



## EDICIÓN ESPECIAL

# Delitos de lesa humanidad

**Ley penal más benigna. Cómputo según la ley 24.390. "2x1". Aplicación sin distinción del delito. Disidencia. Delitos permanentes. Valoración social de los delitos cometidos. Aplicación de la ley vigente en el último tramo de la conducta punible.**

**Hechos:** *La Corte Suprema, dejando sin efecto la decisión de la Cámara, declaró aplicable el cómputo de la detención y de la pena, respecto de un condenado por delitos de lesa humanidad, según lo prescripto por la ley 24.390, es decir, el "2x1".*

- 1.- El cómputo punitivo relativo a un condenado por delitos de lesa humanidad debe practicarse conforme con lo dispuesto en el art. 7º de la ley 24.390, por ser una norma intermedia más benigna que tuvo vigencia entre la comisión de los hechos y el dictado de la condena, de acuerdo con el art. 2º del Cód. Penal (del voto en mayoría de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz).
- 2.- Según nuestro orden jurídico, las leyes penales promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplican retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores, y a esto no obsta el hecho de que el imputado haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad si no existe excepción legal para tales delitos (del voto en mayoría de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz).
- 3.- La calificación del delito como permanente en modo alguno inhiere la posibilidad de que durante el transcurso de la acción, pero antes de pronunciarse el fallo, se dicte una ley más benigna y, con ello, se configuren las únicas condiciones a las que el art. 2º del Cód. Penal supedita la aplicación de aquella más favorable, por lo que la ley 24.390, en relación con el cómputo de la detención y de la pena, es aplicable al caso (del voto en mayoría de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz).
- 4.- El principio de la ley más benigna es de aplicabilidad universal a todos los casos que no estuvieran explícitamente excluidos, ello por el uso del adverbio "siempre" en el texto del art. 2º del Cód. Penal que da cuenta de esto (del voto en mayoría de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz).
- 5.- La aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad se trata de un dilema moral que debe ser resuelto con la Constitución Nacional y las leyes, por lo tanto, la ley 24.390, intermedia más benigna en relación con el cómputo de la detención y de la pena, debe ser aplicada al caso del juzgamiento de un delito de lesa humanidad, permanente, pues, conforme al texto de la norma, la naturaleza o gravedad del delito no constituyen condición de aplicabilidad de sus disposiciones (del voto concurrente del Dr. Rosatti).
- 6.- La judicatura no puede arrogarse la representación de la comunidad en la valoración social de una conducta —en el caso, aplicación del cómputo de la detención y de la pena según la ley 24.390 en un caso de la comisión de delitos de lesa humanidad—, función propia del legislador en un Estado de Derecho (del voto concurrente del Dr. Rosatti).
- 7.- La existencia de obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino para garantizar la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones perpetradas a los derechos humanos, debe ser cumplida por los tribunales argentinos sin vulnerar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso, cuyo incumplimiento también puede acarrear responsabilidad internacional (del voto concurrente del Dr. Rosatti).
- 8.- Un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes (del voto concurrente del Dr. Rosatti).
- 9.- La interpretación de la legislación penal más benigna, en el marco de la aplicación de una ley derogada como la ley 24.390, es insuficiente para dar adecuada solución a un tema de indudable relevancia institucional como es la ejecución de la pena cuando se trata de delitos de lesa humanidad; es necesario tener en cuenta que respecto de éstos no hay posibilidad de amnistía, ni de indulto, ni se aplica a ellos el instituto de la prescripción, y que la persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 10.- El derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa, pues sólo en ese caso el imputado por la comisión de un delito tiene un derecho federal a la aplicación de ésta (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 11.- La regla del cómputo de la detención y de la pena del art. 7º de la ley 24.390 —2x1— que no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, sino un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no es aplicable en el caso, en el que se juzgan tales conductas (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 12.- En virtud de la calificación de los delitos de lesa humanidad que efectuara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es admisible que una ley cuya finalidad fue limitar temporalmente la prisión preventiva como la ley 24.390, que es una medida procesal, pueda significar un cambio en la valoración típica de delitos que tienen una dimensión que claramente excede ese ámbito (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 13.- El carácter permanente de un delito, como es el caso de los delitos de lesa humanidad, implica que si durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales —art. 2º del Cód. Penal, donde se debe aplicar siempre la más benigna—, sino de coexistencia de leyes, debiéndose aplicar una sola ley que es la vigente en el último tramo de la conducta punible (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 14.- La prohibición de sancionar en forma inadecuada a los delitos de lesa humanidad constituye fundamento objetivo y suficiente para rechazar la aplicación extensiva de una norma vinculada al cómputo de pena que no sólo no resulta formalmente aplicable al recurrente porque se encontraba derogada al tiempo de su encarcelamiento y condena por un delito calificado como permanente, sino que, además, traería como resultado que merced a un mero cálculo aritmético se redujera en forma automática sustancialmente la pena de prisión impuesta (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).
- 15.- Aun cuando se trate de delitos muy graves, quienes pudieren resultar condenados por tales delitos merezcan una reparación menor por haber visto afectados sus derechos en pos de la efectividad del proceso penal, el tribunal de juicio está obligado a examinar si existen razones objetivas que justifiquen el diferente tratamiento con relación al punto específico de la compensación mediante el abono del tiempo de prisión preventiva; en el caso de delitos de lesa humanidad existen razones objetivas, sustanciales e imperativas que impiden extenderle al caso del recurrente, en una suerte de analogía *in bonam partem*, el cómputo privilegiado del art. 7º de la ley 24.390 que no le resulta formalmente aplicable (del voto en disidencia del Dr. Maqueda).

**120.130** — CS, 03/05/2017. - Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario.

[Cita on line: AR/JUR/13700/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) o en Proview]

### NOTA A FALLO

Delitos de lesa humanidad y garantías constitucionales del proceso penal. Un comentario políticamente incorrecto a un fallo jurídicamente correcto

Jorge A. Amaya ..... 2

La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad

Gregorio Badeni ..... 4

La insanable nulidad e inconstitucionalidad del fallo "Bignone" de la Corte Suprema

Roberto J. Boico y Aníbal Ibarra ..... 6

El fallo "Muiña" sobre aplicación de la ley del "2 x 1": ¿podía (realmente) la Corte hacer algo distinto?

Alejandro D. Carrió ..... 8

La defensa del estado de derecho puede ser muy onerosa ¿Qué precio está ud. dispuesto a pagar por ella?

Alberto F. Garay ..... 12

¿Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna? El caso "Bignone" y el "test de la mirada"

Roberto Gargarella ..... 14

Caso "Muiña": ¿Es verdad que la "ley" obligaba a la mayoría a resolver como lo hizo?

Hernán V. Gullo ..... 16

Un retroceso en materia de derechos humanos emanado de un recurso extraordinario inadmisibile

Pablo L. Manili ..... 18

# Delitos de lesa humanidad y garantías constitucionales del proceso penal

## UN COMENTARIO POLÍTICAMENTE INCORRECTO A UN FALLO JURÍDICAMENTE CORRECTO

Jorge A. Amaya

**SUMARIO:** I. Introducción. La Corte en el centro de la tormenta.— II. La doctrina de la Corte Suprema respecto de las garantías constitucionales del proceso penal en los delitos de lesa humanidad y sus disidencias históricas.— III. La ley 24.390 llamada popularmente del “2 x 1”. El carácter sustancial de la ley. Argumentos de la Corte en la causa Veliz.— IV. El debido proceso constitucional y el principio de ley penal más benigna. El fallo y sus disidencias. ¿Constitucionalismo vs. neo-constitucionalismo?— V. ¿Existe un “contrato social” entre los argentinos en torno a los delitos de lesa humanidad?— VI. Reflexiones finales sobre la justicia transicional en Argentina.

### I. Introducción. La Corte en el centro de la tormenta

Pocas veces a lo largo de la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema las palabras de Holmes<sup>(1)</sup> exponen con tanta pedagogía y sencillez la enorme responsabilidad que pesa sobre el Máximo Tribunal de la República. La decisión del voto mayoritario de la Corte en el caso *Bignone* disparó un escenario pocas veces visto desde la recuperación de la democracia, que fue acaparado más por la emocionalidad (comprensible en las organizaciones de derechos humanos y en las víctimas de la represión); los discursos contradictorios y el oportunismo político, que por un análisis serio y profundo de los fundamentos de la sentencia, la cual debería exigir prudencia y docencia en la academia, la dirigencia política y la judicial, si el objetivo del país es transitar responsablemente hacia el equilibrio entre una democracia madura y una Constitución presente.

Como era previsible, en razón de la renovación parcial de sus miembros, la Corte nos ofrece nuevos perfiles de doctrina a partir de la posición y la formación de sus nuevos integrantes.

Todos sus recientes fallos de proyección institucional han despertado adhesiones y rechazos en la crítica especializada, en los medios de comunicación y en la comunidad, como es natural en una sociedad democrática plural y diversa.

A *Ministerio de Relaciones Exteriores* (2) en torno a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH (en adelante Corte IDH) en el derecho interno; y *Schiffirin* (3), sobre la distribución de competencias entre el Congreso y la Convención Constituyente en nuestro proceso de reforma constitucional; se suma ahora el caso *Bignone* (4), que deja al descubierto algunos interrogantes jurídicos y políticos profundos para una sociedad —de cara hacia su futuro—, que sobrepasan la disminución del tiempo en el cómputo de una pena a un repudiable represor por el efecto de una ley derogada, a partir de un fallo rigurosamente garantista e igualitario: ¿Cuál es la extensión de las garantías constitucionales del proceso a los delitos de lesa humanidad?; ¿Cuáles los límites de la interpreta-

ción judicial en el marco de la división de poderes? ¿Cuál el rol institucional de la Corte Suprema?

### II. La doctrina de la Corte Suprema respecto de las garantías constitucionales del proceso penal en los delitos de lesa humanidad y sus disidencias históricas.

La Corte sentó su doctrina sobre delitos de lesa humanidad, principalmente en los fallos *L. Arancibia Clavel* (5); *Jesús M. Lariz Iriondo* (6); *Julio H. Simón* (7); *René J. Derecho* (8) y *Julio L. Mazzeo* (9). En ellos argumentó sobre la interpretación que cabe dar a las normas constitucionales argentinas relativas a la jerarquía del derecho internacional dentro del bloque de constitucionalidad federal y los resultados prácticos que tal jerarquía provoca sobre la efectividad y los alcances de las garantías constitucionales de los derechos humanos a la defensa, legalidad y debido proceso consagrados en el artículo 18 de la Constitución argentina, alineándose en sus argumentaciones con la política enarbolada por el Gobierno entre 2003 y 2015 (10).

Tipificó como delitos de lesa humanidad hechos anteriores a la creación del tipo legal; dispuso la obligatoriedad de la costumbre internacional como generadora de tipos penales; determinó la nulidad de cualquier disposición de amnistía, prescripción y excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de estos delitos; declaró la inoponibilidad en estos delitos de las garantías de legalidad y debido proceso con sus componentes de ley penal más benigna y la prohibición de aplicar la ley *ex post ipso*; y determinó la prohibición severa de todos aquellos institutos jurídicos de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos.

Pero la Corte avanzó aún más en la flexibilización de las garantías del proceso penal a los delitos de lesa humanidad. En *Mazzeo* neutralizó las garantías de *cosa juzgada* y *ne bis in idem*, apelando a un razonamiento que la llevó a descalificar su propia autoridad (con otra composición parcial) y ejerció una especie de control de constitucionalidad de sus propias decisiones.

