

El presente proyecto de ley tiene por finalidad realizar una interpretación autentica del Orden Jurídico vigente al tiempo de la sanción del art. 2º de la ley 18.411 y de los efectos jurídicos que esa disposición debía producir –de acuerdo al referido Ordenamiento- al derogar el art. 76 de la ley 2.230.

A los efectos de una fundamentación adecuada de la iniciativa nos referiremos, por su orden a los siguientes tópicos: la función de las leyes interpretativas; el alcance de la potestad legislativa para fijar el derecho transitorio, esto es, fundamentalmente, el intervalo de subsunción de las normas jurídicas con relación al inicio de su vigencia y la función de los arts. 7 y 13 del C.C, 15 del C.P y 7 del C.P.P; los limites a la referida potestad de acuerdo a los preceptos constitucionales en el caso, en particular los principios “nullum crimen sine previa lege” y “non bis in idem”; la interpretación autentica de los arts. 15 del C.P y 7 del C.P.P y su aplicación a la derogación del art. 76 de la ley 2.230 operada por el art. 2º de la ley 18411 y finalmente, el intervalo de subsunción de la ley que se propone.

Pasaremos a analizar esos puntos en el orden referido:

### **I. La función de las leyes interpretativas.**

Parece claro que la tarea de legislar se ejerce normalmente dictando enunciados que crean nuevas normas jurídicas, esto es, que modifican el Orden Jurídico vigente, en la pretensión de lograr soluciones jurídicas más justas para los conflictos de intereses.

Como el Derecho, en ultima instancia, esta conformado no por los enunciados sino por la interpretación que de los enunciados legislados –y de las demás fuentes- realizan los jueces en cada momento histórico, ocurre que, cuando el Legislador advierte que esa interpretación judicial no se

ajusta a lo que es su propia voluntad normativa, en ese mismo momento histórico, posee la potestad de dictar nuevas leyes que rectifiquen la interpretación corriente judicial reputada errónea.

La misma necesidad de legislar interpretando los enunciados vigentes, para ajustar su significado se produce también, cuando la jurisprudencia vacila o es contradictoria, provocando así una disminución severa de la seguridad jurídica de los administrados.

Obviamente la percepción de cualquiera de ambos fenómenos –la errónea interpretación o la contradictoria aplicación- la tiene el Legislador en la mayoría de las veces, sobre la base del conocimiento de los casos particulares que han sido ya resueltos por sentencias – firmes o no- y no de las reflexiones abstractas que pueda realizar la doctrina poniendo en evidencia la existencia de ambigüedades u otros defectos lógicos en los enunciados sancionados.

Por lo tanto, es connatural a la interpretación autentica legislativa, la voluntad del legislador de rectificar total o parcialmente la interpretación judicial de ese momento.

Reflejo de esa realidad práctica es el art. 14 del C.C que establece: “La Suprema Corte de Justicia, siempre que lo crea conveniente, dará cuenta al Poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de la leyes y de los vacíos que note en ella, a fin de estimular, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes”.

## **II. La potestad legislativa en materia de derecho transitorio.**

Existe la creencia de que el legislador –generalmente- legisla para aplicar consecuencias a los hechos y actos jurídicos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley que fija esas consecuencias.

Pero sucede que esa creencia es simplista e incorrecta, porque la vida social, regulada por el Derecho no puede aislarse y cortarse en episodios

estancos independientes entre si, cronológicamente sucesivos, sino que está conformada por relaciones jurídicas que transcurren sin solución de continuidad y perduran un tiempo más o menos largo desde que nacen (y a veces nacen también en un proceso y no en un acto) hasta que se extinguen totalmente y por ello es normal que cualquier norma legal afecte situaciones jurídicas creadas antes de su vigencia, alterando sus efectos hacia el futuro o aun hacia el pasado.

Sería deseable que todo enunciado legislado –con pretensión de generalidad- determinase no sólo el supuesto normativo y su consecuencia jurídica, sino el tiempo en el cual el supuesto debe ocurrir para acarrear esa consecuencia.

