

Acerca de la distinción entre derecho penal sustantivo y adjetivo

Una mirada sobre la aplicación de la ley 27.785 a los procesos en trámite

Leonardo J. García¹

Resumen

La recientemente sancionada Ley 27.785 introdujo reformas significativas en el Código Penal y en los códigos procesales nacionales, con un impacto directo en la libertad personal. Entre las novedades más relevantes se encuentran la flexibilización de la declaración de reincidencia, una modalidad más gravosa de unificación de condenas y la incorporación de la reiterancia delictiva como nuevo parámetro para restringir la libertad durante el proceso. Este trabajo examina críticamente estas modificaciones, atendiendo a su heterogeneidad y complejidad, y se interroga sobre la posibilidad de distinguir con claridad entre derecho penal sustantivo y derecho procesal. Asimismo, analiza la vigencia y el alcance del principio de legalidad en ambos ámbitos.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Las leyes según el órgano del cual emanan | 3.- Las leyes según su naturaleza jurídica | 4.- La ley 27.785 | 5.- Palabras finales | 6.- Bibliografía

Palabras clave

reformas penales – principio de legalidad – reiterancia delictiva – reincidencia – irretroactividad de la ley penal

¹ Abogado. Magíster en Derecho penal. Diplomado en Filosofía jurídica. Diplomado en Argumentación jurídica aplicada. Funcionario de la justicia federal de Argentina e integrante del grupo de investigación «Pueblos indígenas, Estado y poder» (Universidad FLACSO Argentina). Correo electrónico: gleonardo3@hotmail.com

1. Introducción

El derecho penal liberal se apoya sobre dos pilares fundamentales: el principio de legalidad y el principio de reserva. Para este trabajo interesa exclusivamente el principio de legalidad, que goza de la máxima protección constitucional y convencional (art. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en adelante «CN»).

Rápidamente, el principio de legalidad establece que ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. De esta cláusula constitucional se deriva el mandato de que la ley penal debe ser escrita, estricta, cierta y previa (Yacobucci, 2002: 251-292). A su vez, de esta última característica se desagrega el carácter irretroactivo con la excepción de que esta sea más benigna.

Una simple lectura de la ley 27.785 permite observar que, en lo sustancial, esta norma reformula el instituto de la reincidencia, modifica la forma en que deberán unificarse las condenas e ingresa el concepto de «*reiterancia delictiva*»²; factor preponderante que se deberá tener en cuenta al tiempo de analizar las restricciones de libertad durante el transcurso del proceso. De esta forma, se alteran los arts. 50 y 58 del código penal; los arts. 280, 312 y 319 del código procesal penal de la nación (según ley 23.984) y los arts. 17, 210, 218 del código procesal penal federal (según Ley 27.063); al tiempo que se incorpora un art. 222 bis en el ámbito de este último.

Las modificaciones que se introducen, no hay dudas, son más severas dado que restringen derechos y eliminan beneficios, con lo cual, no habría que discutir ni argumentar demasiado para sostener que se trata de una ley que deberá regir a partir del día siguiente de su publicación; dado que, si ninguna benignidad trae consigo, no existe razón para apartarse del principio general de la irretroactividad de la ley penal.

Sin embargo, alguien podría objetar que esta es una ley compleja que no trata solo cuestiones de derecho penal material, antes bien, también incluye modificaciones a las leyes de procedimientos penales, es decir, al derecho penal formal, y esa materia se rige por el principio «*tempus regit actum*», es decir, la ley vigente al tiempo del acto, cuya aplicación no admite cortapisas ni excepciones, de modo que debe ser inmediata y a todos los procesos, sin importar si comenzaron antes o después del 7 de marzo de 2025, fecha de publicación en el boletín oficial.

Es verdad que la ley 27.785 irradia modificaciones al código penal como también a los códigos procesales penales nacionales, con lo cual, si se aceptara que el derecho material está recubierto por garantías constitucionales que no alcanzan al derecho procesal penal, específicamente el principio de legalidad, todavía restaría identificar qué partes de la mencionada norma son de derecho de fondo y cuáles de derecho de forma, una tarea para nada sencilla y donde los acuerdos son muy limitados.

Con esta acotada investigación nos proponemos exhibir las dificultades e inconsistencias que conlleva distinguir el derecho penal del procesal penal, como también, y más importante, intentar demostrar que esa artificial distinción impacta de

² La propia norma la define como la imputación en una causa penal en forma coexistente con otro u otros procesos en los que la misma persona hubiera sido imputada. A los fines de la determinación de la reiterancia, se considerará imputada a la persona que haya sido convocada para la formalización de la investigación preparatoria en los términos del artículo 294 del presente Código, o acto procesal equivalente, en caso de regir otra norma procesal.

lleno en la operatividad de una de las máximas garantías constitucionales que reconoce nuestro sistema jurídico.

