

S u p r e m a C o r t e:

-I-

La Cámara Nacional de Casación Penal resolvió, por mayoría, no hacer lugar a los recursos de casación deducidos por el querellante y el fiscal contra la sentencia del Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 3, por la que se declaró extinguida la acción penal por prescripción y se sobreseyó al imputado Héctor Torea respecto de los delitos de homicidio imprudente, lesiones imprudentes y omisión de los deberes de funcionario público, todos ellos en concurso ideal.

En la resolución recurrida se concluyó que luego del auto de citación a juicio transcurrió el plazo de la prescripción, ya que ninguno de los actos procesales practicados con posterioridad a aquel poseía carácter interruptivo. Anteriormente, tanto la juez correccional como el tribunal a quo le habían reconocido ese carácter al auto de fijación de audiencia para debate. En la resolución recurrida, se interpretó que, según la nueva redacción del artículo 67 del Código Penal, el auto de fijación de audiencia para debate ya no constituye un acto interruptivo y que la aplicación de la norma reformada en el caso deviene obligatoria, en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más benigna (artículo 2 del código citado). Es decir, mediante una supresión retroactiva del efecto interruptivo del auto de fijación de audiencia para debate, se concluyó que la acción penal se encontraba extinguida por prescripción.

Contra esta decisión, en la que además se condenó a la parte querellante a pagar las costas generadas por el recurso de casación, se interpusieron recursos extraordinarios que fueron concedidos a fs. 191/192.

-II-

Tal como lo sostuvo el a quo en el auto de concesión

de fs. 191/92, en autos se ha alegado que la hermenéutica de las normas comunes en tela de juicio vertida en el voto que conformó la mayoría, ha plasmado la vulneración de los derechos constitucionales que protegen a la víctima-querellante en el proceso, incluso en lo referente al acceso a la jurisdicción que como tal le corresponde (artículos 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

Además, aun cuando el apelante afirma que ataca la sentencia que recurre por arbitrariedad, lo cierto es que ha impugnado el pronunciamiento por esta vía extraordinaria precisamente en lo relativo a la aplicación de la reforma del artículo 67 del Código Penal como ley más benigna en los términos del artículo 2 del Código Penal (Fallos: 295:1005), por lo que se halla en juego también la interpretación de normas de rango constitucional (artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la reglamentación inmediata de ellas contenida en el artículo 2 del Código Penal (Fallos: 320:763; 321:824).

El recurso es, por tanto, formalmente procedente, pues la decisión apelada ha sido contraria a la pretensión del apelante fundada en dichas normas (artículo 14, inciso 3, de la ley 48).

Por lo demás, cabe recordar que por hallarse en discusión el contenido y alcance de normas federales, V.E. no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 320:1602; 323:1406 y 1566, entre otros).

-III-

En la sentencia recurrida se ha revocado el efecto interruptivo de la prescripción que se le había acordado anteriormente al auto por el que se fijó audiencia para debate, sobre la base de una aplicación retroactiva de la ley 25.990 que, según mi punto de vista, carece de fundamento. La citada ley fue aplicada retroactivamente de un modo prácticamente mecánico, como puede advertirse leyendo el siguiente pasaje de la sentencia de instancia: "Con la sanción de la (...) ley 25.990 se interrumpe la prescripción solo por la existencia de alguna de las cinco causales expresamente enumeradas en la nueva redacción del referido artículo 67 del Código Penal (...) Esta modificación debe ser considerada evidentemente como equivalente a una ley más benigna para el imputado, que la que rigió durante la vigencia de la redacción de la norma anterior, ya que reduce las causales interruptivas de tal instituto (...) la ley 25.990 (...) se erige como más beneficiosa que la interpretación que la jurisprudencia dominante le asignó al término "secuela de juicio" lo que de esta manera determina su aplicación retroactiva al significar una mejora de los derechos del imputado". De manera similar, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo: "la ley penal más benigna es la que favorece la situación jurídica en la que se encuentra el interesado (...) No puede soslayarse que la reforma del art. 67 del Código Penal (...) resulta ser en el caso la ley penal más benigna en los términos del art. 2º del C.P. por cuanto la interpretación judicial que se realizaba del término "secuela de juicio" permitía la consideración como actos interruptivos de la prescripción a una cantidad más numerosa de actos procesales que los taxativamente previstos por la nueva ley".