Cuando el legislador no completa el enunciado que dicta, con una norma de derecho transitorio que cumpla con el requisito anterior – que se admite puede ser aún tácito – el Orden Jurídico contiene normas generales supletorias como el art.7 del C.C. (para las leyes innovadoras) el art.13 del mismo Código (para las leyes interpretativas), el art.15 del C.P. y el art.7 del C.P.P (para las leyes penales).

Pero es claro que, siendo todas ellas normas de rango legal, no se imponen al legislador y éste puede optar por una aplicación de la ley en el tiempo diferente a la solución supletoria. Así, puede dictar leyes civiles retroactivas, como establecen los arts. 2392 y 1787 del C.C. y del C.Com. respectivamente, cuando entraron en vigencia esos cuerpos de leyes o leyes interpretativas con una retroactividad superior a la prevista en el art.13 del C.C. y que vayan aún contra los casos “definitivamente concluidos”.

Es el legislador, por lo tanto el que debe determinar discrecionalmente, a que período cronológico se aplica cada ley (su intervalo de subsunción) balanceando adecuadamente por un lado el valor seguridad jurídica que deriva de la conservación de la eficacia de las normas viejas y por otro, el valor justicia que deriva de aplicar aún hacia

atrás las soluciones de las nuevas leyes que por hipótesis se suponen mas justas que las derogadas.

### **III. Los limites constitucionales a la potestad legislativa respecto del derecho transitorio.**

1) La discrecionalidad del legislador tiene únicamente el límite que le fije la Constitución.

En esa materia, dos son los principios supralegales que se imponen al Legislador: el “nullum crimen sine lege” y “non bis in idem”.

Por el primero, lo que esta vedado al Legislador es calificar como un determinado delito, “ex post facto”, una conducta que a la época de su realización no se encontraba tipificada penalmente de ese modo.

También le esta vedado al legislador, aumentar la pena “ex post facto”, aún cuando la conducta ya fuera delito a la época de su realización.

Por eso la regla se enuncia más correctamente con el aforismo: “nullum crimen nulla poena sine lege”.

2) Todos los enunciados de las Declaraciones y Tratados internacionales coinciden en esa concepción.

Así por ejemplo:

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Art. 8: “La ley no debe establecer sino las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”

Declaración Universal de Derechos del Hombre de Naciones Unidas de 1948:

Art. 11 inc 2º: “Nadie será condenado por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica:

Art 9: “Principio de legalidad y retroactividad. 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”.

Con respecto a nuestra Constitución, Alberto Ramón Real, explicaba lo siguiente:

“Nuestra Constitución no contiene disposición alguna que consagre directamente tan valioso principio liberal. No obstante, entendemos que se trata de una garantía implícita, comprendida en el art. 72, porque ésta acoge, genéricamente, las soluciones preconizadas por el jusnaturalismo personalista que encuentra su condensación, codificada, más perfecta, en la Declaración francesa. Pero, además, deriva este principio, indirectamente, del de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 (inc.2º). Si nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 10, donde haya fundamento la regla *nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege*), no es posible que mediante decisiones del poder público, posteriores a ciertos hechos de conducta humana, se conviertan en ilícitos y punibles esos hechos, que eran lícitos en el momento de su realización. Sería hacer indirectamente, lo que la Constitución prohíbe que se haga directamente: es decir, tratar como prohibido e ilícito a lo que por no estar prohibido es lícito. (Los Principios Generales del Derecho” pag. 53).

3) De consecuencia, no le está vedado al legislador restituirle retroactivamente la vigencia a una ley incriminante que hubiera sido

derogada por otra, si el periodo de subsunción restablecido no vulnera el principio constitucional mencionado, esto es, para aplicarla a las conductas que ya eran delito al tiempo de su realización.

Suponer que si una ley penal incriminante ha sido derogada, luego el legislador solo puede restablecerle la vigencia exclusivamente para los hechos ocurridos a partir de su segunda vigencia, pero nunca para los anteriores ocurridos durante su primera vigencia implica un doble error.

El primero es darle un alcance a la irretroactividad de la ley penal que no participa de la “ratio” del principio general, que es claramente impedir la vulneración a la libertad que deriva de sancionar penalmente a alguien por una conducta licita cuando se realizó.