Efectivamente, la línea argumental de la Corte Suprema en la secuencia *Arancibia Cla-*

*vel-Lariz Iriondo-Simón-Derecho* se centró principalmente en remover los obstáculos que los poderes políticos del Estado habían generado en uso de facultades constitucionales para la investigación, juzgamiento y penalización de los responsables de crímenes de lesa humanidad, a través de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 (punto final) y 23.521 (obediencia debida) dictadas por el Congreso y del indulto Presidencial dictado por decreto 1002/89 respecto de Santiago Omar Riveros y otros.

Pero en *Mazzeo* (11) la Corte al argumentar en torno a la inaplicabilidad de los principios de *cosa juzgada* y *ne bis in idem* a este tipo de delitos se alzó contra la validez de sus propias sentencias, echando un manto de dudas sobre la imparcialidad e independencia del propio Tribunal y lesionando los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho.

Los jueces Fayt y Argibay votaron en disidencia y el juez Petracchi, quien en su momento en diciembre de 1990 se había inclinado por la constitucionalidad del decreto en cuestión, se abstuvo de votar.

Fayt mantuvo la posición que motivó sus disidencias en los casos *Arancibia Clavel* y *Simón*, sopesando el Derecho internacional de los derechos humanos frente al principio constitucional de *irretroactividad de la ley*.

Carmen Argibay, quien contaba con la autoridad moral de haber sido detenida arbitrariamente durante los años de la dictadura militar, legó una enseñanza siempre recordada: “...hay razones aún más profundas, vinculadas al funcionamiento mismo del Poder Judicial y del Estado de Derecho, que no me permiten seguir a la mayoría en un caso como éste. Es que ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado o la diferente concepción de la equidad o la justicia que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos”. (12)

“Así pues, por mucho que personalmente me disgusten las consecuencias de aquella decisión judicial, en cuanto desvincula a Riveros de la causa aun cuando continúe la investigación, el principio de la cosa juzgada debe prevalecer en salvaguarda del Estado de Derecho basado en nuestra Constitución Nacional. De

esta manera se reafirman las pautas de la vida democrática y republicana, que la distinguen neta y definitivamente de quienes la conculcaron, y es la mejor manera de defender las instituciones contra las incursiones violentas como las que padecemos” (13).

### III. La ley 24.390 (14) llamada popularmente del “2 x 1”. El carácter sustancial de la ley. Argumentos de la Corte en la causa Veliz (15)

El dictado por parte del Congreso Nacional de la ley 24.390 tuvo por objeto reglamentar el artículo 7º (derecho a la libertad personal) punto 5 (16) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) conforme merita su artículo 9º.

El artículo 7º de la ley estableció que transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1 (plazo de la prisión preventiva) se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (2 x 1). La ley, operativa de la CADH, persiguió compensar en forma garantista a quienes fueron privados de su libertad sin sentencia firme más allá del plazo en que razonablemente debió cesar la prisión preventiva; y dar una respuesta transitoriamente estructural a la enorme cantidad de detenidos sin condena existentes en el país, quedando excluidos expresamente de este beneficio los imputados por delitos agravados en materia de estupefacientes (artículo 10 de la ley).

Los vaivenes del humor social y de la política (que en su momento celebró la ley); la ausencia de una política criminal consistente a largo plazo; y las desigualdades que su aplicación dejó en evidencia, determinaron —correctamente— la derogación del artículo 7º seis años después de su dictado y la recuperación de un sistema menos laxo en el cómputo de la pena (17).

La Corte declaró inconstitucional la excepción que había fijado el legislador en el citado artículo 10. Efectivamente, en decisión unánime (18) estableció de inicio la relación sustancial existente entre el “plazo razonable” y el “derecho a la libertad personal”, el cual, a criterio de la Corte Suprema, no puede prever restricción alguna basada en la repulsa social que pueden tener algunas conductas, por más aberrantes que ellas pueden resultar (19), no siendo factible aceptar una disposición que supone la neutralización de la garantía constitucional cuya reglamentación justamente pretende (20).

En tales condiciones, la decisión del legislador ordinario de privar a determinada categoría de personas de los beneficios previstos en la ley 24.390 importaría la afectación de la garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos les confiere en su

### { NOTAS }

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “We are very quiet there, but is the quiet of a storm centre, as we all know” [*Estamos muy tranquilos allí* (en la Corte Suprema), *pero es la calma del centro de una tormenta, como todos sabemos*], HOLMES, Oliver Wendell, “Law and the Court” (alocución en una cena ofrecida por la Harvard Law School Association de New York, en febrero de 1913), recopilado en *Collected Legal Papers*, Harcourt Brace & Howe, New York, 1920, 00. 291/297, en p. 292.

(2) CS, 14/02/17.

(3) CS, 28/03/17. Puede verse nuestro comentario en

“Overruling en la Corte o los dilemas del control judicial de una reforma constitucional”, LA LEY, suplemento especial, jueves 6 de abril de 2017.

(4) CS, 3/05/2017

(5) CS 24, de agosto de 2004.

(6) CS fallos 328:1268 (2005).

(7) CS, 23 de diciembre de 2004.

(8) CS, 11 de julio de 2007.

(9) *Mazzeo Julio L. y otros*, CS, 13 de julio de 2007.-

(10) Ver AMAYA, Jorge Alejandro, “Ideologías políticas e ideologías judiciales: Reflexiones sobre la doctrina de la Corte Suprema Argentina en torno a los delitos de

lesa humanidad”, *Revista Jurídica*, Segunda Época, Nro. 8, Universidad de Jaén, Andalucía, España, 2008.

(11) El voto mayoritario fue suscripto por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda.

(12) Voto de la jueza Argibay en *Mazzeo*.

(13) Consid. 7º de la disidencia de la jueza Argibay.

(14) Sancionada en fecha 2/11/94 y promulgada de hecho el 21/11/94.

(15) CS, 15/06/2010, *Véliz Linda Cristina s/ causa* Nº5640”.

(16) Art. 7. 5. “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario au-

torizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

(17) Ley 25.430 sancionada el 9/05/01 y promulgada parcialmente el 30/05/01.

(18) La sentencia fue firmada por los Dres. Lorenzetti, Highton y Zaffaroni, concurriendo por su voto los Dres. Maqueda y Petracchi.

(19) Consids. 11 y 12.

(20) Consid. 13.

art. 7.5. (21), violando la aludida norma el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de una garantía constitucional prevista para toda persona detenida o retenida (22).

#### IV. El debido proceso constitucional y el principio de ley penal más benigna. El fallo y sus disidencias. ¿Constitucionalismo vs. neo-constitucionalismo?

El respeto al debido proceso (*due process of law* en su expresión inglesa), que se remonta en sus orígenes a la *Carta Magna* del año 1215 (23) constituye uno de los principios fundamentales sobre los cuales se asienta la protección de los Derechos Humanos, estableciéndose como una garantía formidable frente al poder estatal.

Como ha recordado la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (24) la aplicación de la ley penal más benigna tal como está regulada en el art. 2º del Código Penal (25) es una garantía constitucional que integra el concepto de ley penal previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional y se adecua a las prescripciones del art. 9 de la CADH y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) ambos con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22, Const. Nac.

Igual consideración debe formularse en torno al artículo 3º del Cód. Penal (26), en razón del carácter material reconocido por la Corte a las reglas referidas al cómputo de la prisión preventiva (27).

Un marco para comprender y analizar el fallo de la Corte se centra en el debate entre *constitucionalismo* y *neo-constitucionalismo*. Gran parte de la teoría constitucional de los últimos años refiere permanentemente al *neo-constitucionalismo* como una forma de un *nuevo constitucionalismo* que estaría definido en sus fronteras según un proceso al término del cual todo el derecho es impregnado por la *Constitución* es constitucionalizado; y se caracteriza por una *Constitución* que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.

El *neo-constitucionalismo* nace en Europa y tiene por objeto explicar esa práctica jurisprudencial donde entrarían en juego técnicas interpretativas de principios constitucionales como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación; y una serie de desarrollos teóricos novedosos.

Si tomamos la conocida distinción de Bobbio (28) entre las tres acepciones del positivismo jurídico: como teoría, como ideología y como método; el *neo-constitucionalismo* se presenta en *teoría* como una concepción del derecho contrapuesta al positivismo jurídico, una especie de iusnaturalismo, que tiene como cometido valorar los contenidos jurídicos desde el entramado axiológico de la *Constitución*.

Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa, porque respete y desarrolle los derechos humanos; y sea eficaz y operativa, porque ellos estén garantizados en la práctica. Adquiere importancia el contenido y la valoración moral del derecho. Hay un intento de remoralizar el derecho,

desde variadas perspectivas axiológicas. La nueva teoría del neo-constitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el razonamiento jurídico, en especial del judicial, acercando la reflexión filosófica a la práctica jurídica. Así, Zagrebelsky llega a decir que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada *derecho*, en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores (29).

El *neo-constitucionalismo* es también una *ideología*, que tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucional liberal, ya que pone en un segundo plano el objetivo de limitación del poder estatal que es central en el constitucionalismo, y en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Por último, el *neo-constitucionalismo* metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral de manera directa, y no las perspectivas que los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral (30).

Por consiguiente, junto al significado clásico del constitucionalismo liberal, profundamente garantista y centrado en la finalidad de los límites del poder, especialmente del político, se ha postulado la corriente neo-constitucionalista que refiere a la *"concepción de la Constitución"* o a las *"las tendencias constitucionales"*, acepciones que despiertan fuertes interrogantes en cuanto a su plena adecuación a los fines naturales del constitucionalismo, en razón del amplio margen subjetivo e interpretativo que depositan en los poderes públicos.

La debilidad de esta teoría se centra en la disminución del grado de certeza que otorga del derecho, derivada de la subjetividad en la aplicación de los principios constitucionales a través de las nuevas técnicas interpretativas y de la interpretación moral de la constitución. No existiendo una moral común (homogénea) en las sociedades modernas, el modo peculiar de aplicación de los principios constitucionales a través de la ponderación aumenta la discrecionalidad de los jueces que pueden decidir los casos haciendo referencia a sus concepciones subjetivas de la justicia, o a las concepciones de un grupo político o social coyunturalmente mayoritario.

Bien podemos sostener, que el pensamiento de la Corte en sus votos de mayoría y de la disidencia del Dr. Lorenzetti (la disidencia del Dr. Maqueda transita por otros carriles) reflejan ambas posiciones.

El voto de mayoría (31) nos recuerda que la primera regla interpretativa es la "literal" (*cuando la ley no distingue, el juez no debe diferenciar*) y que cuando no exige esfuerzo de comprensión, debe ser aplicada directamente (32). Descalifica así el argumento neo-constitucionalista del tribunal *a quo* (compartido por el Dr. Lorenzetti), que había rechazado la aplicación del principio de ley más benigna argumentando que se requiere un cambio en la valoración que la comunidad efectúe respecto de la conducta imputada, el cual, a su criterio interpretativo, no se habría dado con la ley 24.390.

Como explícitamente recuerda el voto del Dr. Rosatti (33) la valoración social de una con-

ducta es función propia del legislador en un Estado de Derecho:

"...no se trata aquí de que la judicatura se arrogue la representación de la comunidad en la valoración social de una conducta...sino de relevar la existencia de una ley intermedia —de carácter material— que establecía un cómputo diferenciado para aquellos que hubieran permanecido más de dos años en prisión preventiva. Ha sido justamente el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, quien resolvió otorgarle este carácter y preeminencia a las disposiciones que reglan el cómputo del tiempo cumplido en prisión preventiva".

Desde esta perspectiva el razonamiento del tribunal *a quo* al condicionar la aplicación del principio constitucional e internacional de ley penal más benigna a un cambio valorativo de la conducta punible por parte de la sociedad, evade claramente le letra de la ley (el artículo 2º, Cód. Penal, utiliza el adverbio "siempre") violando el principio de legalidad.

