⁶Padilla Miguel, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Op. Cit., pág. 73).

⁷Rosatti Horacio, *La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución Nacional*, en *Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe*, n° 6, julio de 2.003, pags. 239 y ss.)

estructura ontológica más "fuerte" que los que sí la reclaman;; la perspectiva de ser suspendidos o no; la renunciabilidad (en principio son renunciables los derechos patrimoniales y no lo son los extrapatrimoniales); su explicitud o implicitud (en principio, los derechos explícitamente tutelados en la carta fundamental parecieran más consistentes que los implícitos, más sin embargo algunos han postulado que precisamente los derechos implícitos son prevalentes por ser mas obvios); y su carácter fundante o derivado (v.g. el derecho a la vida es fundante, ya que sin él no podrían ejercerse otros derechos derivados, como el derecho a la libertad de expresión o a la libertad ambulatoria).

Ricardo Lorenzetti señala sobre la cuestión que así como el conflicto entre "reglas" en un sistema codificado "*...se resuelve en el plano de la validez, cuando la colisión es entre principios intrasistémicos, se requiere un análisis de capacidad argumentativa llamado juicio de ponderación.*"⁸, expresión acuñada por el jurista alemán Robert Alexy⁹ Según Lorenzetti, en ese juicio pueden darse tres hipótesis: * Colisión entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales: deben prevalecer los últimos. * Colisión entre bienes patrimoniales: la solución es cuantitativa (eficiencia-optimización de recursos) * Colisión entre bienes extrapatrimoniales: cabe el juicio de ponderación.

En orden a ello, un precedente de interesantes perfiles se dio en el seno de las " Jornadas de Responsabilidad civil por daños en homenaje al

⁸Lorenzetti Ricardo *las normas fundamentales de Derecho Privado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.995, pag. 308.

⁹Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.997, primera reimpresión, traducción de Ernesto Garzón Valdez; pags. 152 y ss.

Prof. J. Bustamante Alsina¹⁰, las que puestas a analizar los conflictos derivados de la controversia entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad o el honor de los particulares, postulan que no es adecuado establecer precedencias entre derechos y garantías, debiendo propenderse a su conciliación.

Si bien el debate singularmente estuvo vinculado al conflicto entre el mencionado derecho a la dignidad y la libertad de prensa, sus conclusiones son proyectables a similar situación cuando la controversia compromete otros derechos fundamentales.

Por su parte, Aída Kemelmajer de Carlucci ¹¹ ante el conflicto entre el derecho a la libertad de comercio de un prestador de salud y el derecho a la salud de quien recibe esa prestación, señala que si bien la libertad de contratar es uno de los aspectos de la libertad de comercio y que además el derecho de propiedad también aparece tutelado constitucionalmente, siendo que el SIDA y la drogadicción generan incapacidad, y que la reforma constitucional de 1994 incorporó en el artículo 75 inciso 23 nada menos que doce documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, la salud tiene "un posicionamiento más elevado que la propiedad privada", y la atención sanitaria "se encuentra más próxima a los derechos centrales", mientras que la autonomía de la voluntad "no es la prerrogativa más saliente". Pareciera coincidir con tales pareceres el Dr. Pedro Hooft¹², cuando expresa que frente a conflictos de valores y de derechos resulta a veces inevitable jerarquizar algunos en desmedro de otros conforme al "método de las compensaciones" aludido por Néstor

¹⁰Bs.As., Universidad del Museo Social, junio de 1990.

¹¹Kemelmajer de Carlucci Aida, *El SIDA en la jurisprudencia*, suplemento especial de La Ley de noviembre de 1999, pág. 37)

¹²"B., M. S/amparo" (JA 1999-IV-417).

Sagués¹³, quien concluye señalando que en ese intento de armonizar derechos de rango equivalente puede tomarse como pauta práctica la de la evitación del mal mayor o de la respuesta menos dañosa en términos reales; y según lo cual el principio protectorio del derecho a la salud asume un rol preeminente, pero debiendo tenerse en cuenta el principio de justicia que atiende a los derechos de terceros y de la sociedad en su conjunto. En ese interesante trabajo afín al tema, Sagués expone distintas alternativas para que el intérprete encamine su labor cuando se controvierte la eficacia de derechos humanos enfrentados.

Uno de ellos es el del "fraccionamiento", según el cual cuando la norma en que se sustenta uno de ellos no se adecua al sentido de justicia de la comunidad, cabe fraccionar su interpretación, lo que ejemplifica con un conocido fallo de la CSJN en el cual se autorizó el transplante de riñón de una menor de edad a su hermano en diálisis pese a que la ley vigente en el tema exigía para ser donante la plena capacidad de hecho.