2. Las leyes según el órgano del cual emanan

En el art. 75 de la CN se concentran, mayormente, todas las competencias del Congreso Nacional, y específicamente, en el inc. 12 se dispone que aquel dictará, respetando las jurisdicciones locales, los códigos en materia civil, comercial, penal, minería, trabajo y seguridad social; ello podrá ser en cuerpos separados o unificados. También establece que su aplicación corresponderá a los tribunales federales o provinciales según las cosas o las personas implicadas, caigan en una u otra jurisdicción.

La pregunta que subyace es por qué la regulación del procedimiento para aplicar aquellos códigos (y sus leyes complementarias) dictados por el Congreso Nacional, corresponde a las legislaturas provinciales (códigos procesales). Antes de intentar responder esa pregunta, es necesario explicar, mínimamente, los diferentes tipos de leyes que dicta el Congreso Nacional, como también a qué se refiere con las distintas jurisdicciones.

Tres son los diferentes tipos de leyes que puede dictar el Congreso Nacional: (1) leyes federales, (2) leyes de derecho común, y (3) leyes locales.

La primera distinción que debe efectuarse es que las leyes federales y las leyes comunes tienen vigencia y deben ser aplicadas en todo el territorio de la República Argentina, mientras que las locales solamente en la Capital Federal y territorios federales³.

Las leyes de derecho común son específicamente aquellas que se dictan para cumplir con la manda del art. 75 Inc. 12, esto es, la creación, en cuerpos separados o unificados, de los códigos de fondo y sus leyes complementarias, mientras que las leyes federales tenderían a la consecución de los propósitos que la CN y el preámbulo se fijan como metas. Por su parte, la reforma constitucional de 1994 le otorgó un perfil muy diferente, habida cuenta de que, si bien la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sigue siendo la Capital Federal, lo cierto es que desde ese momento es autónoma con facultades de legislación y judicial (ver fallos CSJN, «Strada, Jorge Daniel», 12/8/1986, Fallos 308:490; «Di Mascio, José», 27/12/1989, Fallos 312:2467; «Corrales, Juan Carlos», 20/9/2016, Fallos 338:1517, «Nisman, Alberto», 20/9/2016, Fallos 338:1517, «Bazán, Fernando», 4/4/2019, Fallos 342:411, «Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional», 19/4/21, Fallos 344:1 y «Levinas, Gabriel Isaías», 27/12/2024, Fallos 345:1498).

Por lo tanto, si se suscita una controversia en derredor al objeto que legisla una ley federal serán competentes los tribunales federales que se encuentran distribuidos por todo el territorio del estado. Contrariamente, la aplicación de una ley de derecho común corresponde a los tribunales de las provincias.

Las provincias, amparadas por los arts. 5, 116 y 122 de la CN, preservaron la facultad de aplicar el derecho común en sus respectivos territorios, y justamente de allí se deduce que también tienen las prerrogativas necesarias para crear los órganos competentes y los

³ Bidart Campos, 2001, p. 166; Gelli, 2011, p. 174, entre otros.

procedimientos, dicho en otras palabras, se reservaron, en lo que aquí importa, la organización de los tribunales y la creación de los códigos procesales⁴.

La cuestión de la jurisdicción se complementa con la prohibición dirigida a las provincias, estatuida en el art. 126 de la CN, de legislar sobre las materias mencionadas en el art. 75 Inc. 12 de la carta magna, una vez que fueran dictadas.

Al comenzar, se mencionó la cuestión en derredor a la prerrogativa de las provincias de darse sus propios códigos procesales. En apretada síntesis se mencionaron las cláusulas de la CN y la interpretación extendida que supone una respuesta clara y pacífica al respecto.

De lo precedentemente expuesto, se podría concluir que las cuestiones de procedimiento penal están sujetas a las legislaturas provinciales, mientras que el derecho material se encuentra reservado al Congreso Nacional⁵. En esa inteligencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiterada y categóricamente:

«Que, por su parte, conforme el diseño constitucional establecido en los artículos 5, 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes» (conf. Fallos «Canales, Mariano Eduardo», 2/5/2019, «Strada, Jorge Daniel», 12/8/1986, Fallos 308:490; «Di Mascio, José», 27/12/1989, Fallos 312:2467).

Si bien aquello parecería estar claro, resta indagar si el Poder Legislativo Nacional puede sancionar normas procesales de alcance provincial.