El segundo error de razonamiento deriva de que si la derogación de una ley que establece un delito fuera en si mismo un fenómeno jurídico incommovible y definitivo, nos encontraríamos con un tipo de leyes que el Legislador en el futuro no puede volver atrás y debe estoicamente soportar sus efectos.

Thomas Paine decía, con razón, que no hay pretensión de autoritarismo mayor (“la más ridícula e insolente de todas las tiranías”), que la del legislador que pretende que sus leyes no pueden ser derogadas en el futuro. (Los Derechos del Hombre Parte I (1791)).

Piénsese el absurdo, de que por un error técnico el legislador derogase un conjunto importante de disposiciones incriminantes ¿debería entonces abrir las cárceles liberando sin remedio a quienes ciertamente cometieron un delito?

Si el error fuera, por ejemplo aumentar a 21 años la edad de imputabilidad, ¿debería liberarse, sin otra alternativa a todos los que delinquieron entre los 18 y los 21 años?.

4) Por ello, el Legislador puede siempre derogar la ley derogante de un delito y prever -como derecho transitorio- que las conductas que eran

delito durante la vigencia de la ley primigenia continúen siendo delito, a pesar de la derogación ocurrida en el tiempo intermedio. Solo no podrá incriminar las conductas ocurridas en el tiempo intermedio que va desde la derogación al restablecimiento pues ahí sí, se viola el principio constitucional.

5) También debe descartarse que exista un principio constitucional que imponga la retroactividad de la ley penal más benigna (la que suprime un delito o que rebaja la pena). En el derecho penal liberal, la pena se justifica no como sanción ejemplarizante para inhibir a otros a realizar la misma conducta, para lograr una mayor protección del bien jurídico custodiado – que deriva de una moral utilitarista- , sino porque el autor – al conocer la “lege previa”- consiente la aplicación de la pena sobre si mismo.

Por ende, se justifica plenamente el mantenimiento de la sanción aún cuando posteriormente se haya derogado la figura penal, para el futuro. Solo por razones de política criminal es que el legislador –no el constituyente- establece la retroactividad de la ley más benigna.

6) Las precisiones anteriores son necesarias en tanto que en materia penal por vía de una ley interpretativa tampoco podría violarse “el principio nullum crimen sine lege”.

Adviértase que las leyes interpretativas son –en realidad- las más innovadoras, ya que tratan precisamente de rectificar erróneas aplicaciones judiciales. Se deduce de ello que por esa vía no puede hacerse punible una conducta que –para la jurisprudencia dominante- no era delito, por más que ciertamente se trate de una interpretación auténtica y no de un subterfugio para arropar la ley con una calidad que no tiene.

Como explicaba sabiamente el Juez Oliver Wendel Holmes, el Derecho es la “conducta probable de los jueces”. Por ello el derecho penal

vigente en un momento dado es el conjunto de normas que la jurisprudencia considera que derivan de los enunciados legislados.

Si el Legislador rectifica hacia atrás esa interpretación – aunque sea el recto criterio del Legislador y aunque al análisis lógico la conclusión hermenéutica de éste sea más acertada que la de los Jueces – se vulnera igualmente el principio garantista, porque los particulares conocen el derecho a través de la práctica y tienen derecho de confiar en ella.

Por ello, la legitimidad constitucional de la norma legal que se propone no deriva de que su forma lingüística sea de ley interpretativa, sino de que aun como ley innovadora no se viola la norma constitucional.

7) Con relación al principio “non bis in idem”, se considera que la Constitución, lo que inhibe al legislador es de autorizar la persecución penal por una conducta por la que ya ha sido juzgado y absuelto el imputado o, más ampliamente, que no sea perseguido penalmente más de una vez (por más de un proceso penal) por la misma conducta.

El Pacto de San José de Costa Rica en su art 8 N° 4 establece en ese sentido:

“El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

En cambio, no será inconstitucional una norma legal que lo que establezca es la prosecución de un proceso penal interrumpido, sin resolución firme sobre el fondo, o el cumplimiento de una pena en curso que hubiera sido interrumpida por consecuencia de una ley derogante, con efectos retroactivos.