Otro es el de las "comparaciones", que postula confrontar la solución otorgada a conflictos similares en Derecho Comparado cita como ejemplo el fallo de la Corte Federal de EEUU en "Miami Herald vs. Pat Tornillo"¹⁴, que declarara que el derecho a réplica implicaba una forma indirecta de censura a la prensa, criterio que no es el seguido por nuestra Corte Federal en el "leading case" "Ekmedjian c/Sofovich".

Otro es el de las "variaciones", que propone variar imaginariamente la identidad de personas, lugares o jueces involucrados, para buscar la solución axiológicamente más justa (lo ejemplifica con una norma de la constitución italiana que prohíbe el ingreso a ese país de los ex reyes de la Casa de Saboya, jugando con su transpolación a Rusia con los Romanoff, o Argentina con los Borbones). - Concluimos con él en que quizás la combinación del método de las "compensaciones" (en el cual se busca alguna vía de armonización, normalmente por la reducción del ámbito de vigencia de cada derecho dentro de pautas de razonabilidad y de menor dañinidad, citando como un supuesto el derecho a la igualdad y la existencia de exámenes universitarios de ingreso) con el de las "previsiones" (que impone al juzgador evaluar los alcances reales y

¹³ Sagués Nestor, *Metodología para la enseñanza de los derechos humanos*, LL 1995- C-921).

¹⁴ (Fallo 203.418 (U.S.2411), 1974)

futuros de su decisión en relación con sus consecuencias mediatas, como sucede con la tutela del derecho a la salud frente a la incidencia de su costo en provisiones presupuestarias para vivienda o educación) sea el que arroje mejores resultados.

Al respecto podemos aceptar que esta necesidad de contrapesar valores en juego y asumir prioridades ha sido designada por Roland Arazi¹⁵, como un verdadero "clearing de valores", tarea exclusivamente inherente al intérprete jurisprudencial. Este concepto de "juicio de ponderación" (o "clearing de valores", en su expresión vernácula) ha sido magistralmente expuesto y sostenido por Alexy¹⁶, quien principia por señalar las dificultades que propone admitir un orden jerárquico de valores. Al respecto puntualiza que aun cuando aceptemos -lo que es dubitable- que pudiera hacerse un "orden cerrado" de los mismos, puestos en la labor de enunciarlo vemos que integrando a él la dignidad, la libertad, la igualdad, la protección y el bienestar de la comunidad, cuando se ingresa en niveles más concretos la cuestión se complejiza. "No se puede ordenar algo que es conocido en forma incompleta".

El concepto de "ponderación" surge de la adopción en Alemania por el Tribunal Constitucional Federal de un orden "blando" de prelación frente a aquella postulación "dura". Este juicio de ponderación, que Alexy admite que se nutre de decisiones judiciales que resuelven casos concretos, pero que no obstante son aptas para formular reglas inductivas, es sintetizado por él en los siguientes términos: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

Como colofón, coparticipamos de los criterios que postulan que ante la colisión de derechos fundamentales, la decisión final del intérprete debe propender a no atenerse a soluciones radicales, buscando la conciliación. La más eficaz manera de intentarla, es mediante el juicio de ponderación (que admite sacrificios parciales de unos en favor de otros en base a pautas de la obtención de la menor dañosidad en el resultado final), complementado por el de las provisiones, que implica que el juzgador deba evaluar los alcances reales que más allá del caso juzgado proyecte su

¹⁵ (Roland Arazi, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1999, tomo 2, pag. 173)

¹⁶ Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pags. 152 y ss)

decisión en otros ámbitos, tanto relacionados con procesos futuros como con secuelas económicas o sociales, consideraciones de rango axiológico que tampoco pueden ser dejadas de tener en cuenta, toda vez que *"...el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto, las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos, consume una interpretación descalificable por imprevista"*¹⁷; siendo que la consideración de las consecuencias de lo que se resuelve al fallar una causa no puede estar excluida del plexo de motivaciones que el Juez debe tener en cuenta para expedirla (CSJN, 1.1998.II, 426; así como R. Lorenzetti, "La emergencia económica y los contratos", Ed. Rubinzal-culzoni, Santa Fe, 2002, pag. 21)

IV. DISTINCIONES GENÉRICAS ENTRE NORMAS DE FONDO Y NORMAS PROCESALES. TOMA DE POSICIÓN.

Sostiene de la Rúa que la distinción entre norma de fondo y norma procesal está dada porque la primera determina y regula los derechos y obligaciones. Son las reglas conforma a las cuales el juez debe resolver la cuestión propuesta por las partes para su juzgamiento; por su parte, será ley de forma o procesal aquella que regula la actividad del tribunal y/o de las partes para llegar a la resolución.