Los párrafos citados demuestran que tanto la juez

correccional como el tribunal de alzada se consideraron compelidos a resolver el caso conforme a la nueva ley, por imperio del principio de retroactividad de la ley penal más benigna. La mayor benignidad fue justificada en que la ley 25.990 prevé menos actos interruptivos que la redacción anterior, según la interpretación jurisprudencial dominante.

En los siguientes apartados expresaré mi opinión en cuanto a la recta inteligencia que V.E. debería asignarle a las normas federales en juego, y justificaré, sobre la base de ello, que no corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley más benigna respecto de la ley 25.990.

1. Como resultado de los movimientos liberales de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX surge el Estado democrático en la forma en que se lo concibe actualmente, como un Estado autolimitado. Estas limitaciones se reflejan en el reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales, que se comprenden como restricciones que se impone el Estado para el ejercicio de su poder. En el ámbito del derecho penal, que es la herramienta más grave que posee el Estado para la imposición de sus normas, estas limitaciones cobran una relevancia especial.

Uno de estos límites lo constituye el transcurso del tiempo. Nuestro ordenamiento positivo impide al Estado ejercitar su poder punitivo, cuando hubieran transcurrido los plazos de prescripción previstos por la ley. Ello funciona como un instrumento para concretar el derecho fundamental a que el proceso penal termine en un plazo razonable. Si durante ese plazo no se ha arribado a una condena -prescripción de la persecución- o bien si la condena no se cumplió -prescripción de la ejecución- se prescinde, por decisión del Legislador, de la aplicación de la pena (PASTOR, Prescripción de la

persecución penal y código procesal penal, ed. Del Puerto, año 1993, p. 41).

2. La aplicación retroactiva de las leyes que amplían los plazos de la prescripción ha sido intensamente discutida en Alemania cuando se investigaban los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad cometidos con anterioridad al año 1945. En especial, se sancionaron tres leyes que tenían por finalidad alterar los plazos de prescripción para impedir que se extinguiera, respecto de un grupo de estos crímenes, la acción penal. La "ley de cómputo" dictada el 13.04.1965 suspendió, entre 8.5.1945 y el 31.12.1949, el plazo de prescripción de los delitos cuya comisión estaba amenazada con prisión perpetua. La "9º ley de reforma del derecho penal" (4.8.1969) prolongó el plazo de prescripción de esos hechos a 30 años. Por último, la "16º ley de reforma del derecho penal" (16.7.79) eliminó la prescripción de la persecución para los casos de asesinato.

Esta discusión renovó una disputa acerca de la naturaleza jurídica de los presupuestos del proceso, en especial, del plazo de la prescripción. Quienes comprendían a los presupuestos del proceso como institutos meramente procesales aceptaban la prolongación retroactiva de los plazos, mientras que quienes le atribuían contenido material, por el contrario, la rechazaban (cfr. OTTO, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6º edición, § 2/19 y s.).

Este debate ha dado lugar a un amplio abanico de opiniones jurídicas. El Tribunal Federal Constitucional de Alemania sostuvo la opinión de que la prescripción no está alcanzada por la prohibición de aplicación retroactiva de la ley más gravosa (BVerfG 25, 287). La solución contraria, la irretroactividad de la modificación perjudicial, se fundamenta en que la prescripción posee naturaleza material (PASTOR,

Prescripción..., p. 52; del mismo modo en: El plazo razonable en el proceso del estado de derecho, ed. Ad-hoc, año 2002, p. 457 y s), o bien en el argumento, que he referido en otro contexto (Interrupción de la prescripción de la acción penal por la "secuela del juicio", p. 437), de que el debate sobre la naturaleza jurídica del instituto no es determinante para la pregunta sobre la sujeción al principio de ley previa, puesto que a las disposiciones de derecho procesal -o a cierto grupo de ellas- también se aplica la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa. Transita también este camino la idea de que la regulación de la prescripción constituye en Argentina "ley penal" en los términos del artículo 2º de nuestro Código Penal y que, por tanto, se le aplica la prohibición de retroactividad (cfr. voto de SCHIFFRIN, CFed. La plata, Sala III Penal, agosto 30-1989, S.J.F.L., ED, 135-323 y ss.).