Siguiendo este razonamiento —que consideramos acertado jurídicamente—, aunque su consecuencia no sea moralmente correcta para la mayoría (como surge del fallo) el art. 2º, Cód. Penal, resulta también aplicable a los delitos permanentes, como al que fue condenado el recurrente Muñía, ya que si el legislador —a quien corresponde las distinciones valorativas— "hubiera considerado que el artículo 2º del Código Penal no debía aplicarse a los delitos permanentes por cualquier razón, habría hecho la salvedad pertinente que no hizo y que el Poder Judicial, en virtud de la materia que aquí se trata —penal— no puede hacer" (34).

Recuerda asimismo la Corte en su voto de mayoría que en "Arce" (35) decidió que, a los efectos del tratamiento más benigno establecido por la ley 24.390, lo que importa es que el delito se hubiera cometido durante su vigencia, siendo irrelevante que el imputado hubiera estado detenido o no durante la vigencia de dicha norma y que, "internacionalmente constituye un estándar reconocido en torno a los derechos de los acusados" (36), encontrándose expresamente en el artículo 24.2 del Estatuto de Roma tribunal permanente establecido para juzgar a los individuos responsables de delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

La disidencia del Dr. Lorenzetti se enrola decididamente en la ideología neo-constitucionalista. Así lo anticipa el voto al sostener "Que una interpretación de la legislación penal más benigna, en el marco de la aplicación de una ley derogada, es insuficiente para dar adecuada solución a un tema de indudable relevancia institucional" (37). A continuación el magistrado afirma que es "...necesario calificar este caso, en primer lugar, como un aspecto de los delitos de lesa humanidad, tipificados por esta Corte (Fallos: 328:2056)", los cuales —según el Tribunal— no pueden ser amnistiados, indultados, ni prescriptos y que la persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional. "Por lo tanto la ejecución de la pena es, claramente, parte del concepto normativo antes descripto, y una interpretación de la ley no puede llevar a una frustración de la finalidad persecutoria en este campo" (38)

Este razonamiento interpretativo desemboca en la siguiente afirmación jurídico-política del Ministro "...que no se ha dado ningún cambio en la valoración de los delitos de lesa humanidad..." Más aún puede decirse, como se lo ha señalado en diversos pronunciamientos institucionales de esta Corte como *cabeza* del Poder Judicial, que se trata de una política de Estado, afirmada por los tres poderes, en diversas épocas, de modo que constituye parte del contrato social de los argentinos" (39).

Sobre estos conceptos concluye que "...la adopción de la regla del cómputo del art. 7º de la ley 24.390 no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, por los que fue condenado Muñía. Antes bien fue concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (40) "... no es admisible que una ley cuya finalidad fue limitar temporalmente la prisión preventiva, que es una medida procesal, pueda significar un cambio en la valoración típica de delitos que tienen una dimensión que claramente excede ese ámbito" (41).

Encontramos aquí una tensión entre la dimensión procesal que se asigna en este voto a la ley 24.390 y la no aplicación para delitos de lesa humanidad; y lo sostenido por la Corte "in re" *Véliz* al asignarle carácter sustancial e igualitario.

#### V. ¿Existe un "contrato social" entre los argentinos en torno a los delitos de lesa humanidad?

Una de las principales críticas que ha recibido el fallo de la Corte se centra en sostener que contradice "el contrato social entre los argentinos" alrededor de los delitos de lesa humanidad, sustentado como una política de Estado afirmada por los tres poderes en diversas épocas (42). El argumento adquiere fuerte relevancia si consideramos que ha sido utilizado para solicitar el juicio político de los miembros del voto mayoritario y hasta el impulso fiscal de una denuncia por prevaricato (43).

Como vimos al analizar la doctrina de la Corte en torno a los delitos de lesa humanidad, aquélla fue elaborada durante la vigencia de la línea política e ideológica del gobierno anterior.

Un primer interrogante que esta alineación temporal nos despierta es: ¿La ideología del Gobierno en temas de trascendencia institucional debe estar en sintonía con la ideología del Poder Judicial?; Esta supuesta sintonía entre los poderes del Estado: ¿refleja el concepto norteamericano de *governance* referido a una de las funciones de la Corte norteamericana y extensivo a la estructura constitucional argentina en razón de haber abrevado en el modelo estadounidense?; ¿La identificación entre ideología del Gobierno y la Judicatura en temas donde se disputa la aplicación de derechos y garantías constitucionales no desluce el principio de independencia judicial?; ¿Estuvo la Corte Suprema motivada al construir su línea de pensamiento respecto de los delitos de lesa humanidad por generar una alianza estratégica con el gobierno y la sociedad?; ¿Cuanto incidió en el trasfondo de las decisiones judiciales la designación por parte del Gobierno anterior de los jueces que construyeron la mayoría en los fallos citados?

#### { NOTAS }

(21) Consids. 16 y 17.

(22) Consid. 19.

(23) Ver VÍTOLO, Alfredo M., "El debido proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en la obra colectiva *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, LaLey, 2010.

(24) Declaración del 12/05/2017.

(25) Art. 2º, Cód. Penal: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna".

(26) Art. 3º, Cód. Penal: "En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado".

(27) CS, Fallos 331:472.

(28) BOBBIO, Norberto, "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", Milán, Comunidad, 1965.

(29) ZAGREBELSKY, Gustavo, "Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y derechos de justicia", en *Derechos y Libertades*, N°2, año 1 (1993-1994), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, p. 371.

(30) Ver COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía* 16 (2002), 89-112.

(31) Integrado por los Dres. Rosenkrantz, Highton y Rosatti (en voto concurrente).

(32) Fallos 313:1007

(33) Consid. 8º del voto del Dr. Rosatti

(34) Consid. 10º del voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton.

(35) Fallos 331:472

(36) Consid. 16 del voto de los Dres. Rosenkrantz y

Highton, con cita del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en los casos *Dragan Nikolic* y *Miroslav Deronjic*.

(37) Consid. 7º voto del Dr. Lorenzetti.

(38) Consid. 7º voto del Dr. Lorenzetti.

(39) Consid... voto del Dr. Lorenzetti

(40) Consid. 13 voto del Dr. Lorenzetti.

(41) Consid. 14 voto del Dr. Lorenzetti.

(42) Ver voto del Dr. Lorenzetti consid. 7º.

(43) Impulso que consideramos jurídicamente improcedente e institucionalmente irresponsable.

Se encuentra fuera de duda alguna que la sociedad argentina tiene mayoritariamente un profundo respeto por los derechos humanos y una conciencia presente en torno a la necesidad de memoria, investigación y castigo de todas sus violaciones. ¿Pero podemos hablar de un contrato social de los argentinos en este sentido? ¿De una política de Estado sostenida coherentemente en diversas épocas?

¿Cuál es el alcance y contenido de ese contrato y de la política de Estado?: ¿La que nos propuso el ex Presidente Alfonsín y se llevó adelante con el enjuiciamiento de las cúpulas del Gobierno represor y de las organizaciones subversivas? (44); ¿El contenido y alcance de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final votadas por una legítima representación popular? ¿Su nulidad declarada por otra legítima representación popular? ¿Los indultos decretados por el Poder Ejecutivo o su inconstitucionalidad?

¿La constitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final declaradas por una composición de la Corte o la inconstitucionalidad que dictaminó posteriormente otra composición parcial? ¿Las propuestas de las organizaciones de Derechos Humanos o las de las asociaciones de víctimas civiles de la subversión? ¿Los fallos que deniegan la prisión domiciliaria a ancianos de casi 90 años con serios problemas físicos y mentales argumentando el riesgo de fuga? ¿O los argumentos del reciente fallo de la Corte “in re” *Alespeiti* (45) que la permiten?

#### { NOTAS }

(44) Al respecto puede verse NINO, Carlos S., “Juicio al mal absoluto”, Emecé, Buenos Aires, 1997, citado también por el voto del Dr. Rosatti en el consid. N°12.

(45) Voto de los Dres. Maqueda, Rosenkrantz y Rosatti.

(46) CS 22/09/1887.

La distintas respuestas a todos estos interrogantes (el fallo que comentamos es una de ellas) dejan en clara evidencia la parcialidad del aludido contrato social y la falta de consenso en su contenido.

El único contrato social y jurídico válido que existe desde 1853 hasta el momento entre los argentinos es la Constitución Nacional. Ella, como tiene dicho la Corte Suprema desde los inicios de la organización nacional en el recordado caso *Sojo* (46) “es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objetivo primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”.

#### VI. Reflexiones finales sobre la justicia transicional en Argentina

La justicia transicional en Argentina comienza con el trabajo de la *Conadep* en 1984 que actuó como una *comisión de la verdad*, y que sirvió de prueba para el juicio a las juntas militares del año siguiente; las leyes de Obediencia Debida y Punto final (1987) y los indultos del ex Presidente Menem, cerraron un primer ciclo en la historia del país. En agosto de 2003 se inició un segundo ciclo, como resultado de una decisión del Poder Ejecutivo de aquel entonces y presiones de importantes sectores sociales. Cayeron las citadas leyes, se elaboró la doctrina de la Corte Suprema en materia de delitos de lesa humanidad; y se

reiniciaron los juicios penales a través de las llamadas *megacausas*.

No obstante la sociedad ser mayoritariamente partidaria de la necesidad de búsqueda de memoria, investigación y justicia de los aberrantes delitos cometidos en el siglo pasado, no se ha logrado aún un consenso pacífico en torno a las medidas, alcances y contenidos de la justicia transicional; y, especialmente (en su aspecto penal) sobre el grado de relativización de las garantías constitucionales del proceso a los delitos de lesa humanidad.

En *Bignone* la Corte, por decisión de la mayoría, retomó la senda que imponen el artículo 18, Const. Nac., los tratados internacionales sobre derechos humanos y el art. 2 del Código Penal, estableciendo que en todos los casos corresponde la aplicación de la ley penal más benigna —tanto en delitos temporarios como permanentes— en una clara defensa del principio de legalidad.

Si bien desde la valoración social y moral y la oportunidad política podemos disentir con el fallo y por supuesto con el resultado de la aplicación de ley 24.390, al no haber estado excluidos los delitos de lesa humanidad de la misma no cabe que los jueces se arroguen una facultad que —en el marco de la división de poderes de nuestro Estado constitucional— corresponde al legislador social. Es un camino similar al que tomaron las recordadas disidencias que hemos citado en puntos anteriores sobre los límites de la flexibilización de las garantías constitucionales a los delitos de lesa humanidad.

El veloz dictado de la ley 27.362 que se arroga a través de su artículo 3° la *interpretación auténtica* del artículo 7° de la ley 24.390 (cabe como primer interrogante preguntarse cómo el legislador de hoy puede interpretar la au-

tenticidad del pensamiento del legislador de ayer) y excluye expresamente a través de su artículo 1° a los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra de la aplicación del artículo 7°, deja en evidencia la certeza jurídica del fallo y algunas de las dificultades que próximamente la Corte afrontará en la aplicación e interpretación de esta nueva ley frente al principios constitucionales del debido proceso penal.

Los votos que conforman la mayoría (47) contienen un mensaje que debe ser reafirmado en la memoria social (al igual que la disidencia de Carmen Argibay en *Mazzeo*) “... lo dicho no supone desconocer que los delitos de lesa humanidad expresan el estadio más degradado en que ha caído la naturaleza humana, y tampoco conlleva ignorar que el régimen durante el cual se perpetraron los ilícitos probados en esta causa descendió a niveles de inhumanidad nunca vistos en nuestro país desde la sanción de la Constitución Nacional, ... Pero un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidas para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes”.