Al parecer existen 2 posturas al respecto: (a) artificialmente se niega la naturaleza procesal o se la asigna un carácter mixto a la institución que se pretende consagrar, o (b) se afirma que el Congreso Nacional puede legislar material procesal que deberá ser aplicada en todo el territorio de la República.⁶

No son pocos los autores que piensan y demuestran lo extremadamente difícil que es dilucidar en forma convincente la naturaleza jurídica de ciertas instituciones (presupuestos/impedimentos procesales, condiciones objetivas de punibilidad/excusas absolutorias, el ejercicio y la extinción de la acción, entre algunas otras)⁷, de modo que solamente se puede compartir parcialmente la sugerencia de Zaffaroni, Alagia y Slokar respecto a que negar el carácter procesal a algunas de esas normas es insostenible⁸. En resumen de cuentas, la existencia de una zona de frontera donde los límites son tan difusos demuestra la imposibilidad de ser tan categóricos a la hora de afirmar aquella imposibilidad de confundir la naturaleza de un instituto.

Desde otra óptica, alguien podría preguntarse si el Congreso Nacional tiene la potestad de legislar sobre materia procesal. Ya se dijo aquí que la interpretación más sólida y extendida considera que la Constitución Nacional faculta a las provincias a organizar su

⁴ Gelli, 2011, II, p. 177.

⁵ Gelli, 2011, I, p. 58; Bidart Campos, 2001, I, p. 443; Vaquez Rossi, 1995, I, p. 147. En el mismo sentido, «Canales, Mariano Eduardo», 2/05/2019.

⁶ Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2005, p. 167.

⁷ Núñez, 1976, II, p. 172; Maier, 2004, I, p. 116; Pastor, 2001, p. 793-822 y una posición contraria se puede ver en García Pérez, 2010, p. 59.

⁸ Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2004, p. 167.

propia administración de justicia⁹ y ello, necesariamente, implica la creación de los códigos procesales. Esta afirmación no solo emerge de la lectura de los arts. 5 y 123 de la CN, proviene también de la facultad de celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, como explica el art. 125 de la carta magna.

Sin embargo, si esa postura se sostiene de una forma muy rígida, ello podría convertirse en el antecedente para generar insalvables contradicciones, ya que podría darse que una cierta provincia ingrese en sus leyes rituales una regulación distinta a una misma institución que el Congreso Nacional decidió incluir en el código penal, pero con distintos lineamientos (por ejemplo, el tiempo para extinguir la acción); y ello sí sería una situación inaceptable (ver fallo «Price» de la CSJN, 12/8/21).

Maier pretende salvar esta cuestión al sostener que la ley fundamental, al instruir al Congreso Nacional para que dicte una ley general válida para toda la República que reglamente el juicio por jurados, no está haciendo otra cosa que instar la elaboración de una ley con neto carácter procesal, de modo que no debería existir ningún inconveniente en admitir que en ocasiones el parlamento agregue algunas reglas procesales en los códigos de fondo¹⁰.

El problema radica en el complejo diseño constitucional de la Argentina, habida cuenta de que en el Art. 1 de la CN se declama que la Nación adopta la forma representativa, republicana y federal para su gobierno¹¹. No se puede pensar que la fórmula es caprichosa o descuidada, antes bien, se debe comprender que al mencionar el verbo adoptar, se pretende demostrar que se tomará como matriz un sistema ya instituido en otras naciones, pero con los alcances, características y particularidades que la propia Constitución le atribuirá¹².

Al análisis anterior, debe agregarse que las provincias han delegado poderes y facultades que en los sistemas que han inspirado el nuestro, no lo hacen, por ejemplo, en la Constitución de los Estados Unidos. Aquí es donde se puede observar una disputa entre respetar el sistema federal (específicamente el reparto de las competencias) o bien, salvar las asimetrías entre las distintas legislaciones.

Habrán quienes prediquen que el sistema de gobierno es un pilar inquebrantable, pues no por nada está fijado en el art. 1 de la ley fundamental, de modo que debería entenderse que la propia CN elige soportar alguna incoherencia legislativa antes que vulnerar la piedra angular de la Nación¹³.

Una postura intermedia armonizadora sería aquella que comprende que el Congreso Nacional tiene una facultad legislativa parcial en materia procesal, y ello se justifica en la necesidad de apuntalar un piso de igualdad a los ciudadanos de todo el Estado. Se proclama así la necesidad de establecer una base de garantías mínimas y comunes a todos

⁹ «Pues bien, *administrar justicia* significa, en primer lugar, establecer y organizar los órganos del Estado que llevan a cabo los actos de autoridad mediante los cuales se cumple ese cometido (Derecho de la organización judicial) y, en segundo lugar, definir los actos necesarios que integran el procesamiento mediante el cual se administra justicia (Derecho procesal penal en sentido estricto)» (Maier, 2004, I, p. 115).