Varios autores han señalado que el rechazo a la ampliación retroactiva de los plazos de prescripción no puede fundarse en el principio de irretroactividad de la ley penal. STRATENWERTH, por ejemplo, sostiene que no puede recurrirse a la exigencia de previsibilidad y calculabilidad del poder Estatal -uno de los justificativos del principio de legalidad- para oponerse a la retroactividad de la ampliación de los plazos. Ello así, pues difícilmente merezca protección la confianza del infractor del derecho de correr el riesgo de sufrir una pena sólo bajo "determinadas circunstancias" cuando realiza una conducta cuya reprochabilidad conoce (Derecho Penal, Parte General, § 3/11). De modo concordante expresa JAKOBS: "no se protege la confianza en la impunidad" (Derecho Penal, Parte General, § 4/7). Por estos fundamentos, ROXIN entiende que sí se pueden prolongar retroactivamente los plazos de la prescripción en causas abiertas sin que ello lesione

el principio de irretroactividad de la ley más gravosa (Derecho Penal, Parte General, § 5/58). También ESER, se manifiesta de acuerdo con esta opinión (SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 2/7).

En estos supuestos, se ha dicho, no se trata de proteger la confianza en la impunidad sino de que el Estado amplía su competencia para punir y ello bajo la impresión de hechos ya ocurridos. La prórroga retroactiva de los plazos de prescripción, sea que se establezca un cálculo que suponga prolongarla o bien que se facilite la interrupción, no puede aceptarse dado que constituye un procedimiento que no garantiza la objetividad (JAKOBS, cit., § 4/9) o, con otras palabras, posibilita la arbitrariedad (STRATENWERTH, cit., § 3/11).

Hasta aquí se han descripto algunas de las opiniones que aceptan o rechazan la aplicación retroactiva de una ley que amplíe los plazos de la prescripción, una ley que permita al Estado continuar ejercitando sobre el ciudadano su poder punitivo y por ello, una ley más gravosa. Esto ha llevado a analizar sin efectuar las debidas distinciones (cfr. BIDART CAMPOS, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. II-A, ed. Ediar, año 2003, p. 95) un supuesto jurídico diferente: el de la retroactividad de la ley penal más benigna.

3. La elección de prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa, que se funda en el principio de legalidad material, ha sido justificada sobre la base de diversos intereses. Es pertinente reseñarlos de modo sucinto y esquemático con la finalidad de confrontarlos, luego, con los intereses que justifican una máxima, reitero, diferente: el de la retroactividad de la ley penal más benigna.

FEUERBACH ha relacionado este instituto con su pro-

puesta relativa a la teoría de la pena y ha obtenido una conclusión que actualmente sigue vigente: tan sólo cuando el hecho está amenazado con pena antes de su comisión puede la pena intimidar al autor (cito a través de STRATENWERTH, cit., § 3/5). Este pensamiento se ha mantenido entre quienes pregonan una fundamentación del castigo desde el punto de vista de la prevención general: *"la determinación del individuo respecto de un comportamiento particular que se espera de las normas penales tan sólo puede partir, naturalmente, de normas ya tipificadas; las normas con efecto retroactivo caerían, a este respecto, en el vacío"* (SCHÖNKE/SCHRÖDER, cit., § 2/1).

Siguiendo una lógica argumental similar, el mandato de ley previa ha sido relacionado con el principio de culpabilidad. Quien no ha podido conocer la desaprobación jurídico penal del hecho tampoco pudo motivarse por el mandato normativo ni, por tanto, ser destinatario de un reproche de culpabilidad. Sin embargo, para satisfacer la exigencia de culpabilidad no sería necesario extender la prohibición de retroactividad a los casos de "agravación de la pena" y ni siquiera al carácter "penal" de la sanción. Bastaría, en este sentido, con exigir el conocimiento de la antijuridicidad. Es por ello que para dar cuenta del alcance total del mandato de ley previa deben considerarse, adicionalmente, intereses diferentes del principio de culpabilidad (cfr. WELZEL, Derecho Penal, Parte General, 11° ed., p. 42 y s.).