Deseamos que la Corte en los nuevos fallos por venir —ya anunciados por el Alto Tribunal a partir de la sanción de la ley 27.362— encuentre equilibrio y consenso en su nueva jurisprudencia sobre delitos de lesa humanidad y garantías constitucionales del Estado de Derecho, porque “no vaya a resultar que los criterios de un máximo Tribunal de Justicia estén en la misma clase que los boletos del ferrocarril: válidos para este viaje y de ida solamente” (48). ●

Cita on line: AR/DOC/1326/2017

# La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad

Gregorio Badeni

I.

Al resolver el caso “Bignone” (1), la Corte Suprema de Justicia por decisión de la mayoría retomó la senda de la *sensatez jurídica* que imponen el art. 18 de la Constitución Nacional (CN), el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el art. 2° del Código Penal (CP), estableciendo que, en todos los casos, se impone la aplicación de la ley penal más benigna. En el caso concreto, respecto de la pena condenatoria aplicada a Luis Muiña.

Muiña fue condenado por la comisión de un delito de lesa humanidad en 1976 y detenido el 1 de octubre de 2007. Al 30 de septiembre de 2009 seguía privado de su libertad ambulatoria sin haber sido objeto de una sentencia condenatoria. Tal circunstancia determinó que le fuera aplicable el art. 7° de la ley 24.390 incorporada al art. 24 del CP (2). Disponía que transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión (3). Fue dejada sin

efecto por la ley 25.430 sancionada el 1 de junio de 2001. La petición de Muiña fue hecha una vez concretada esa derogación, y se basó sobre el art. 2° del CP, que dispone que “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

Conforme al art. 2° la pena aplicable debe ser la contemplada por la ley anterior al hecho delictivo, y no la contenida en una norma posterior, salvo si ella es más benigna para el condenado (art. 18, CN). Esa norma posterior es aplicable aunque su derogación se produzca antes de la sentencia condenatoria como consecuencia de la ultractividad de la ley penal más benigna. Disposición similar la encontramos en el art. 9° de la CADH, que establece que “...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”. Otro tanto el art. 15 del PIDCP: “...Tampoco se impondrá pena más grave que la apli-

cación 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”. Tal era el marco normativo dentro del cual debía ser resuelto el caso.

II.

El principio de la aplicabilidad de la ley penal más benigna es uno de los principios más elementales forjados por el secular movimiento constitucionalista del cual no pueden prescindir una auténtica democracia constitucional ni su conformación jurídica que es el Estado de Derecho. Su objeto es preservar la tan valiosa seguridad jurídica, como la libertad, tanto tratándose de delitos permanentes como transitorios.

Tradicionalmente, efectuando una distinción entre las normas constitucionales y las contenidas en el Código Penal, se entendía que el principio de la irretroactividad de la ley penal, en cuanto a la tipificación del delito o al agravamiento de la pena es absoluto y de naturaleza constitucional. En cambio, el principio de la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo sería de naturaleza

legal y no constitucional, pudiendo ser dejado sin efecto por una ley general o especial (4). En su momento no compartimos esta opinión por entender que la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo no tenía solamente fundamento legal sino constitucional. Esta postura disfrutaba actualmente de jerarquía constitucional y no legal por estar expuesta en los ya citados tratados internacionales sobre derechos humanos que están mencionados en el art. 75, inc. 22, de la CN (5).

Conforme a estos principios resulta que:

1) La ley que establece un delito no es aplicable a los hechos que lo tipifican si se produjeron antes de su entrada en vigencia.

2) Las penas o condiciones más severas de punición establecidas por una ley no son aplicables a los hechos producidos antes de su entrada en vigencia.

3) La ley nueva que priva de su carácter delictivo a un hecho tipificado por una ley anterior, es aplicable con efecto retroactivo por tratarse de la norma más benigna. Se aplica a las causas judiciales concluidas, a las pendientes de iniciación y a las que están en trámite.

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Resuelto el 3 de mayo de 2017.

(2) Sancionada el 2 de noviembre de 1994.

(3) La ley excluía de su ámbito a los delitos relacio-

nados con la producción y comercialización de estupefacientes.

(4) Esta conclusión resulta, implícitamente del voto de la minoría.

(5) Estimamos que esta conclusión debe ser aceptada por quienes le otorgan supremacía o igual jerarquía normativa a esos tratados respecto de la Constitución Nacional. Nosotros proseguimos entendiendo

que tales tratados, si bien son supraleales complementan a las normas constitucionales sin poder modificarlas.

4) La ley nueva que establece penas o condiciones menos severas de punición que una ley anterior, se aplica con efecto retroactivo a las causas penales concluidas o pendientes y las que están en trámite. Este principio se aplica en la hipótesis de reducción de las penas, de la transformación de la pena privativa de libertad en la pena de multa, a las causas de justificación o imputabilidad o culpabilidad, a los plazos de prescripción de las acciones penales y demás condiciones que resulten más benignas.

Siempre habrá retroactividad y ultractividad de la ley penal más benigna. La consagración constitucional del principio de la benignidad de la ley penal responde a la seguridad jurídica, en los dos primeros casos, y en los restantes a que no se justifica para la defensa de la sociedad el mantenimiento de situación más gravosa. De manera que las reglas de la irretroactividad y ultractividad de la ley penal funcionan en beneficio de la libertad y no para restringirla.

Estos principios son aplicables a los llamados delitos permanentes y para el supuesto que se operen variaciones en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (6). Consideramos que también tienen vigencia respecto de las leyes penales temporarias. La ley temporal no puede ser retroactiva en virtud de lo dispuesto por el art. 18 de la CN. Sin embargo, se ha entendido que a su respecto no rige el principio de la benignidad de la ley penal si ella prevé su ultractividad para los hechos cometidos durante su vigencia y aunque fueran juzgados con posterioridad a su derogación automática (7). Una interpretación teleológica del art. 18 de la CN, y complementada por los tratados internacionales que contempla su art. 75, inc. 22, respecto de las leyes penales temporarias debe regir plenamente el principio de benignidad porque, su jerarquía constitucional, no puede ser alterada por una norma que disponga la ultractividad de semejante ley.

### III.

El hecho que el delito motivo de la condena, fuera calificado de lesa humanidad no constituyó un impedimento, para la mayoría, que impidiera la aplicación de la ley penal más benigna. La ley no hace distinción alguna entre los delitos respecto del principio de benignidad, y si lo hiciera, su validez sería cuestionable por aplicación del estándar de la supremacía constitucional. Para la mayoría, y con mayor énfasis en el voto del juez Horacio Rosatti, se acudió a un argumento que había caído en desuso, quizás, como consecuencia del proceso de desconstitucionalización que se percibe en la Argentina (8). Su síntesis es la siguiente: si efectivamente tenemos un sistema político democrático constitucional y un Estado de Derecho con normas acordes a ese sistema, debemos dar fiel cumplimiento a las leyes porque la voluntad de ellas está por encima de cualquier opinión en contrario que pueda emanar de los grupos sociales por más legítima que ella sea. El desacuerdo o disconformidad con la norma jurídica se debe expresar en su modificación o derogación pero jamás en su incumplimiento o desarticulación mediante una falaz interpretación.

Esta conclusión impone el rechazo de la valoración social que pueda existir y que, con un enfoque sociológico elemental, invocó la mino-

ría. Una norma que, aparentemente no disponga de aceptación social prosigue en vigencia hasta que no sea modificada conforme a las reglas institucionales, y los jueces —encargados de aplicar la ley mediante la función jurisdiccional—, no pueden apartarse de ella sin vulnerar el principio de la separación de las funciones de gobierno, usurpando el ejercicio de la función legislativa o constituyente (9). A esa valoración social respondieron los votos que conformaron la mayoría en los casos “Arancibia Clavel” (10), “Espósito” (11) y “Simón” (12) y que invocó la minoría del caso “Bignone”.

La definición de los delitos de lesa humanidad resulta del art. I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad que fue aprobada por la ley 24.584, publicada el 29 de noviembre de 1995. Caracteriza como tales a los definidos en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del 8 de agosto de 1945 y confirmados por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°3 del 13 de febrero de 1946, N°95 del 11 de diciembre de 1946 y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948. La Convención sobre los Crímenes de Lesa Humanidad quedó incorporada a la categoría contemplada en el art. 75, inc. 22, de la CN cuando, el 2 de septiembre de 2003 fue promulgada la ley 25.778.

Si bien esa Convención dispone la imprescriptibilidad de los hechos delictivos que describe, a lo cual se podría añadir la inaplicabilidad de la ley penal más benigna, lo cierto que ello está condicionado a su art. IV, que establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para que no opere la prescripción de la acción penal o de la pena en los delitos de lesa humanidad. Pero, dispone expresamente, que tal solución debe ser concretada “con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales”. De modo que, si de la Constitución resulta lo contrario como acontece con nuestra Ley Fundamental, será insuficiente una reforma legislativa. Se impondrá la reforma de la Constitución Nacional siguiendo la vía que establece su art. 30. Al no imponer la aplicación retroactiva, que es inviable a la luz del art. 18 de la CN, su aplicación debe concretarse para los delitos de tal especie que se cometan a partir de la sanción de la ley 25.778. Solución en un todo de acuerdo con la Convención de Viena que, en su art. 28, establece que las disposiciones de un tratado no obligarán a las partes respecto de actos o hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado.

Por otra parte, toda la argumentación sustentada sobre una presunta valoración social de los jueces que les permitiría la libre interpretación del orden jurídico, al margen del riesgo que representa y su proximidad con una concepción populista, encuentra un obstáculo en la ley 23.313 del 17 de abril de 1986 con la cual se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La parte final del art. 15 de esa Convención, establece que “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional”. En la ley aprobatoria de aquel Pacto se dejó a salvo que: “El Gobierno Argen-

tino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional”. De manera que, el principio de legalidad impuesto por el art. 18 de la CN, se impone frente a cualquier norma o costumbre internacional.

Esta última norma descarta la vigencia de toda norma o costumbre internacional que colisione con los principios de la Constitución Nacional incluyendo, claro está, el que descarta la aplicabilidad de la ley penal más benigna respecto a cualquier tipo de delito.

Sobre el particular es bueno recordar el extenso y muy fundado dictamen emitido por el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que ella hizo propio el 7 de diciembre de 2004 por decisión unánime de sus miembros (13). Entre otras conclusiones destacó que la garantía de la ley penal más benigna no puede ser afectada retroactivamente; que existe un obstáculo constitucional para aceptar a la costumbre internacional como fuente de la pretensión punitiva del Estado que es el principio de legalidad; los tratados y convenciones internacionales citados en el art. 75, inc. 22, de la CN, y por añadidura la costumbre internacional, no derogan ni modifican artículo alguno de la primera parte de la Constitución conforme resulta de los arts. 18 y 27 de la Ley Fundamental. Así lo dispuso la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994, y así lo establece expresamente el propio art. 75, inc. 22, de la CN.

### IV.

Sin embargo, en el voto de la minoría, se prosiguió invocando elípticamente la supremacía de la costumbre internacional sobre la Constitución Nacional. Solución que, al margen de transformar a una constitución rígida y normativa en una constitución flexible sujeta a las modificaciones que, mediante su interpretación, realicen los jueces para preservar lo que ellos consideran son los valores sociales dominantes, no se compadece con la seguridad jurídica y con algunas de las conquistas más importantes generadas por el movimiento constitucionalista en resguardo de la libertad y también de aquellos valores sociales determinados por la autoridad competente e insertados válidamente en el texto constitucional.

La fuerza de la costumbre como fuente de derecho es significativamente inferior en el derecho público que en el derecho privado (14). En materia constitucional, la costumbre *praeter legem* es improbable cuando la formulación de las normas está precedida por una correcta aplicación de las reglas para la elaboración de las normas constitucionales. En tales casos, los eventuales silencios u omisiones de una constitución se subsanan con su interpretación o con la costumbre *secundum legem*.