¹⁰ Maier, 2004, I, p. 115.

¹¹ «Por sistema republicano se entiende una forma de gobierno que tiene cierta división y control de poder. Las características más sobresalientes son que los actos de gobierno son públicos, que los funcionarios son responsables por ellos, sus cargos son periódicos y electivos, y todos los habitantes son iguales ante la ley. Mientras que el adjetivo federal significa que no existe un único poder central, antes bien, hay varios centros territoriales con autonomía legislativa» (Gelli, tomo I, pág. 31).

¹² Gelli, 2011, I, p. 14

¹³ Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2004, p. 168.

los habitantes; que obviamente pueden ser mejoradas y ampliadas por las legislaciones locales; de este modo, se salva la constitucionalidad de las leyes procesales incluidas en el código de fondo.

En suma, el órgano legislativo de cual proviene esta ley no esclarece meridianamente cual es la naturaleza jurídica de los institutos que trata, habida cuenta de que el Congreso Nacional no solo está habilitado para legislar sobre derecho penal de fondo, antes bien, está facultado para sancionar y modificar el derecho formal aplicable en la capital federal y los territorios federales, pero incluso, según el punto de vista reseñado, podría legislar parcialmente en materia procesal penal con alcance nacional para eliminar asimetrías e inequidades entre las provincias.

Es necesario realizar aquí un paréntesis, pues que el Congreso Nacional este facultado para crear los códigos de fondo y se le reconozca una facultad parcial para legislar en materia procesal, no puede justificar, sin cortapisas, que se ingrese en aquellos cualquier tipo de norma o con cualquier contenido; pensar lo contrario significaría que esos cuerpos normativos están blindados frente a eventuales declaraciones de inconstitucionalidad, pues etiquetar a cierta ley como de derecho penal alcanzaría, y ello es inadmisibles. Es meridiano, que los jueces son los habilitados para realizar dicho control, en tanto y en cuanto deberán emprender un estudio sobre el verdadero encuadre de la norma puesta en duda para concluir si se corresponde con la materia habilitada para legislar o bien, si se cumple, con estándares impuestos desde la misma ley fundamental o los instrumentos internacionales que tienen la misma jerarquía¹⁴.

3. Las leyes según la naturaleza jurídica

Engañosamente nítida parece aquella distinción entre el derecho material y el derecho formal si exclusivamente se observan las currículas universitarias y los códigos, habida cuenta de que salvo contadas excepciones el derecho procesal penal y el derecho penal se enseñan como materias totalmente autónomas y se legislan por separado¹⁵.

El origen de tal tajante separación debe buscarse buceando en el siglo XIX, época de la codificación, lugar desde donde se exportó al ámbito académico primero y a la literatura específica, luego. En este sentido, no está demás mencionar que los denominados procesalistas concentraron todos sus esfuerzos en sentar las bases de una teoría general autónoma para legitimar su disciplina, mientras que los penalistas abandonaron totalmente el interés por las singularidades del procedimiento¹⁶.

Lo dicho anteriormente no significa que no existan nuevas tendencias al respecto, como tampoco que no han sido pocos los intentos por delimitar esas áreas del derecho.

Sin dudas, la más tratada por la literatura es la propuesta de Hilde Kaufmann; ella consiste en realizar la siguiente pregunta:

«¿Debería la imposición -o la exclusión de la imposición- de la pena, en el caso que ella fuera posible sin proceso, depender de esta circunstancia cuya naturaleza jurídica está en cuestión, o por el contrario, esta circunstancia sería, pues, irrelevante?»¹⁷

¹⁴ Bidart Campos, 2001, III, p. 168 y 172.

¹⁵ Roxin, 2003, I, p. 984; Jakobs, 1997, p. 411, entre otros.

¹⁶ Maier, 2004, II, p. 74, y Ragues I Valles, 2004, p. 130

¹⁷ Roxin, 2003, I, p. 987; Maier, 2004, II, p. 76.

La herramienta de distinción que propone Kaufmann es comparable con la supresión mental hipotética, y ello la hace acreedora de críticas similares. El procedimiento radica en suprimir el proceso penal y determinar si la institución X es necesaria para aplicar una pena. Si la respuesta es afirmativa, dicha institución X corresponderá al derecho penal, mientras que, si la respuesta es negativa, la institución X estará bajo la órbita del derecho procesal.