Una extensa literatura sustenta la prohibición en la idea de seguridad jurídica (cfr. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General, t. I, año 1978, p. 184) en el interés de garantizar la objetividad (JAKOBS, cit. p. 82) impedir la sanción de leyes arbitrarias (WELZEL, cit., 11° ed., p. 43) o bien impedir leyes ad-hoc. (ROXIN, cit., § 5/51) o post festum



(BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9° edición, p. 89). El principio de legalidad también se ha justificado en el principio democrático de división de poderes, la ya discutida máxima de "protección de la confianza", etc. (ver sobre ello BACIGALUPO, *Principios Constitucionales de derecho penal*, ed. Hammurabi, año 1999, p. 47).

La aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se funda, en cambio, en un principio de política criminal bien distinto al de legalidad (STRATENWERTH, cit., § 3/13). La ratio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se sustenta en la verificación de que es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho (sobre este punto, Fallos: 311:2473). Ello presupone -sobre esto la doctrina es prácticamente unánime- un cambio de valoración social respecto de la reprobación del hecho (ROXIN, cit., § 5/60; BACIGALUPO, *Derecho Penal, Parte General*, p. 188; STRATENWERTH, cit., 3/13; WELZEL, cit., p. 44; ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal, parte general*, ed. Ediar, año 1987, p. 468, del mismo modo en: *Derecho Penal, Parte General*, Ediar 2003, p. 122).

Precisamente por ello es que se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales ([principio de ultractividad]; cfr. STRATENWERTH, cit. § 3/13; WELZEL, cit. p. 44; ZAFFARONI, *Derecho Penal*, cit. p. 469). Como se sabe, las leyes temporales y las excepcionales son aquellas cuya vigencia, de antemano, se encuentra limitada a un determinado período de tiempo que está fijado expresamente en la ley o bien depende de la permanencia de ciertos factores excepcionales. Una vez que el lapso ha transcurrido o las cir-

cunstancias han desaparecido estas leyes pierden automáticamente su vigencia. El fundamento de la aplicación retroactiva aparece con toda claridad cuando se intenta explicar por qué razón no se aplica la ley posterior más benigna una vez transcurrido el plazo de la ley temporal o cesada la situación excepcional. El sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal no se beneficia de la derogación de la ley pues ello es consecuencia de que ha desaparecido la situación de necesidad, pero permanece inalterada la reprobación del hecho cometido durante su vigencia. En estos casos, es decir, frente a la excepción al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, se hace manifiesto el motivo, la ratio, que lo sustenta: una alteración, un cambio en la valoración social del hecho.

Esto mismo es lo que sucede con las reglas que abrevian los plazos de prescripción, pues éstas sólo expresan la decisión estatal de auto-limitarse, hacia el futuro, aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal, pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho en cuestión, el cual, de reiterarse, seguiría siendo considerado delito y pasible de la misma sanción.

Es que más allá de su carácter material, lo cierto es que, en definitiva, las reglas de la prescripción sólo regulan la actividad de los órganos de persecución penal, es decir, sólo establecen el modo (los plazos, el tiempo) como se debe proceder en el ejercicio de esa actividad. En cambio, no expresan el juicio de disvalor que subyace al ilícito y a la culpabilidad y, por ello, su modificación no altera la reprobación social del hecho. Estas disposiciones se encuentran, en consecuencia, fuera del ámbito cubierto por la ratio de la aplicación retroactiva de la ley más benigna, por lo que no corresponde entonces aplicar retroactivamente la ley

25.990, aun cuando un nuevo cómputo de la prescripción con arreglo a sus previsiones pudiera resultar más favorable para el imputado del caso concreto.

Esta conclusión no se modifica en nada por la recepción del principio de retroactividad de la ley más benigna en los pactos internacionales (artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pues ellos sólo han modificado la jerarquía normativa del principio, pero no su fundamento y límite, que sigue siendo el mismo (cf., en este sentido, Fallos: 321:824, disidencia de los jueces Fayt, Boggiano y Bossert, esp. consid. 14º, y disidencia del juez Petracchi).

Una última observación: ciertamente, la cuantía de la amenaza penal prevista como sanción codetermina la extensión del plazo de prescripción. (Esta constatación quizá pueda justificarse en que aparece en principio razonable que quien presuntamente comete un hecho más grave tenga que soportar la persecución penal por un lapso más prolongado). Sin embargo, esta ecuación no funciona, en cambio, en sentido inverso: las reglas sobre la prescripción no caracterizan el disvalor de hecho ni definen su gravedad.