Cuando la redacción de un texto constitucional se adecua rigurosamente a las reglas técnicas que presiden su elaboración, y si a ello se añaden cláusulas genéricas y flexibles como las contenidas en los arts. 14, 19, 28 y 33 de la CN, se limita considerablemente el surgimiento de una costumbre supletoria, por cuanto el

aparente silencio u omisión normativa será cubierto mediante la aplicación de las reglas de interpretación constitucional.

Distinta es la situación de la costumbre *contra legem* con la cual se pretende modificar o derogar una cláusula constitucional. Ella es inaceptable en un sistema constitucional rígido que atribuye el ejercicio de la función constituyente a un órgano determinado. Si la función constituyente y la consecuente reforma constitucional están previstas en la constitución, toda modificación que se introduzca en ella carecerá de validez si se aparta de tales previsiones. En tal caso, no habrá reforma constitucional sino ruptura del orden constitucional, producida por su incumplimiento basado sobre el comportamiento social o la valoración social que introduzcan los jueces.

Nuestra Corte Suprema en la composición que tuvo en 2005 y por decisión mayoritaria (15) tiene resuelto que el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la CN, cede frente a la costumbre internacional y el *jus cogens* aunque, en el caso concreto, desemboque en una solución *contra legem*. No compartimos semejante conclusión. Aceptar que la costumbre internacional *contra legem* es fuente del Derecho Constitucional y modificatoria de la Constitución Nacional, importa avalar la inseguridad jurídica y la perversión constitucional (16). Perversión motivada a menudo por el esnobismo constitucional, o por el deseo de imponer dogmáticamente una ideología política, o la alteración de los valores constitucionales, debido al fracaso experimentado por una propuesta de reforma constitucional en tal sentido. Importa subordinar una Constitución a las vías de hecho.

Bien destacaba Friedrich que esto no se debía a que las violaciones fueran resultado de una interpretación incorrecta, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen un desafío a su pretendida universalidad. Son excepciones, pero todas las excepciones debilitan la fuerza de una norma. En un orden político altamente desarrollado es muy importante que todo cambio de las normas constitucionales sea llevado a cabo por la autoridad concreta que hace tales normas según el sistema (17) que, en el caso de ellas, no es el juez ni la costumbre internacional ni el *jus cogens* (18).

Asdrúbal Aguiar, prestigioso jurista venezolano que fue presidente provisorio de su patria y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue, y es, muy crítico de aquella doctrina mayoritaria de nuestro Alto Tribunal. Tras señalar que el principio que impide la aplicación retroactiva de las normas penales no benignas no es extraño al derecho internacional, destaca que “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por consiguiente, no tuvo reparo al prescribir en su art. 24 y a propósito del juzgamiento por la Corte de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, que nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. No sólo eso, la misma norma dispone que de modificarse el derecho aplicable a una causa antes que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena... La Comisión de Derecho Internacional, al codificar las reglas so-

### { NOTAS }

(6) BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, 2000, t. II, p.295. Para este autor, cuya postura compartimos, la ultractividad de la ley más benigna es un caso de aplicación del principio constitucional de la ley previa, y ninguna ley podría esquivarlo, y que las normas referentes a la graduación de las penas y la prescripción en materia penal pertenecen al derecho penal material o sustantivo y no al derecho procesal, criterio este último no compartido por la minoría para descartar la aplicación de la ley 24.390.

(7) Criterio, que no compartimos, expuesto por BIDART CAMPOS, Germán, en ob.cit., t. II, p.309.

(8) Advertimos que se invoca permanentemente la

Constitución Nacional para avalar una preocupante ruptura del orden institucional, de los derechos sociales e individuales, mediante las más audaces interpretaciones. Las más contradictorias hipótesis son presentadas con un ficticio aval constitucional para justificar determinadas soluciones, políticas, económicas y sociales en su acepción más amplia.

(9) Precisamente, a tal situación, obedece la regla de interpretación constitucional que preconiza la presunción de validez de las normas inferiores respecto de la Constitución Nacional a menos que, en el caso concreto, resulte una manifiesta y grosera violación de los preceptos fundamentales.

(10) CS, Fallos: 327:3312, del 24/08/04.

(11) CS, Fallos: 327:5668 del 23/12/04.

(12) CS, Fallos: 328:2056 del 14/06/05.

(13) Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p.524, año 2004.

(14) Algunos privatistas la invocan con cierta ligereza, fruto del desconocimiento de la evolución histórica de las instituciones republicanas del constitucionalismo.

(15) CS, Fallos: 327:3312, 327:5668 y 328:2056.

(16) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, t. II, p.482.

(17) FRIEDRICH, Carl, “El hombre y el gobierno”, Tecnos, Madrid 1968, p.304.

(18) En tal sentido se pronunció la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la cita N°13. Declaró que las normas consuetudinarias del *jus cogens* que establecerían, desde tiempo inmemorial, la imprescriptibilidad de ciertos delitos, no tienen validez porque la costumbre, por internacional que sea, no es fuente del derecho aceptable en materia penal forjado por el movimiento constitucionalista en salvaguarda de la libertad, dignidad y progreso de las personas.

bre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptadas por la Asamblea de la ONU en 2001, consagró una vez más el principio de no retroactividad de las normas internacionales... Un hecho jurídico —señala el *dictum*— debe ser apreciado a la luz del derecho de la época y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho. Todavía más, la CDI, en exégesis que hace del art. 13 de sus artículos sobre la responsabilidad del Estado, recuerda que el mismo principio había sido aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Derechos Humanos para desestimar demandas relativas a períodos en que el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no estaba en vigor para los Estados interesados” (19).

Conclusiones similares fueron expuestas por Horacio García Belsunce (20), Fernando Moreno (21), Néstor Sagüés (22) y Alfonso Santiago (23), para quien “En el sistema constitucional argentino no es posible sustraer ninguna clase de delito, ni ninguno de los aspectos de su régimen jurídico, del principio de legalidad o retroactividad de la ley penal”.

#### { NOTAS }

(19) “Crímenes de lesa humanidad y coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado”, *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2004, p.39.

(20) “Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel”, *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2005, p.13.

#### V.

En el caso “Bignone” advertimos, claramente, dos posturas judiciales que se enfrentan entre nosotros desde comienzos del siglo XXI. La del voto mayoritario con particular apego al principio de legalidad y al deber de los jueces de ceñirse estrictamente a la aplicación razonable de las normas jurídicas con prescindencia de toda consideración de tipo político. El juez debe respetar la ley, y especialmente, a la Ley Fundamental aunque no comparta sus soluciones y aunque ellas merezcan el rechazo de algunos sectores sociales. Toda norma inferior cuya validez supera el filtro examinador de la Constitución Nacional debe ser fielmente respetada. Con mayor razón cuando, su desconocimiento, conduce a atrofiar garantías, derechos y libertades consagradas normativamente y cuya génesis la encontramos en la alborada del movimiento constitucionalista. El juez es el custodio de la Ley Fundamental. No es un simple administrador de justicia, sino titular de la función jurisdiccional del Estado mediante cuyo ejercicio aplica la ley y garantiza la seguridad jurídica. Es, en definitiva, la concepción que caracteriza a la democracia constitucional, en oposición al populismo, y en el marco del Estado de Derecho.

(21) MORENO, Fernando, “¿Estamos abandonando cada vez más el principio penal de legalidad?”, *La Ley*, Sup.Penal, 2005 (julio), p. 27.

(22) SAGÜÉS, Néstor, “Sobre la ‘derogación’ y ‘anulación’ de las leyes por el Poder Legislativo”, *LALEY*, 2005-A, 518.

(23) SANTIAGO, Alfonso (h), “La dimensión temporal del derecho y del consciente y deliberado apar-

La del voto minoritario que soslaya el principio de legalidad en función de los valores sociales que se consideran dominantes y aunque no estén avalados por el orden jurídico. Postura cercana al populismo demagógico a la cual se refirió el juez Carlos Fayt (24) cuando destacó que si se aceptara la aplicación retroactiva del derecho penal internacional, se estará vulnerando el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la CN, que impide la derogación retroactiva de la ley penal más benigna. La protección de las víctimas no implica, necesariamente, un castigo penal y que la persecución penal, sin respeto a las garantías constitucionales, invertiría la función que los derechos humanos tienen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto. Añadía que en esta postura judicial se estaba infiltrando la concepción de Carl Schmitt (25) sobre el derecho penal del enemigo. En esta concepción, que conduce a distinguir entre “amigos” y “enemigos”, se admite la inaplicabilidad de las garantías del Estado de Derecho para el juzgamiento de casos de gravedad gestados por el “enemigo” en perjuicio de un sistema político intolerante. Esto es así porque, en un régimen totalitario (26) se acepta

la existencia de un derecho penal especial para el “enemigo” del sistema. Esta bifurcación subjetiva del derecho penal importa, como destacara Jorge Vanossi (27), una “paulatina e incesante demolición jurisprudencial y política de los principios constitucionales aplicables al régimen penal” adoptado por la Ley Fundamental, y especialmente, en torno “a la aplicación retroactiva de normas penales y de compromisos internacionales en abierta violación de la regla de la irretroactividad que establece el art. 18 de la Constitución Nacional; como así también produciendo un notorio quebrantamiento del principio de legalidad que surge de ese mismo precepto”.

Nos adherimos a la primera de estas posiciones que desestima las consideraciones de índole política proclamadas por la segunda como “políticas del Estado” a las cuales deberían estar sujetos los jueces. Estas últimas conducen a la inaceptable politización cuasi agonal del Poder Judicial y a su consecuente absorción por los órganos políticos del gobierno. ●

Cita on line: AR/DOC/1260/2017

tamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema de la Argentina”, *Revista El Derecho*, 14 y 15 de noviembre de 2005.

(24) CS, Fallos: 313:1392.

(25) Carl Schmitt, miembro del Partido Nacional Socialista de Alemania, y durante varios años, considerado el más destacado ideólogo del nacionalsocialismo aunque,

en su fuero íntimo, no compartiera sus secuelas políticas y sociales.

(26) SCHMITT, Carl, “Teoría del partisano”, *Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, 1966.

(27) VANOSI, Jorge, “Prescripción, legalidad, amnistías e indultos”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2008, t. XXXIV-2007, p.197.

# La insanable nulidad e inconstitucionalidad del fallo “Bignone” de la Corte Suprema

Roberto J. Boico y Aníbal Ibarra

SUMARIO: I. Introducción.— II. Antecedentes de época.— III. La temática a resolver.— IV. Conclusiones y la nueva ley 27.362.

## I. Introducción

Las decisiones políticamente vinculantes no sólo se justifican en el irrestricto seguimiento de las formas proveídas por el derecho, pues ellas (las formas) exigirán, a la vez, una vinculación al derecho *legítimamente* estatuido. Y sólo puede tenerse por *legítimo* a aquel que racionalmente esté en condiciones de ser aceptado por toda la comunidad jurídica. Esa *aceptación colectiva* no sugiere un estado de encuesta e interrogación permanente, en tanto aquélla (la aceptación) se estabiliza a través de normas constitucionales.

Una *sentencia judicial*, como la aquí comentada, es una *decisión políticamente vinculante* que *prima facie* contiene un formato indiscutiblemente suministrado por el derecho formal, pero la particularidad de ésta es que carece de esa legitimación que sólo una lectura materializada de la Constitución Nacional puede dotar, máxime cuando aquélla está enriquecida por tratados internacionales de derechos humanos incluidos en su texto.

La tesis que aquí sugerimos es que esta sentencia no constituye una decisión institucional jurídicamente vinculante, pues adolece de una insanable nulidad e inconstitucionalidad. Se

ha echado por la borda, merced argumentos pseudo-constitucionales plagados de falacias y de desaciertos, una ingente jurisprudencia del propio tribunal, además de despedazar una tradición reconocida mundialmente que posicionaba al país en modelo de investigación y de sanción de hechos calificables como delitos de lesa humanidad cometidos en la última dictadura cívico-militar.