Se le pueden dirigir por lo menos dos críticas a la mencionada propuesta: a) no se sabe cuál es el criterio de relevancia para determinar si la institución de naturaleza dudosa es derecho material o procesal, pues está vinculada a un criterio valorativo que no se expone en la pregunta¹⁸; y b) amplía excesivamente e innecesariamente la órbita del derecho penal material¹⁹.

Resultaría imposible estudiar esta distinción sin hacer referencias a la fórmula propuesta por Beling. En líneas generales, este autor sostenía que para saber si una norma pertenece al derecho penal o al derecho procesal penal, se debe contemplar si la circunstancia que condiciona la consecuencia jurídica se relaciona directamente con la idea del «mal de la pena», o bien, se relaciona más estrechamente con la actividad procesal²⁰.

Roxin no ahorró en críticas para esta postura. Tras mencionar que ella tuvo una suerte de renacimiento con Bemann, señaló que no se puede admitir su concepción retributiva de la pena, pues desde aquella concepción la pena merecida era aquella que guardaba relación con la culpabilidad, mientras que en la actualidad es pacíficamente aceptado que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la punibilidad²¹. Además, produce un acotamiento exagerado del derecho penal, ya que todas las condiciones de punibilidad o las causas de exclusión pasarían a ser parte del derecho procesal penal.

Existen un grupo de autores que propusieron zanjar la cuestión, erigiendo como criterio dirimente la vinculación al acontecer del hecho²². Según esta posición, un hecho es merecedor de pena cuando se trata de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, mas no siempre el evento merecedor de pena, necesita una sanción. Esa zona de necesidad de pena está integrada por las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias y los presupuestos procesales, todas instituciones que, según ellos, obedecen a reflexiones de política criminal o utilidad.

La objeción a estas posturas es tan sencilla como contundente: resulta sumamente indeterminado establecer qué circunstancias o elementos pertenecen al acontecer del hecho, al complejo del hecho; y distinguirlos de los que se relacionan con el autor directamente²³.

Se puede mencionar también la postura de Volk, caracterizada por tratarse de un intento por comenzar desde el punto de vista inverso; el aseguramiento de la paz jurídica es el fin último del proceso²⁴, independientemente de su resultado. Por lo tanto, serán

¹⁸ Maier, 2004, II, p. 76

¹⁹ Roxin, 2003, I, p. 988.

²⁰ Roxin, 2003, I, p. 986.

²¹ Roxin, 2003, I, p. 988.

²² Roxin, 2003, I, p. 988; Maier, 2004, II, p. 77.

²³ Maier, 2004, II, p. 77.

²⁴ En forma coincidente, se puede observar Jescheck y Weigend, 2002, p. 18, y en el ámbito local Pastor sigue una línea de pensamiento parecida, pues sostiene que el proceso penal se propone realizar una investigación, luego de informada la sospecha sobre la comisión de un delito, ello con el objetivo de restablecer la paz jurídica en un marco de respeto irrestricto de la dignidad de las personas.

presupuestos procesales las condiciones generales cuya presencia debe ser verificada para que un procedimiento sea viable y legítimo y, en definitiva, sirva para lograr aquel fin. Al igual que la herramienta diseñada por Kaufmann, aquí toda la clasificación bascula sobre un criterio valorativo no expresado y que solo tiende a justificar la distinción ya efectuada con anterioridad a la aplicación de la fórmula.

Una construcción con pretensión de novedad es la ensayada por Ragues i Vallés, quien marca enfáticamente la posibilidad de perseguir un delito como la característica que podría clarificar la distinción, conque el quid de la cuestión estará en dilucidar si una determinada circunstancia impide afirmar que un hecho es delito, o bien, si esa peculiaridad en realidad obstaculiza su persecución; en el primer caso, claro está, será de naturaleza material, mientras que en el restante, será de índole procesal²⁵. Nada nuevo puede agregar esta postura, porque, en definitiva, los inconvenientes de delimitación se encuentran en la zona de frontera no en los casos nítidos.

Lo expuesto hasta aquí demuestra, elocuentemente, que por el momento resulta imposible dividir el derecho penal del procesal penal de forma meridiana y contundente. Ello es así porque ninguna de las herramientas diseñadas y anotadas previamente han podido cumplir con ese cometido en forma satisfactoria.

4. La ley 27.785

Volvamos ahora por un momento sobre nuestro recorrido, en concreto, hay consenso si se afirma que el derecho penal moderno sostiene como una de sus más inmaculadas conquistas al principio de legalidad penal, que ampara y protege al derecho penal material sin excepciones (excede los límites de este trabajo el posible debilitamiento de aquel frente los delitos previstos en el Estatuto de Roma).