4. En el análisis de la corrección de las soluciones que se postulan para el problema no puede, por último, desatenderse, no como un argumento dirimente, pero sí como un indicio de cuál es el camino correcto, la razonabilidad de las consecuencias a las que llevaría uno y otro punto de vista.

La decisión de acortar los plazos para lograr a través de ello que, en el futuro, los procesos sean más breves indica una voluntad del legislador de gratificar en mayor medida el derecho a obtener una finalización del proceso en un plazo razonable, es decir, de mejorar la satisfacción de un

derecho fundamental. Esta decisión no tiene el contenido de declarar, simultáneamente, que lo cumplido conforme la legislación previa es ilegítimo. Por el contrario, bien puede ser consecuencia de que el Legislador verifica que ahora cuenta con los medios para enfrentar en menor tiempo las necesidades del sistema, suministra mayores herramientas para cumplir con esas demandas, reduce las demandas a la afección de los bienes jurídicos más relevantes, etc.. Comoquiera que sea, aunque lo único provisto para enfrentar el cambio sea un mensaje dirigido a los operadores judiciales con el contenido "dense prisa", lo cierto es que ello sólo puede ser instrumentado hacia el futuro.

Asúmase ahora, por hipótesis, que fuera obligatorio, sin excepciones, aplicar retroactivamente el acortamiento de los plazos de prescripción. Si el Estado tuviera que enfrentar necesariamente el costo de fulminar retroactivamente procesos penales -en los que se investigan hechos cuya reprobación la reforma mantiene incólume-, ello desalentaría cualquier nueva decisión de progresar en la satisfacción del derecho a un plazo razonable, acortando los plazos de prescripción, para no pagar el precio de que casos importantes terminen "prescribiendo retroactivamente". No concibo, sin embargo, cómo un principio que busca algo positivo podría ser interpretado de modo que lleve a consecuencias tan perjudiciales.

5. En síntesis, se ha dicho hasta aquí que:

(i) El ejercicio de la potestad punitiva estatal se halla limitado también en el tiempo, y la prescripción de la acción penal constituye uno de esos límites, en la medida en que impide la persecución penal una vez transcurrido los plazos previstos por la ley para el ejercicio del poder punitivo;.

(ii) Si bien es cierto que el principio de legalidad proscribire la aplicación retroactiva de leyes que amplían los plazos de prescripción, lo que ha llevado a postular el carácter material del instituto, ello no significa que deba aplicarse retroactivamente toda modificación legislativa en materia de prescripción más beneficiosa para el imputado.

(iii) Ello es así, porque la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna no se funda en el principio de legalidad material, que se satisface con que las leyes penales no se apliquen retroactivamente, sino en un principio de política criminal bien distinto que juzga inadmisibile imponer o mantener una sanción penal por un hecho que ya no se considera delito, o bien una pena que ya no guarda relación con la menor gravedad que se predica para el delito por el que ha sido impuesta.

En otras palabras, la aplicación retroactiva de la ley más benigna presupone que se haya producido un cambio en la valoración social del hecho imputado, lo cual es evidente que no ocurre con las leyes que sólo expresan la decisión del Estado de auto-limitarse hacia el futuro aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal, pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho.

(iv) Precisamente por ello es que se considera que el principio de retroactividad de la ley más benigna no rige respecto de las leyes temporales y excepcionales, en la medida en que permanezca inalterada la reprobación del hecho cometido durante su vigencia (principio de ultractividad).

(v) De lo expuesto se desprende que no corresponde aplicar retroactivamente la ley 25.990, aun cuando un nuevo cómputo de la prescripción con arreglo a ella pudiera resultar más favorable para el imputado en el caso concreto.

Queda abierta la posibilidad de cuestionar incluso

la aplicabilidad de la nueva ley a procesos que se hallaban ya en trámite en la época de su entrada en vigencia. Brevemente: o bien se considera que la prescripción es de índole procesal, y entonces se aplica la ley vigente al momento de realizar el acto (cómputo de la prescripción); o bien, si se la considera un instituto del derecho penal material, rige la ley vigente al momento de comisión del delito (la ley 13.569), sin que una ley posterior más benigna (ley 25.990) pueda resultar aplicable si no concurre el fundamento que autoriza esa aplicación retroactiva.