## II. Antecedentes de época

La experiencia histórica argentina dista de ser original en comparación a la de sus pares latinoamericanos, aunque la modalidad de enfrentamiento social contenga pizcas de singularidad que la diferencian. El movimiento pendular que se advierte en la acción político-jurídica luego del restablecimiento democrático estuvo signado, primero, por el afanoso y altisonante proceso de juzgamiento de las actividades criminales desarrolladas en el período de la excepcionalidad institucional, aunque su vector estuviese dirigido únicamente —en un análisis *ex post facto*— contra las máximas autoridades; luego signado por un evidente retraimiento del tan predicado proyecto original, restringiendo el módulo jurídico-revisorio a cierto escaño en la verticalidad de responsabilidades (ley 23.492) y colocando un valladar

temporal infranqueable para la persecución penal (ley 23.521); en un tercer estadio se puede advertir un discurso político supuestamente re-conciliador, auspiciante de una tabula rasa sobre el pasado que anuló radicalmente el modesto logro reparador del primer estadio (indultos); un cuarto signado por la obstinación en la indiferencia por los derechos humanos, un quinto mediado por la revisión y el juzgamiento de delitos de lesa humanidad luego de la ley 25.779 y ahora, en sexto lugar, esto, que empezaremos a desentrañar.

Toda composición nominal de la Corte Suprema atraviesa contingencias políticas epocales, las que indisimuladamente exhiben algunos de sus fallos testigos. Esta Corte, con dos nombramientos cuya gestación anómala concitara escándalo institucional aunque de momento silenciado, no presagiaba lo que se avecinaba en una materia jurídica sobre la cual se progresó de modo ininterrumpido, al menos desde la sanción de la ley 25.779. Pero detengámonos, sólo a tino de mención, sobre los siguientes precedentes de esta Corte: 1) El caso “Villamil, Amelia Ana c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios” (rta. el 28/03/2017), donde la mayoría (Lorenzetti, Highton, Rosenkrantz) decide que los daños y perjuicios derivados de la desaparición forzada de personas no son imprescriptibles; 2) El caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” (rta. 14/02/2017) donde se dijo que no hay facultades para disponer que se deje sin efecto la sentencia dictada por la Corte Suprema pasada en autoridad de cosa juzgada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 3) El caso “Alespeiti, Felipe Jorge s/Incidente de recurso extraordinario”, donde se intensifica la exigencia de fundamentos para denegar el arresto domiciliario si se da el supuesto etario, aun si el caso es de lesa humanidad.

## III. La temática a resolver:

Un condenado por crímenes de lesa humanidad se le practicó cómputo de pena por un delito al que el propio tribunal de juicio calificó de *permanente*. Se le aplicó el cómputo privilegiado previsto en el art. 7º de la ley 24.390 (2 x 1), sin perjuicio de que al momento de su prisión preventiva (desde el año 2007) el mencionado art. 7º estaba derogado desde hacía al menos seis (6) años. Es decir, si trazáramos un vector temporal desde la *ejecución del delito* hasta el *dictado de la sentencia* nos encontraríamos que en el interregno se introdujo una norma que modificó el modo de contar los días de prisión preventiva a efectos del cómputo de pena (conf. art. 24, CP), justificada en precisas contingencias atendidas a una evidente sobrepoblación carcelaria, para luego expulsársela, aunque durante su efímera vigencia no se produjo el hecho condicionante de su aplicación, es decir, que el condenado estuviera en prisión preventiva.

La mayoría accedió al cómputo del 2 x 1.

El voto impersonal de Rosenkrantz y Highton invocó, entre otros, el fallo “Arce” (Fallos: 331:451), donde la Corte se pronunció sobre un supuesto muy distinto al caso “Bignone”. En efecto, allí se discutía si el art. 7º de la ley 24.390 podía ser aplicado para realizar el cómputo de pena en un caso en el que: 1) parte de la prisión preventiva habría acaecido durante la vigencia del art. 7; y 2) la derogación del art. 7º se produjo en el interregno de la prisión preventiva, pero con anterioridad a que transcurriera más de dos (2) años de aquélla, supuesto a partir del cual era viable el cómputo privilegiado previsto en el art. 7º (1). La Corte, con remisión al dictamen del Procurador, sostuvo en aquel precedente: “*el artículo 7 de la ley 24.390 era la ley vigente en el momento del hecho, la aplicación*

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La C.N.C.P. consideró que debía aplicarse la versión original del art. 24 del C.P., en razón de que la vigencia del

art. 7º de la ley 24.390 estaba sujeta a la “condición suspensiva” de que el encierro se prolongara por más de dos años sin sentencia firme.

retroactiva de la ley 25.430, que derogó esa norma, se halla vedada por el principio constitucional mencionado en atención al carácter material que —en mi opinión— ostentan las reglas de cómputo de la prisión preventiva. Más aún, tratándose de normas que afectan la libertad ambulatoria, la prohibición de retroactividad regiría incluso si se considerara que revisten carácter procedimental”.

Ahora bien, aquí la Corte no pudo obviar la tipología de delitos de lesa humanidad por el cual fuera condenado el recurrente, ni tampoco que merced la desaparición forzada de la víctima, el delito es de los calificados como permanente o continuado. Sin embargo, y más allá de ello, la Corte consideró “indisputable” que el art. 2º del Cód. Penal se aplica a todos los delitos, haciendo especialmente hincapié en los “permanentes” (2), y que allí el legislador no formuló distinción alguna que permita una solución diferenciada, y en cuanto al delito calificable de lesa humanidad, se acudió a una interpretación que privilegia, según estos jueces, la igualdad de trato entre imputados de delitos comunes y de lesa.

Al recorrer su jurisprudencia, la mayoría sostuvo que la aplicación del art. 2º del Cód. Penal respecto de delitos permanentes no obtuvo una declaración definitiva de la Corte, pretendiendo demostrar que allí existe una tónica irresuelta. Dijo, a modo de ejemplo, que en “Jofré” (Fallos: 327:3279) y “Gómez” (Fallos: 327:3274) se discutió si correspondía la aplicación de la ley 24.410 que aumentó penas para el delito de sustracción, retención y ocultación de un menor de diez años (art. 146, CP). En tales casos la mayoría remitió al Procurador sosteniendo que el art. 2 no era aplicable a delitos permanentes, mientras que Highton desestimó recurso por el art. 280 del procesal y tres jueces (Belluscio, Vázquez y Zaffaroni) lo entendieron aplicable. En “Landa” (3) la Corte Suprema con remisión al Procurador desestimó el recurso por deficiencias en su argumentación mediadas por falta de introducción oportuna de sus agravios, lo que impidió un pronunciamiento acerca de la cuestión. Cuestión análoga ocurrió en “Rei” (Fallos: 330:2434).

En materia internacional dijeron que no se advierten pronunciamientos puntuales sobre ley penal más benigna para delitos permanentes. Invocaron los casos “Gelman vs. Uruguay” y “Tiu Toj in vs. Guatemala”, donde se dijo que la tipificación sobreviniente de la conducta punible como “desaparición forzada de personas” no era violatoria de la garantía de irretroactividad de la ley penal, en tanto ella era requerida para cumplir con la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta punible (derivada del art. 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) y, por el otro, que era consecuencia de la obligación de investigar y sancionar hechos de tal especie en tanto así requerido por el *ius cogens*. Sin embargo, Lorenzetti extrae del mismo precedente otra conclusión, al sostener que allí (apartado 236) se dijo que “por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo... la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo”. Es decir, “Gelman” sirve a la mayoría para derivar que no se dijo nada sobre la benignidad en materia de delitos permanentes,

mientras que Lorenzetti concluye lo contrario, pues si el delito es permanente se aplica la ley nueva sin que ello importe violación al principio de benignidad.

Finalmente se obtuvo como conclusión dirimente: “A los efectos de determinar la procedencia de la aplicación ultraactiva del art. 7º de la ley 24.390... cabe consignar que la norma en cuestión estuvo vigente en un tiempo intermedio entre la comisión de los hechos materia de la causa y el dictado de la sentencia condenatoria, que Muñña estuvo detenido preventivamente desde ello de octubre de 2007 y que dicho estado superó el plazo de dos años mencionado en la ley referida. Consecuentemente, debe concluirse que el cómputo punitivo relativo a Muñña debe practicarse conforme con lo dispuesto en el arto 7º de la ley 24.390 por ser una norma intermedia más benigna que tuvo vigencia entre la comisión de los hechos y el dictado de la condena, de acuerdo con el arto 2º del Código Penal.”

Esa conclusión no se modifica merced la tipificación de los delitos investigados como de “lesa humanidad”, al no existir aquella distinción en el art. 7º de la ley 24.390. Finalmente, se menciona el Estatuto de Roma que incorporó el principio de la ley penal más favorable y Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), en “Dragan Nikolic” donde sin aplicarse al caso el principio se lo sostuvo, y el caso “Miroslav Deronjic” sostuvo que el principio de ley penal más benigna era parte del Derecho Internacional con el que se debía juzgar delitos de lesa humanidad (párrafo 96).

Por su parte, el voto de Rosatti incorpora un fragmento de Carrara, donde: “Si la ley antigua, más severa, fue reemplazada por una más benigna, y después se vuelve a la severidad primera, entonces el delito cometido bajo la primera ley tiene que aprovecharse de la benignidad intermedia”. Insistió también en que: “el legislador..., no previó un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de los arts. 2º y 3º del Código Penal a los delitos de lesa humanidad. Y lo que no hizo el legislador no lo puede hacer el juez”. Respecto del dilema moral al que alude este juez, parece atravesar todo su discurso; aunque ello no lo exime de su responsabilidad institucional.

Los votos en minoría (Lorenzetti y Maqueda) transitan un sendero analítico similar. Se dijo que: “una interpretación de la legislación penal más benigna, en el marco de la aplicación de una ley derogada, es insuficiente para dar adecuada solución a un tema de indudable relevancia institucional” y que por la calificación de delitos de lesa humanidad “no hay posibilidad de amnistía (Fallos: 328:2056), ni de indulto (Fallos: 330:3248), ni se aplica a ellos el instituto de la prescripción (Fallos: 327:3312), y que la persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional (Fallos: 330:3248)” y no es ajena a tales consecuencias la aplicación de la pena. No se trata de inhibir la aplicación de la ley penal más benigna, pues se la ha aplicado en el marco de las normas vigentes al momento de la comisión del delito si ulteriormente fueron agravadas, pero es inaceptable que so pretexto de tan cara garantía se encubra una pretensión retorcida de menguar/reducir o alterar las penas que constitucionalmente les corresponde soportar, máxime las prohibiciones que contienen este tipo de delitos ofensores de la conciencia universal.

Por lo tanto, la cuestión a resolver no es otra que la: “ponderación justa del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna (4), en

relación con las normas invocadas y a los supuestos de los delitos de lesa humanidad”. No caben dudas que garantía de la ley penal más benigna integra el plexo normativo internacional, y la ponderación estará dada entre tal principio y los que incorpora el bloque de constitucionalidad del art. 75.22. Ello conduce a examinar si ese cambio normativo ha implicado una mudanza en la valoración del delito en cuestión, máxime tratándose de delitos de lesa humanidad.

Se invoca, como argumento de la aplicación de la garantía, que se advierta un cambio de valoración social de la conducta, conforme voto de Lorenzetti en “Torea” (Fallos: 330:5158) (5). En relación con el temario que nos convoca, dijo: “la adopción de la regla de cómputo del arto 7º de la ley 24.390 no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, por los que fue condenado Muñña. Antes bien, fue concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para mantenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. También dijo que: “no puede perderse de vista que en el sub-examene la detención preventiva de Muñña no se materializó durante la vigencia del art. 7º de la ley 24.390 sino, antes bien, varios años después de su derogación por parte de la ley 25.430.