En este sentido tiene carácter sustantivo todo lo relativo a la punibilidad de los delitos y en general la regulación material de la acción y la pena. Es procesal la regulación legal que sólo tiene por objeto el establecimiento de la formas de actuación en juicio y el respeto por el debido proceso que debe transitar toda persona sometida al mismo.

Así las cosas, el carácter material o formal no depende del órgano que la haya sancionado ni de su inclusión en una ley nacional o provincial sino de la materia que rige.

El concepto de ley sustantiva abarca no solo las normas incriminadoras, sino también las que establecen circunstancias agravantes, atenuantes, o relativas a la pena o efectos penales. En suma, todas las cuestiones relativas a la configuración jurídica de los hechos de la

¹⁷ Sagüés Nestor, *"Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario"*, 2° Edición, Astrea, Bs.As., 1989, tomo II, pag. 370)

causa comprendidas en los conceptos de calificación, definición o subsunción legal.

Las normas de derecho procesal instituyen reglas a las cuales las partes y el juez deben subordinar su actividad.

Frente a la norma procesal el juez está en posición de destinatario de la norma, la cual le impone su modo de actuación y regula su conducta en el proceso. Su misión, más que declarar el derecho, es cumplirlo. Lo mismo ocurre en relación a las partes.

Mi opinión es que la ley 27.304 es una norma de fondo, de neto carácter sustantivo.

De fondo claramente identificable en el nuevo tipo penal que crea a partir de las manifestaciones maliciosamente falsas que provea el arrepentido.

Ahora bien, creo también que toda la regulación relativa a la modificación del reproche al imputado arrepentido –disminución de la pena- constituye, precisamente por este carácter, materia de derecho de fondo.

Podrá decirse que, aquel que defienda la posición relativa a que estamos frente a un nuevo medio de prueba habrá de sostener que es una norma procesal, pero apréciese que la norma en sí nada dice respecto de los medios de corroboración la información. No los regula de ninguna manera. Quizás las disposiciones relativas al acuerdo de colaboración podrían ser normas procesales –el juez y las partes deben cumplirlas para que el acuerdo resulte válido y vinculante-, pero no creo que lo sean las relativas a la creación del instituto del arrepentido y su regulación en cuanto a la disminución de penas que propone.

Para la Corte Suprema las normas de naturaleza procesal son de aplicación inmediata a los procesos en curso, con independencia de si favorecen o perjudican al imputado, salvo indicación expresa de la nueva ley o en los casos en que dicha aplicación afecte la validez de los actos procesales cumplidos y firmes de acuerdo con la legislación derogada¹⁸.

¹⁸ (CSJN, Carlos Rafael Nosiglia Construcciones S.R.L., 1989, Fallos, 312:251; Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan, 1987, Fallos, 310:2845; Miguens, Hugo Roberto, 1966,

Por lo tanto, el principio de ley penal más benigna sólo comprende las modificaciones de las normas de fondo¹⁹, ya que las procesales se rigen por otros principios, según el cual la aplicación será inmediata en la medida en que no se den las excepciones ya mencionadas. Además, las normas procesales posteriores, ya sea que favorezcan o beneficien al imputado, no influyen ni en la tipicidad de la conducta ni en la pena aplicable²⁰

El fundamento de esta postura es que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, dado que las leyes adjetivas son de orden público²¹ (

Esta postura, sin embargo, ha sido objeto de diversas críticas. Para empezar, se ha señalado la dificultad de categorizar a las normas como procesales o sustantivas dado que es imposible separar el ámbito de actuación del derecho penal del procesal. Por lo tanto, el mandato del debido proceso previsto por el artículo 18, CN (“Nadie puede ser penado sin juicio previo”) estaría integrado a toda la prohibición penal dado que la realización de un proceso con ciertas características vendría a funcionar como una condición objetiva de punibilidad.

Una derivación de esta postura es que todas las reglas del procedimiento “deberán ser tratadas bajo la consideración del principio de legalidad material: mandato de certeza, irretroactividad —salvo de la ley más favorable—, proscripción de la analogía, de la costumbre, etcétera. Reglas como la que establece que la ley procesal aplicable es aquella vigente al tiempo de realización del acto y no en el surgimiento de la realización sustantiva objeto de enjuiciamiento (*tempus regit actum*) deberán quedar reservadas a los procedimientos no penales”.

Fallos, 319:1675; y las citas de todos estos fallos, entre muchos otros)

¹⁹ CSJN, Palomo, Leónidas, 1951, Fallos 220:1250

²⁰ CSJN, Constanzo, 1988, Fallos, 311:2473.

²¹ CSJN, Cafés, Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. S.A., 1961, Fallos, 249:343.