Pero de lo que no puede existir duda, es que en este caso, el cómputo de la prescripción con arreglo a los nuevos parámetros establecidos por la ley 25.990 debe tomar como punto de partida el último acto procesal al que se le confirió efecto interruptivo con arreglo a la vieja normativa. Vale decir, que los nuevos parámetros para interpretar los actos que interrumpen la prescripción, de acuerdo a la nueva legislación, podrían ser aplicados a partir de su entrada en vigencia y no antes, de modo tal que mantienen su virtualidad los actos considerados "secuela de juicio" que se hayan producido con anterioridad a la sanción de la ley 25.990. Por esta razón, no era jurídicamente posible privar a los autos de fs. 3570 y 4377 del efecto interruptivo del curso de la prescripción que se les había otorgado anteriormente, al menos no con sustento en el principio de retroactividad de la ley penal más benigna como lo hizo el a quo.

-IV-

Aún cuando V.E. no compartiera la inteligencia que vengo sosteniendo acerca de este principio de rango constitucional y según la cual no alcanza al sub lite, tampoco la aplicación que de él ha hecho el a quo se ajusta a las reglas que rigen su aplicación en general.

Sin profundizar sobre la cuestión, y en referencia sólo a lo que aquí interesa, estimo conveniente recordar que en la sentencia del tribunal de casación penal se habla del efecto ultractivo de la "ley penal de fondo anterior más benigna" en razón de que, como resultado de la ley 25.189 (publicada en el Boletín Oficial el día 28 octubre de 1999), la pena por delito de homicidio imprudente fue elevada a un máximo de cinco años. Para calcular el plazo de prescripción se empleó la escala penal más benévola prevista según la legislación anterior (tres años de prisión).

Obsérvese, sin embargo, que la ley 25.990 (Publicada en el Boletín Oficial el día 11 de enero de 2005) ha modificado el artículo 67 del Código Penal cuando la elevación de la pena del homicidio imprudente ya era ley vigente. Si se presta atención a la secuencia temporal de estas leyes surge una consecuencia jurídica que no se ha advertido en este incidente.

La doctrina es prácticamente unánime en cuanto a que el procedimiento de confrontación de dos leyes para determinar cuál es más benigna se debe llevar a cabo practicando una "comparación integral". Salvo en lo relativo a la prisión preventiva, supuesto expresamente reconocido en el artículo 3 del Código Penal, no es admisible escoger las reglas de la ley derogada que resulten más favorables (el máximo de 3 años de pena prevista para el homicidio imprudente) desechar las adversas (interrupción de la prescripción por "secuela de juicio") y tomar las normas más favorables de la ley vigente (el catálogo taxativo de hechos que interrumpen la prescripción) pero desechar las adversas (el máximo de 5 años de prisión para el homicidio imprudente). Ver por todos BAI-GÚN/ZAFFARONI, Código Penal, t. 1, ed. Hammurabi, año 1997, p. 63.

Para decirlo con claridad: o bien se aplica retroactivamente "toda" la ley vigente -catálogo taxativo de hechos interruptivos pero el marco penal del homicidio imprudente de 5 años de prisión-, o bien se mantiene "toda" la ley derogada -marco penal de 3 años pero interrupción de la prescripción por "secuela de juicio"-. Lo mismo vale, desde luego, respecto del aumento de pena para el delito de lesiones imprudentes -por cierto, si fuera acorde con la Constitución Nacional pues lleva actualmente más pena que el de lesiones dolosas (!)-.

Nuestro ordenamiento positivo nunca ha estado configurado de tal modo que contenga, simultáneamente, una pena máxima por homicidio imprudente de tres años de prisión y causales de interrupción de la prescripción como las previstas taxativamente en la actual redacción del artículo 67 del Código Penal.

La recta inteligencia del principio de retroactividad de la ley penal más benigna no puede convalidar esa clase de composición. El caso se ha resuelto, en consecuencia, conforme a una ley que nunca ha estado vigente; el supuesto más irresistible de arbitrariedad.