También debemos acordar que no existe una herramienta que permita diferenciar el derecho penal del derecho procesal penal de una forma clara, meridiana y nítida, ni a partir de su naturaleza jurídica ni tampoco observando de qué órgano legislativo emanan.

Así las cosas, nos encontramos con una ley sancionada por el Congreso Nacional, en donde, sin un gran esfuerzo de interpretación, se observan modificaciones más gravosas a institutos que pertenecen al derecho penal como también otras, que son por antonomasia del derecho procesal penal.

No existen reparos de ningún tipo respecto a que dicho órgano legislativo está facultado para dicha tarea, dado que puede crear y modificar derecho penal de fondo, derecho procesal para territorios federales e incluso leyes de procedimiento con alcance nacional para evitar asimetrías.

La importancia práctica de esta cuestión no es menor, y sería un grave error desatenderla; quizá un ejemplo podría ilustrar aún mejor la cuestión; veamos.

Juana fue aprehendida, el 6 de marzo de 2025, cuando personal policial, al realizar un control de documentación vehicular de rutina, observó que dicha individuo intentaba usar un documento falso. Efectuadas las consultas de rigor con la oficina judicial de turno, se dispuso su detención y su posterior convocatoria a prestar declaración indagatoria. Dentro de las medidas de rigor dispuestas, una de ellas se vinculaba con recabar si Juana

²⁵ Ramón Ragués i Vallés, 2004.

registraba antecedentes penales; el correspondiente informe mencionaba que ella no tenía condenas, sin embargo, se había requerido la elevación a juicio por una causa de encubrimiento agravado y a su vez, se había constatado, a través del sistema de gestión de expedientes, que Juana fue convocada a prestar declaración indagatoria por un episodio de violencia de doméstica, recientemente, aunque su situación procesal no estaba resuelta.

Finalmente, Juana por consejo de su defensora, se negó a declarar y solicitó su excarcelación el 7 de marzo de 2025; tras las vistas respectivas el incidente estaba en condiciones de ser resuelto el 8 de marzo de 2025, esto es, cuando la ley 27.785 ya estaba vigente y operativa.

Con este sencillo, pero contundente ejemplo, se pretende exhibir que la jueza a cargo de resolver la excarcelación de Juana debe analizar si el concepto de reiterancia delictiva ingresado por aquella norma, tendría que ser aplicado a un expediente que se inició antes de que estuviera vigente la ley.

Si se tratara de una norma de neto corte penal material no habría hesitación, confusión o dilema alguno en rechazar su aplicación en virtud del principio de legalidad penal (por ejemplo, una circunstancia agravante que eleve la pena del delito que se le reprocha) como tampoco supone una gran controversia, si lo que se modificara fuese alguna cuestión eminentemente procesal (verbigracia la competencia de un tribunal o su conformación). Así lo ha resaltado y subrayado la CSJN al indicar:

«A este respecto, corresponde remarcar que este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, en tanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos» (Fallos «Canales, Mariano Eduardo», 2/5/2019 y sus citas 249:343; 321:1865; 326:2805; entre otros).

Lo que aquí enciende las alarmas es la modificación más gravosa de un elemento de naturaleza jurídica procesal, si se puede aceptar la diferenciación entre fondo y forma, que impacta de lleno en uno de los bienes jurídicos más preciados de las personas, es decir, la libertad ambulatoria, y justamente esta perplejidad es la que ha convocado nuestra atención.

5. Palabras finales

Lo expuesto hasta aquí ha demostrado con creces lo prácticamente imposible que resulta dividir el derecho penal del derecho procesal penal, por lo tanto, antes de persistir en esa búsqueda, quizá sea deseable o valioso reflexionar sobre la necesidad y las consecuencias de esa clasificación. En este sentido, se torna irrenunciable detenerse en la pertinencia de aplicar el principio de legalidad penal a la legislación procesal.

Existe una postura dominante respecto al tema: los actos procesales se rigen por la ley vigente al tiempo de su realización²⁶. Ciertamente no es un dogma, antes bien, se encuentra fuertemente discutido, pues aquí se juega la posibilidad de aplicar retroactivamente una ley procesal penal más benigna para el imputado

Para ilustrarlo mejor, se debe pensar en si resultaría legítimo aplicar una ley posterior (desfavorable para el acusado) a un evento ocurrido con anterioridad a su vigencia.

En este punto es donde convergen dos posturas contradictorias; la procesalista y la sustantivista. La primera es aquella que considera determinante la fecha en que se realiza el acto procesal en cuestión, mientras que la segunda, entiende que la garantía de la irretroactividad de la ley penal, y su excepción de benignidad, debe ser aplicada también al derecho procesal penal.