A efectos de interpretar el sentido de la norma examinada, se dijo que: “la modificación del art. 24 del Código Penal introducida por la ley 24.390 —según su anterior redacción—, se orientaba a ‘aumentar’ dicha reparación en los casos en que, además, la prisión preventiva haya excedido ciertos plazos, como forma de asegurar que luego de los primeros dos años, el convicto reciba algo a cambio del sufrimiento de haber estado prisionero antes de saber si, en definitiva, se lo tendrá por culpable, y por cuánto tiempo habrá de perder su libertad (Fallos: 329:4083). Por ello resulta fundamental: “el extremo relativo al momento en que se materializó la detención preventiva deviene en absolutamente relevante”.

Ahora bien, si la tesis de la mayoría es que la ley 24.390 (art. 7º) resulta aplicable sin distinción a los delitos de “lesa humanidad” (ver, punto 15, pág. 12), pues en el texto de la ley 24.390 no se hace excepción respecto de tales delitos..., ello apareja consecuencias importantes. Veamos. Por un lado, el legislador no pudo válidamente formular distingo alguno entre tipología común y de lesa humanidad debido a que al tiempo de la sanción de la ley 24.390 (noviembre 1994) regían las leyes de punto final y obediencia debida, por aquel entonces homologadas constitucionalmente por la Corte. De allí que resulte falaz la reclamación de tal distinción como extremo para un tratamiento divergente entre imputados comunes y de lesa, pues los eventuales responsables de tales crímenes (de lesa) no podían ser perseguidos, y menos aún, cautelados por prisión preventiva; pero hay más, pues la Corte llega al punto de sugerir que si se hubiera formulado la distinción aquella sería inconstitucional (punto 15 “in fine”).

Ese argumento es derrotado por la propia jurisprudencia de la Corte, pues como bien dijo Lorenzetti: en los delitos de lesa humanidad no hay posibilidad de amnistía (Fallos: 328:2056), ni de indulto (Fallos: 330:3248), ni se aplica el instituto de la prescripción (Fallos: 327:3312) y que la persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional (Fallos: 330:3248) (ver

dicho voto punto 7, p. 28). Por caso, de aceptarse el criterio de la mayoría, todas estas excepciones serían inconstitucionales, o para peor, contrarias a cláusulas convencionales, algunas de ellas alzadas a jerarquía de *ius cogens*; de allí que la regulación internacional y local en materia de lesa humanidad formulen atendibles distinciones agavilladas al interés de su persecución y posterior sanción. Ello sugiere la indudable constitucionalidad de la diferenciación de tratamiento entre delitos comunes y de lesa humanidad, definición jurídica que no puede ser alterada por la extraña —y pretendida interpretación *pro homine*— que formula la mayoría.

Derivado de lo anterior, entonces, un delito de lesa humanidad, al no tolerarse su olvido, perdón o impotencia de persecución penal, no podría *a fortiori* recibir —encubierta u oblicuamente—, una suerte de conmutación de pena fundada en una ley procesal que compensaba bajo un cómputo privilegiado excesos de encierros preventivos en delitos comunes, norma que inclusive fuera derogada hace más de quince (15) años, y que para colmo, ni siquiera, incluyó en su lapso de vigencia el encarcelamiento preventivo del recurrente, condenado por delito de lesa humanidad.

De ello colegimos una consecuencia ineludible, pues si el legislador hubiere procurado incluir a los condenados por delitos de lesa humanidad en las reglas de la ley 24.390 (especialmente su art. 7º), ello devendría inconstitucional, conforme argumentos arriba invocados, en tanto sus casos estaban inoculados por normas de *ius cogens* que impedían cualquier atisbo encubierto de perdón o reducción de pena. Además, por si fuera poco, al sancionarse la ley 24.390 ya se encontraba vigente la reforma constitucional del año 1994, que incorporó con jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22 CN), entre los cuales se cuentan la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels.

La Convención sobre el Genocidio, en su artículo V, establece textualmente que “las Partes contratantes se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. A su vez, la Convención contra la Tortura, en su art. 4, punto 2, establece que “Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”. De allí que una norma eminentemente procesal, orientada a compensar encierros preventivos superadores de tiempos objetivados que se estiman razonables (2 años), bajo un estatuto aplicativo de la pena que formalizaría un cómputo diferenciado en el período en exceso de prisión preventiva, nunca puede ser utilizable para delitos de lesa, máxime cuando además la prisión preventiva de los imputados en tales delitos no la sufrieron durante la vigencia del art. 7º de la ley 24.390. Sostener lo contrario comportaría un indulto encubierto, si se nos permite el atajo argumental, que afecta los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, de cuya suerte tal pretensión sería, insistimos, nula e inconstitucional (6).

En términos estrictamente normativos, el Preámbulo de la Convención contra la Tortura

## { NOTAS }

(2) “Dicha característica (delito permanente) en modo alguno inhibe la posibilidad de que durante el transcurso de la acción -pero antes de pronunciarse el fallo- se dicte una ley más benigna y, con ello, se configuren las únicas condiciones a las que la norma referida supedita la aplicación de la ley más favorable” (consid. 9 *in fine* del voto impersonal de mayoría).

(3) La cuestión era determinar si la escala penal del art. 146, aplicable al caso, era la que estaba vigente en el momento en que se inició el ocultamiento (3 a 10 años) o la más gravosa que la ley 24.410 estableció en el año 1995 para dicha figura (5 a 15 años).

(4) Las dificultades de la ponderación han sido agudamente expuestas por Juan Antonio García Amado, quien se pronuncia definitivamente en contra de tal criterio que esbozara Robert Alexy.

(5) Allí se dijo, en relación con la ley 25.990, que no puede ser calificada como una ley penal más benigna... En efecto, la ley suprimió la expresión “secuela de juicio” e incorporó un criterio de máxima taxatividad respecto de las causales de interrupción de la prescripción de la acción penal. Agregando luego que: “no se ha producido un cambio en la valoración de los delitos, ni menos aún de los

que se juzgan en el caso. No ha sido esa la intención del legislador, y el efecto de benignidad sólo puede derivarse de modo indirecto constituyendo, incluso, un efecto no buscado por la norma”.

(6) En tal sentido la Corte IDH afirmó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana está obligado a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su efecto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos...” (CIDH, Serie C Nro. 154, caso “Almonacid” del 26 de se-

tiembre del 2006, párrafo 124. En el caso “Barrios Altos” se consideraron “inadmisibles las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendían impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura... y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CIDH, Serie C, Nro. 75, caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo del 2001, párrafo 41).

y *Otros tratos o Penas crueles* expresa “...la obligación que incumbe a los Estados... de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales y en su articulado impone a los Estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas” (Considerando 22 del voto de la jueza Highton *in re* “Simón”, Fallos: 328:2056). El Comité contra la Tortura, por su parte, ha recordado su jurisprudencia según la cual los Estados Partes tienen la obligación de sancionar a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, y que la imposición de penas menos severas... son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas (“Kepa Urrea Guridi v. Spain”, Comunicación 212/2002. U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002-2005).

Estos antecedentes fueron considerados por la Corte Suprema de Justicia (Fallos: 330:3248, “Mazzeo, Julio Lilo y otros”), al declarar inconstitucional el decreto 1002/89 del Poder Ejecutivo Nacional por el cual se había indultado a Santiago Omar Riveros. Quizás el camino a recorrer sea idéntico al otro realizado con las leyes 23.492 y 23.521, es decir, un tránsito hasta lograr —tiempo más tiempo menos— la descalificación del pronunciamiento por nulidad de tal interpretación.

Un punto más del visible esfuerzo que hace la mayoría de la Corte Suprema para aplicar la ley 24.390 a imputados de delitos de lesa. Hay un error semántico a partir del adverbio “siempre” que figura en el art. 2º del CP, concluyendo que “da cuenta de la clara decisión del legislador respecto de la aplicabilidad universal del principio de la ley más benigna a todos los casos que no estuvieran explícitamente excluidos. Resulta que el adverbio “siempre”

es de tiempo y no de cantidad, aunque el voto de la mayoría lo traduzca por “todos los casos”, por una cuestión de necesidad, pero sin rigor semántico ni jurídico.

#### IV. Conclusiones y la nueva ley 27.362

Al tiempo de presentar este trabajo, el Congreso dictó la ley 27.362, que su artículo 1º estableció que de conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el Derecho interno o internacional. En su artículo 2º sostiene que el cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley. Y finalmente un artículo 3º que dice que los dos artículos previos constituyen la interpretación auténtica del artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aun a las causas en trámite.

Ahora bien, en un contexto de retroceso discursivo y fáctico en materia de persecución y castigo de delitos de lesa humanidad, merced a inocultables gestos políticos del gobierno de turno, aparece como reacción legislativa esta norma. La misma, aun con caros propósitos perseguidos, es tan sólo una gestualidad política.

Primero, porque su art. 1, al formular distintos retroactivos entre delitos de lesa y comu-

como propio de un diseño constitucional de diálogo o conversación entre poderes, como alternativa a Kelsen, Ely y Dworkin, propiciadores de unos jueces constitucionales cuya palabra, en lo que respecta al control de constitucionalidad, sea institucionalmente la última.

nes para la aplicación del derogado art. 7, contradice expresamente la decisión de la Corte, en cuanto sostuvo enfáticamente en el considerando 15 que: “las consideraciones anteriores no pueden ser conmovidas por el hecho de que el recurrente haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad, pues en el texto de la ley 24.390 no se hace excepción respecto de tales delitos y a todo evento es importante recordar que esta Corte en el precedente CSJ 210/2005 (41-V)/CS1 “Véliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640” (resuelto el 15 de junio de 2010) ha decidido que las excepciones contempladas en el art. 10 de dicha ley —exclusión de los delitos agravados en materia de estupefacientes— es inconstitucional. Con falacia evidente, sostuvo la mayoría que conforme “Véliz”, donde la Corte declaró inconstitucional aquellas distinciones entre delitos para la aplicación de la ley 24.390, tal estándar resultaría extensivo y aplicable a cualquier distinción, aun si la misma derivase de calificar a la posible excepción merced a un delito de lesa; entonces, ¿para qué sirve la distinción legislativa ahora propiciada si la Corte dijo, con claridad, que las distinciones serían inconstitucionales, conforme fallo “Véliz”, al que pretende aplicable al caso de delitos de lesa? O la Corte se contradice ahora generando un mayor escándalo institucional que a esta altura es posible, o bien insiste en su postura tan sólo por coherencia.

Segundo, con relación al artículo 2, donde se aclara que la aplicación de la ley, ya circunscripta a delitos comunes, sólo se hará cuando la prisión preventiva se hubiese cumplido durante la vigencia del art. 7, cabría preguntarse si tal “aclaración” abarca la decisión de la Corte en “Arce”, o aquel pronunciamiento quedaría fuera del alcance del art. 7. Esa respuesta no interesa, puesto que el voto de mayoría no analizó tal extremo de aplicación, sino tan sólo, cualquiera fuere el supuesto fáctico, la aplicación convencional del principio de benignidad, más allá de todo condicionamiento. Dicho con otras palabras, la aplicación del art. 2, Cód. Penal, para la Corte es un “todo o nada”, no condicionado

a extremo aplicativo alguno más que el alojamiento de la norma en el interregno de la comisión del hecho y la condena.