La exigencia de nuestro orden jurídico —y fundamentalmente del artículo 30, CADH— de que todos los alcances de la intervención en los derechos fundamentales estén regulados por la ley, debe aplicarse al proceso penal, dada su similitud con la pena del derecho material. Esta equiparación entre las normas consideradas como penales con las consideradas como procesales está todavía más justificada en el caso de las reglas sobre la prisión preventiva, cuyo carácter punitivo es innegable, independientemente de los fines formales que la ley le atribuya a dicha medida precautoria.

Considerando el rango constitucional que tiene el principio de legalidad y el de retroactividad de la ley penal más favorable, y ante la dificultad de establecer diferencias entre normas penales procesales y sustantivas, esta postura pareciera ser la que más se condice con el sistema de derechos y garantías del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general y nuestra Constitución Nacional en particular recomienda que se profundice doctrinariamente la investigación jurídica en torno a la medida en la vigencia inmediata de la ley procesal que puede afectar Derechos Humanos. Que al menos se rechace como lesiva de Derechos Humanos la retroactividad de una ley procesal penal que restringe el derecho de defensa, el derecho a la excarcelación o a la libertad provisoria, que suprima recursos o que los limite, que amplíe las pruebas cargosas o altere las pautas para valorarlas, ampliando las facultades judiciales al respecto. Que se consagre expresamente la vigencia inmediata de la ley procesal más benigna

De ser así, los precedentes de la Corte Suprema que han sido mencionados, en cuanto excluyen de la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa y del principio de retroactividad de la más favorable a las normas a las que se le asigna un carácter procesal, han devenido inconstitucionales.

Ahora bien, la Corte tiene dicho también que: “...El loable objetivo de ‘afianzar la justicia’ (Preámbulo de la Constitución Nacional) no autoriza a avasallar las garantías que la misma Constitución asegura a los habitantes de la Nación (artículo 18)”²²

Reitera Zaffaroni que “...Ni exegética ni históricamente puede sostenerse la tesis que niega la expresa consagración de la irretroactividad de la ley procesal más gravosa en la Constitución Nacional...”. En este marco

²² (Fallos 316:365)

*es que puede afirmarse que no existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley procesal penal y retroactividad penal, pues ambas se relacionan con el control sobre la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal*²³.

Binder sostiene: *“el principio de retroactividad de la ley más favorable comprende también a las normas procesales, como cuando un nuevo ordenamiento amplía las posibilidades de defensa, establece requisitos de procedibilidad antes no contemplados o permite una libertad bajo fianza de la que no gozaba el procesado (...) la norma (art. 2, Código Penal) debe regir respecto de cualquier ley penal más favorable al imputado, sea sustantiva o adjetiva... si a posteriori de cometido el hecho se adopta un régimen más favorable, ese cambio de concepción jurídica debe beneficiar al acusado. No se advierte fundamento para que la regla quede limitada a normas de derecho material exceptuando las de procedimiento”*²⁴

El principio de favorabilidad es uno de esos principios generales del sistema penal que desde la órbita constitucional conforma la estructura del debido proceso, es una herramienta orientada al logro de los fines de nuestro ordenamiento jurídico y a la cual los operadores del sistema deben acudir para establecer las técnicas procedimentales a que se deben sujetar el derecho penal y el derecho procesal penal.

En definitiva, una tercera opción es la que sostiene que dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia.

Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones

²³ Zaffaroni Raul Eugenio, *Derecho Penal Parte General*, ed. Ediar, año 2011.

²⁴ Binder Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2^a ed. actualizada y ampliada, 5^a reimpresión, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 134 a 139)

instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua sean respetados y queden en firme.

Tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.

En definitiva entendemos, nos encontramos frente a un nuevo instituto jurídico. Una figura sui generis distinta de la declaración del imputado y de un medio de prueba.

Por supuesto que se vinculan ambos aspectos pero no creo que estemos hablando de uno o de otro, sino de algo nuevo que debiera ser aplicado, más allá de las disquisiciones morales con respecto a este plexo normativo, a hechos acaecidos con posterioridad ya que en caso contrario vendría a vulnerar el principio de irretroactividad de la penal y de hecho esta ley es claramente más maligna para el imputado perjudicado por las declaraciones del delator.

Así las cosas es que entiendo que la ley de mención no debe ser de aplicación para hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia y puede ser así declarada por cualquier órgano jurisdiccional interviniente por el control de constitucionalidad difuso imperante en nuestro país. Esto en virtud de que la violación al principio de legalidad se materializa al aplicarse retroactivamente un acogimiento a la mentada ley del arrepentido en perjuicio de un imputado lo cual redundaría -más allá de la naturaleza de la norma- en una aplicación retroactiva in malam partem.