No es una cuestión menor como ya lo vimos anteriormente, y lo que sí resulta verdaderamente discutible es la artificial selección que podría realizar el legislador al ingresar una institución penal en el código procesal y así sustraerla de esta garantía particular.

Repárese un instante en la naturaleza jurídica de la prescripción, que valga decir es muy discutida, ya que se encuentran sólidas posturas que la ubican como parte del derecho procesal, otras como parte del derecho penal y últimamente se comenzó a reconocer su carácter mixto²⁷. Si se sostuviera la tesis procesalista y se admitiera que en dicho ámbito el principio rector es el «*tempus regit actum*», se debería convalidar la posibilidad de extender el tiempo liberatorio con la sanción de una ley posterior al hecho punible imputado²⁸.

Según Zaffaroni, Alagia y Slokar esta es una herencia inaceptable de la teoría de las normas²⁹, sus defensores sostienen que las normas procesales a diferencia de las penales, están dirigidas a los jueces y por ello resultan impermeables a la prohibición de retroactividad. Sin embargo, contra esa concepción procesalista se presentan dos argumentos de peso: 1) el proceso penal, si su desenvolvimiento es normal, únicamente admite dos conclusiones: condena o absolución. Con lo cual, si al tiempo de juzgar existe algún impedimento procesal para condenar al imputado, faltaría un elemento esencial de la posibilidad de ser penado que menciona la CN, y 2) el art. 18 de la CN menciona el juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, de modo que de su literalidad no surgen elementos para excluir a ley procesal, ya que la Carta Magna no hace distinción alguno.

²⁶ Roxin, 2003, I, p. 165, Maier, 2004, II, p. 79; Pastor, 2001, p. 816, Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2004, p. 123, Clariá Olmedo, 2008 I, p. 108, entre muchos otros, reconocen aquel postulado, aunque no todos se encuentran de acuerdo.

²⁷ Ragues I Valle, 2004, p. 135; Roxin, 2000, p. 167.

²⁸ Para ahondar en la cuestión se puede ver con provecho el control constitucional efectuado por el Tribunal Superior Alemán al tratar la extensión del tiempo liberatorio en consonancia con los delitos cometidos durante el nacionalsocialismo (Roxin, 2003, I, p. 165; Ragués i Valles, 2004 p. 135). En un posición totalmente en contra, se encuentra Jakobs, quien considera que el principio de legalidad (o sujeción a la ley, como él lo llama) debe abarcar todos los presupuestos de punibilidad, incluida la prescripción, pues no importa si el autor contempló el plazo liberatorio en su plan criminal, antes bien, lo realmente determinante es que el Estado amplía su competencia para punir, con lo cual la retroactividad es inaceptable en esos casos, como también cuando se suprime la exigencia de querrela o la necesidad de instancia para proseguir (Jakobs, 1997, p. 83).

²⁹ Recuérdese que de aquella propuesta teórica de Binding, se puede deducir, entre muchas otras, la distinción entre la norma –dirigida al ciudadano- y la ley penal –dirigida al juez-.

En esta misma inteligencia, pero en una posición más extrema se puede encontrar la idea de Pastor. Aquella básicamente consiste en señalar al proceso penal íntegro como la condición objetiva de punibilidad más importante. Al examinar el argumento más de cerca, se observa que el autor considera que la garantía constitucional del debido proceso –nadie puede ser penado sin juicio previo– se encuentra inmersa en toda ley penal sin distinción. Por lo tanto, al identificar nadie puede ser penado con no es punible, concluye que frente al incumplimiento de alguna de las características que debería tener el proceso, no se puede imponer una pena válidamente³⁰.

En definitiva, los presupuestos procesales más todas las reglas procedimentales son parte de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso. Invariablemente para el autor, ello conduce a colegir que el proceso penal está incluido en la parte general del derecho penal y justamente por ello es que su ausencia excluye la punibilidad al igual que lo hace una causa de justificación, de culpabilidad o las excusas absolutorias. Resulta más que obvio, entonces, que las reglas de procedimiento deben estar cubiertas por el principio de legalidad, especialmente la prohibición de irretroactividad³¹.

Una posición un tanto más moderada, aunque en la misma sintonía, es la ensayada por Maier, quien concibe a todos los presupuestos procesales (positivos: ejercicio de la acción penal; negativos: extinción de la acción penal) como condiciones objetivas de punibilidad, o bien, las asimila en su funcionamiento (están por fuera del injusto culpable y no son objeto del conocimiento y de la voluntad del autor), y por ello, las hace acreedoras del mismo tratamiento, es decir, rige para dichas circunstancias la ley del hecho o bien, la posterior más benigna.