#### **IV. La interpretación autentica de los arts 15 del C.P y 7 del C.P.P.**

1) Cuando se discutió y luego se dictó el art. 2 de la ley 18.411, en cuanto derogó el art. 76 de la ley 2.230, se consideró por el Cuerpo

Legislativo que de acuerdo con los artículos de derecho transitorio supletorios (arts. 15 C.P y 7 C.P.P) no debería producirse la clausura del proceso penal de aquellos individuos que pudieran estar sometidos a proceso por un auto de procesamiento fundado en el artículo 76 referido, si al tiempo de la sanción de la ley derogante, estaban encausados penalmente en la etapa del plenario con acusación fiscal fundada en la imputación de otro delito diferente.

En el caso por todos conocido, el Juez de primer grado coincidió con esa interpretación, mientras que el Tribunal de Apelaciones, entendió que el art 15 del C.P y del 7 C.P.P imponían la clausura de los procedimientos.

2) Corresponde por tanto dictar una ley interpretativa que en forma autentica consolide el criterio de interpretación que se estima y estimó, correcto.

3) No podrá tampoco impugnarse la iniciativa sosteniendo que esta ley tiene destinatarios individuales determinados, por lo que pierde el carácter de generalidad y abstracción que debe tener la Ley, pues precisamente de lo que se trata es de evitar que una incorrecta interpretación judicial de los arts 15 C.P y 7 C.P.P haya transformado al art 2º de la ley 18.411 en una ley con “nombre y apellido” beneficiando a solo algunos encausados.

En todo caso, se trata de devolverle a la ley 18411 art 2º su carácter general y abstracto,

4) El criterio interpretativo que se quiere rectificar, parte de un supuesto erróneo: considerar que cuando el C.P y el C.P.P se refieren a la “cesación del procedimiento” cuando se “suprime un delito existente” ello está formalmente atado al delito por el cual se dictó el auto de procesamiento.

En primer lugar, el C.P mal podría instalar ese criterio porque el Código de Instrucción Criminal vigente entonces ni siquiera establecía el auto de procesamiento como resolución judicial trascendente.

En segundo lugar el C.P.P que sí crea la figura del auto de procesamiento, no lo menciona en el art 7 sino que vuelve a hablar de “cesación del procedimiento”.

Si la tesis formalista del Tribunal de Apelaciones fuera la correcta, resultaría que, en todos los casos en que la acusación fiscal no incluye al delito del procesamiento o incluye a otro u otros delitos además del referido en aquella resolución judicial con que se inicia el sumario, la acusación fiscal y la sentencia condenatoria por delitos diversos al del procesamiento serian nulos por falta de un presupuesto esencial y ello, obviamente, no es así.

5) Pero no se trata de controvertir la sentencia del Tribunal de Apelaciones dictada con imparcialidad y rectitud de intención en una cuestión opinable. Pues es posible que quien haya incurrido en un error técnico al interpretar los arts 15 C.P y 7 C.P.P haya sido el legislador.

Este proyecto de ley pretende actuar en el plano que le corresponde al Parlamento, sin vulnerar el que le corresponde a la Jurisdicción.

Y, en ese sentido, dictar una ley interpretativa es una función connatural y complementaria de legislar que puede hacerse siempre que no se viole la Constitución, lo que estamos seguros que no ocurre por lo que se lleva dicho.

Se ha optado por la solución referida y no por derogar la ley derogante porque el fundamento para suprimir el delito del art. 76 de la ley 2.230 se mantiene vigente

### **Proyecto de Ley**

**ART 1º:** Declárese por vía interpretativa que los arts. 15 inc 2º del Código Penal y 7 inc 2º del Código del Proceso Penal no provocan la

cesación del procedimiento penal, si se suprimiese un delito por el cual se hubiera procesado a un sujeto, si al tiempo de la promulgación de la ley derogante, este estuviese imputado de otro u otros delitos, en la acusación fiscal.

**ART 2º:** Si hubiera ocurrido la clausura de un procedimiento penal que no hubiera correspondido de conformidad con la interpretación contenida en el artículo anterior, deberá continuarse con el procedimiento interrumpido y sus efectos sobre los encausados.