Frente a las consideraciones expuestas, se torna inoficioso el tratamiento de los demás agravios.

-V-

Por último, debo efectuar brevemente algunas consideraciones en cuanto a las costas de este proceso.

V. E. ha señalado en numerosos precedentes que lo relativo al régimen de imposición de las costas en las instancias ordinarias es una cuestión de carácter procesal que no da lugar, como regla, a la apertura de la vía del artículo 14 de la ley 48. Sin embargo, una nutrida jurisprudencia acepta una excepción a ese principio cuando el fallo recurrido no



satisface la exigencia de validez de las sentencias de ser derivación razonada del derecho vigente, con adecuada referencia a las circunstancias de la causa (Fallos: 316:224; 317:632 y 1638; 324:841; 325:2276 y 3467; 326:61; 327:5332).

El fallo recurrido carece de fundamentación a este respecto. El voto que lidera el acuerdo se limita a señalar que los recursos se rechazan "con costas", con cita de los artículos respectivos del ordenamiento procesal. No existe ninguna referencia a las circunstancias de la causa. El voto de la juez con el cual se conforma la mayoría tampoco posee explicaciones relacionadas con este punto. Ella menciona, únicamente, que adhiere a la solución que propone la primera votante por coincidir sustancialmente con las consideraciones expuestas. En lo relativo a la imposición de costas, sin embargo, no se ha referido consideración alguna sino que se ha decidido imponerlas al recurrente sin ofrecer explicaciones ni fundamentos. Por estos motivos, considero que la sentencia es arbitraria y que V. E. debería ingresar excepcionalmente en la cuestión de las costas.

Abierto el recurso en este punto, son varios los motivos que apoyan la conclusión de que la parte querellante no puede ser gravada con las costas del proceso. Se trata de ciertas razones que V. E., a modo de lemas, ha enunciado en distintos precedentes: el hecho de que aún no exista jurisprudencia del Tribunal Superior sobre la cuestión debatida, lo novedoso de la cuestión (Fallos: 316:1115; 318:455) y la circunstancia de que la parte requirente pudo razonablemente creerse con derecho a sostener su pretensión (Fallos: 308:436; 310:1602; 311:162). Estas máximas son, a mi modo de ver, perfectamente aplicables en este proceso. No existen precedentes acerca de la interpretación de la porción discutida del artículo 67 del Código Penal, texto según ley 25.990

y la ambigüedad de la redacción legal justifica que la parte requirente se haya creído con derecho a esgrimir su pretensión y someterla a evaluación por las instancias superiores.

Para finalizar, quisiera llamar la atención acerca de que si el fallo recurrido se convalidase en todo su alcance, resultaría de ello una situación evidentemente injusta. El proceso, en el cual se investiga la muerte de Marcela Brenda Iglesias, una niña de tan sólo cinco años de edad y las lesiones sufridas por Lucía Acosta y Antonella Zazarino, habría prescripto como resultado de la imposibilidad de atender a todos los planteos de la defensa mientras subsistía la acción penal. No pretendo asignar aquí responsabilidades institucionales por esta situación; es decir, no quiero referirme a si el transcurso del tiempo debe atribuirse, particular o conjuntamente, a una ineficiencia del Ministerio Público por llevar adelante la pretensión punitiva del Estado, a formulaciones de la defensa cuya única finalidad fue dilatar el proceso hasta exceder los plazos de prescripción, a la lentitud judicial en la toma de decisiones o bien a la reforma legislativa que modificó el marco legal de esta materia. Antes bien, lo que deseo señalar es que conmueve el más profundo sentimiento de justicia recargar a la parte querellante, que ha luchado inquebrantablemente por llevar la causa a juicio, con el pago de las costas de un proceso que no ha llegado a una sentencia de mérito gracias a la ineficacia del sistema para actuar en tiempo útil. Esta demora, que aparece como incomprensible en vistas a la escasa complejidad probatoria del hecho, está impidiendo satisfacer el derecho de los familiares de la víctima a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

-VI-

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a

los recursos extraordinarios y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado que declara extinguida por prescripción la acción penal en la presente causa y sobresee a Héctor Torea, para que se dicte otro con arreglo al criterio aquí expuesto.

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2006.

ES COPIA FIEL

ESTEBAN RIGHI