Hasta aquí su razonamiento no tiene una nota distintiva o peculiar, sin embargo, lo más provechoso es su propuesta de analizar la garantía exhaustivamente y determinar a qué condiciones, en su amplia acepción, debe ser aplicada, ello indistintamente de su naturaleza jurídica. El autor lo que pretende evitar es enrolarse en una teoría general o abstracta –la ley procesal es retroactiva– y luego, importar las consecuencias a cada una de las instituciones, con resultados, a veces incoherentes y sin obviar la espinosa tarea de tener que establecer cuáles normas son de derecho procesal y cuáles de derecho penal.

Dicho en otras palabras, si se comparte la idea de que hay una zona fronteriza, cuya delimitación es muy poco meridiana, se torna imposible establecer dónde se debe realizar el corte y marcar de qué lado la garantía es operativa; por lo tanto, sería más sano bucear en la cláusula constitucional, y sin importar si es derecho penal o procesal penal, aplicarla cuando exista una ley posterior que beneficie al imputado³². El mismo autor reconoce que no es adecuado ni necesario que todo el derecho procesal quede al resguardo del «*paraguas*» del principio de legalidad (le resulta absurdo aplicar sin cortapisas la garantía a modificaciones de plazos, recursos, entre otras normas puramente rituales). En este sentido parece inscribirse el art. 11 del CPPF que dispone, en caso de duda, se estará a lo que sea más favorable para el imputado, mientras que establece que la inobservancia de una garantía no se hará valer en su perjuicio; concluyendo que las normas procesales no tendrán efecto retroactivo, a menos que sean más favorables para el imputado.

En conclusión, asegurar que el derecho penal y el derecho penal procesal son indistinguibles, insolubles y que por ello se debe aplicarse a todo el universo de las leyes penales, en un sentido amplio, todo el regimiento de garantías constitucionales, en

³⁰ Pastor, 2001, p. 807.

³¹ Pastor, 2001, p. 808.

³² Maier, 2004, I, p. 80/81.

particular el principio de legalidad, pareciera ser un exceso. Compartimos con Maier que resulta impensable que modificaciones prácticas del proceso no puedan ser aplicadas inmediatamente.

En la otra vereda, también es difícil de digerir que el cercenamiento de un derecho tan importante como la libertad, pueda quedar al desamparo del principio de legalidad, dado que, si se legitimara esta postura, intencionalmente se podría comenzar a incluir en el derecho procesal, puntualmente en sus códigos, figuras que son del derecho penal o que bien, no existe discusión que deben recaer bajo la órbita de la irretroactividad de la ley penal (verbigracia, los plazos para extinguir la acción). Por lo tanto, aunque desde una óptica iusfilosófica positivista, no es deseable delegar tanto margen de interpretación a los magistrados, en este tema debemos admitir que será parte de sus facultades escudriñar si una norma, aunque procesal, deba tener cobertura del principio de legalidad penal.

6. Bibliografía

- Bidart Campos, G. J. (2001). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo III). Buenos Aires: Ediar.
- Clariá Olmedo, J. A. (2008). *Derecho Procesal Penal* (Actualizado por J. Vázquez Rossi, Tomo I). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- García Pérez, O. (2010). *La punibilidad en el Derecho Penal*. Salamanca: Aranzadi.
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada* (Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (J. Cuello Contreras & J. L. Serrano González de Murillo, Trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Jeschek, H.-H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal* (M. Olmedo Cardenete, Trad.). Granada: Comares.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal* (Tomo I). Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Núñez, R. C. (1976). *Tratado de Derecho Penal* (Tomo II). Buenos Aires: Editores-Librerros.
- Pastor, D. R. (2001). “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”. En C. Lascano (dir). *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba: Lerner, pp. 793–822.
- Ragués i Valles, R. (2004). “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: Hacia una visión integrada”. En J. Hurtado Pozo (dir.) y C. San Martín Castro (coord.), *La reforma del proceso penal peruana, Anuario de Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial, pp. 129–163.
- Roxin, C. (2003). *Derecho penal parte general* (2.^a ed. alemana, Trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo & J. de Vicente Remesal; Tomo I). España: Thomson-Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal* (25^a ed. alemana, Trad. G. E. Córdoba & D. R. Pastor; revisión J. B. J. Maier). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Vázquez Rossi, J. E. (1995). *Derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Yacobucci, G. J. (2002). El sentido de los principios penales - Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires-Montevideo: BdeF.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.