Tercero, ya con relación al art. 3, no existe en nuestro Derecho constitucional el “diálogo o conversación institucional”, propio de un constitucionalismo débil (7), según el cual decisiones de la Corte que declaren inválida una norma por ser contraria a la Constitución comporte una suerte de reenvío al Legislativo, fomentando así un nuevo pronunciamiento del Parlamento, y evitando atribuir a una Corte la última palabra sobre la cuestión. Entonces, y a expensas de que “este” Parlamento se atribuya el poder de interpretación auténtica de lo que dispuso “otro” Parlamento, la auditoría constitucional se realiza a expensas de esa “supuesta” auténtica interpretación, pues lo que está en juego es la compatibilidad de una norma legislativa con la Constitución, y no la interpretación “a secas” de esa norma legislativa. Si esto fuera poco, esta “interpretación auténtica” del Congreso sugeriría que omitió oportunamente hacerla, y tras dicha omisión permitir otra interpretación alternativa, merced a la cual eximiría a los jueces de la Corte de un eventual juicio político, en tanto si ellos “erraron” la interpretación fue porque el Congreso “no aclaró” cuál era su interpretación. Esto es absurdo y evidencia, quizás, una fina estrategia política que excede el marco de este trabajo. Más allá de las buenas intenciones, la ley 27.362 no aporta más que una declaración política, que quizás oficie de inhibitoria para que otro tribunal, pero no esta Corte, se abstenga de una aplicación intolerable del “2 x 1” a casos de lesa.

Corolario de lo expuesto, el único camino normativamente viable sería declarar nula de nulidad e inconstitucionalidad absoluta la norma del art. 7 de la ley 24.390 en pretensión de aplicarse a delitos de lesa, tal como hiciera la ley 25.779 para las leyes de punto final y obediencia debida. ●

Cita on line: AR/DOC/1259/2017

#### { NOTAS }

(7) BAYÓN, Juan Carlos, en su artículo “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, publicado en *El canon neoconstitucional* coordinado por M. Carbonell y L. García, Ed. Trotta Madrid (2010), ps. 285-355, ha fundamentado un constitucionalismo débil

# El fallo “Muiña” sobre aplicación de la ley del “2 x 1”: ¿podía (realmente) la Corte hacer algo distinto? (\*)

Alejandro D. Carrió

SUMARIO: I. Introducción. — II. Los hechos relevantes. — III. Cuestiones de derecho. — IV. Misceláneas finales.

## I. Introducción

La pregunta en el título de este comentario es retórica. En los párrafos que siguen me propongo demostrar que, por más disvalioso que parezca que a Luis Muiña, condenado por un delito de los denominados de “lesa humanidad”, se le haya aplicado una ley más favorable en el cómputo final de su sentencia condenatoria, el Alto Tribunal no disponía realmente de opciones constitucionales o legales diferentes de la que terminó adoptando.

Me propongo también analizar si la legislación vigente o los pactos internacionales con rango constitucional permitían una solución distinta, en base a dos parámetros relevantes:

1) la naturaleza “permanente” del delito que se consideró cometido por “Muiña”; y 2) el importante principio jurídico consistente en la aplicación “ultractiva” de una ley penal más benigna (1).

Por otro lado, intentaré echar alguna luz sobre los criterios que rigen en materia de aplicación de leyes penales más benignas, en función de variadas críticas que se han hecho ya sentir sobre lo decidido por la mayoría en el fallo que comento.

Trataré además de explorar algunos criterios no tratados por la Corte en “Muiña”, producto de que, por lo que surge de los antecedentes mencionados en el fallo, tales criterios

no fueron motivo de planeamiento ante los tribunales de grado ni ante la Corte Suprema.

Para concluir este ambicioso plan, diré también algunas cosas relativas a si la forma en que se resolvió el caso implicó la concreta transgresión de un derecho consagrado en alguna cláusula de los pactos internacionales con rango constitucional, como para justificar las muy variadas críticas dirigidas a lo resuelto por la mayoría de la Corte.

## II. Los hechos relevantes

El caso es bastante conocido, por lo que bastarán estas breves líneas. Luis Muiña había sido sometido a proceso penal, imputándosele delitos de suma gravedad tales como privación ilegal de la libertad e imposición de torturas, para los cuales el Código Penal contempla penas tanto de reclusión (2), como de prisión.

Tales hechos tuvieron inicio (y algunos, como veremos, se prolongaron en el tiempo), en los

años de la represión ilegal que caracterizó al gobierno de facto surgido del golpe militar de marzo de 1976 (3). Muiña fue detenido y constituido en prisión preventiva el 1/10/2007, por lo cual es un hecho no disputado que el 30/9/2009 había cumplido ya dos años de prisión preventiva, sin haber sido aún juzgado por el hecho imputado.

El juicio oral concluyó con una sentencia condenatoria respecto de Muiña y de otros imputados. A Muiña se le impuso la pena de trece años de prisión por encontrarlo co-autor de los graves delitos mencionados más arriba, y que fueron calificados como de lesa humanidad. Ese fallo fue dictado con fecha 3/2/2012, y confirmado por la Cámara de Casación Penal que intervino a raíz de las apelaciones deducidas.

Luego de ello, debió establecerse la fecha de cumplimiento de la condena. En un fallo dictado el 9/9/2013, el Tribunal Oral decidió que, a partir del 1/10/2009, los días transcurridos en prisión preventiva por el imputado debían

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) El caso tiene por nombre en verdad “Bignone”, por ser el imputado que encabezó la carátula del juicio donde Luis Muiña fue condenado. Pero la resolución que dio origen al fallo de la Corte, según veremos, se dictó en relación

exclusiva con la situación de Muiña. Agradezco especialmente a Francisco Carrió su colaboración en la selección y clasificación del material que compone este artículo.

(1) Luego trataré en más detalle este concepto.

(2) Sobre la importancia de que, legislativamente,

podría haberse aplicado a Muiña la pena de reclusión, volveré más adelante.

(3) Para decirlo de una vez y que ello no nuble el análisis jurídico que me propongo efectuar: no hay manera de empezar si quiera a justificar o atenuar los incontables

atropellos a los derechos humanos llevados a cabo por ese gobierno de facto. Veremos incluso que calificándolos como delitos contrarios al derecho de gentes o de “lesa humanidad”, tal análisis jurídico comprende la inclusión de esos delitos dentro de tales categorías.



computarse de acuerdo al sistema establecido en el art. 7º de la ley 24.390 (4). Se sabe que dicha norma vino a modificar el art. 24 del Cód. Penal que legisla justamente sobre la manera en que debe computarse la prisión preventiva del imputado, a los fines del cálculo de la pena a cumplir. En lo que aquí interesa la ley 24.390 dispuso que “Transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión”.

Con base en esa norma, y siguiendo un criterio sobre el que haré algunos comentarios más adelante, el Tribunal Oral decidió que ese “descuento” de los días transcurridos en prisión preventiva debía extenderse hasta la fecha en que la condena quedó firme, lo que dio una fecha de cumplimiento que provocó el agravio del Ministerio Público.

El motivo por el que el Tribunal Oral entendió que correspondía aplicar el sistema de cómputo dispuesto por esta ley 24.390 a los fines de la fijación de la pena definitiva, resulta simple. La invocación en el pronunciamiento del art. 2º del Cód. Penal muestra que ese Tribunal Oral entendió que debía aplicar en esta materia la ley penal más beneficiosa para el imputado, Ello, por la razón de que aunque esa ley (la 24.390) no estuviera ya vigente al momento de pronunciarse el fallo, sí lo había estado en un momento anterior (5).

Para que se entienda lo que viene luego, son necesarias las siguientes aclaraciones. Previo a la vigencia de la ley 24.390 reseñada, el art. 24 del Cód. Penal que, como expliqué, es el que determina la incidencia de la prisión preventiva del imputado en su sentencia de condena, no contenía ninguna disposición que permitiera este cómputo “privilegiado”, por así llamarlo, de los días de prisión preventiva transcurridos luego de cierto lapso de tiempo.

Por otro lado, se sabe que esa ley 24.390 se dictó con el declarado propósito de hacer realidad una garantía expresa de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 7º, inc. 5º, declara que “toda persona (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (6).

Finalmente, basta con leer el articulado de la ley 24.390 para advertir que ella contenía una única categoría de delitos exceptuados de sus beneficios, que eran ciertos delitos previstos en la ley 23.737 sobre tráfico de estupefacientes (7). Vale decir, nada había en el texto de esta ley, reglamentaria de una norma de la Convención Americana de Derechos Humanos, que permitiera excluir los delitos atribuidos a Muiña del amparo de este cómputo “privilegiado”.

Siguiendo ya con los antecedentes del caso, la Cámara de Casación Penal, por su sala IV, fue llamada a pronunciarse sobre las impugnaciones del Ministerio Público, respecto de la determinación del vencimiento de la sentencia de condena dictada. A estar al relato de antecedentes, la Cámara de Casación consideró incorrecto lo resuelto, pues señaló que la aplicación del art. 2º del Cód. Penal invocado por el Tribunal Oral requería de “algún cambio en la valoración que la comunidad efectúa respecto de la conducta imputada”.

Refiriéndose ya a la concreta aplicación de la ley 24.390, que era la considerada por el Tribunal Oral como “más benigna”, la Casación dijo que “la norma que preveía la aplicación del

‘2 x 1’ no fue la expresión de un cambio en la valoración social de la clase de delitos que han sido atribuidos en este proceso, sino que sólo adoptó, durante un corto período de tiempo, un mecanismo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos” (8).

También consideró la Casación relevante que durante la vigencia de la ley 24.390 (entre noviembre de 1994 y junio de 2001) Muiña no había estado en prisión preventiva, circunstancia que, dijo, hacía este caso diferenciable del precedente “Arce”, de la Corte Suprema (9). Todo ello la llevó a revocar el pronunciamiento del Tribunal Oral apelado y a rechazar la aplicación en el caso de la ley 24.390 como ley penal más benigna.

Con este telón de fondo, la defensa de Muiña llevó su caso a la Corte Suprema. Por razones de espacio, voy a unificar en el capítulo siguiente lo que considero las principales cuestiones que la Corte debió resolver, junto con un análisis de lo propiciado en los distintos votos.

Adelanto que el fallo de la Cámara de Casación fue revocado por la Corte, mediante el voto conjunto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz, más la concurrencia del juez Rosatti. Los jueces Lorenzetti y Maqueda votaron en disidencia.

### III. Cuestiones de derecho

*III.1. ¿Es el artículo 24 del Código Penal (según el texto de la ley 24.390) una norma de naturaleza penal? ¿Importa? La posición de los jueces en “Muiña”*

Estos interrogantes pueden ser relevantes, pues podría cuestionarse la aplicación del mandato del art. 2º del Cód. Penal, en cuanto impone recurrir a la ley más benigna.

Fuertes razones me llevan a sostener que estamos ante una norma penal. Para empezar, ella está contenida en el Código Penal, sancionado por el Congreso, y de aplicación para todo el país. El art. 24 del Cód. Penal se ubica en el Libro Primero, dentro del Título II “De las Penas”, y parece difícil imaginar algo más propio del derecho penal que la pena.

Además, el caso “Arce” de la Corte Suprema mencionado *supra*, se encargó de refutar el argumento de que la ley 24.390 tendría solo un alcance “procesal”, que evitaría la aplicación de la ley más benigna. Y no sólo eso, “Arce” explicó que *correspondía su aplicación como ley más benigna, aun cuando esa fuera su real naturaleza*.

En efecto, en “Arce” la Corte, con remisión al dictamen del procurador general Righi, resolvió dos cosas de sumo interés:

Primero: Que la aplicación retroactiva al caso de la ley 25.430 (la derogatoria del cómputo del “2 x 1”), en vez de la 24.390 considerada vigente en el momento del hecho, “se halla vedada por el principio constitucional mencionado [se refiere al de legalidad del art. 18 de la CN] en atención al carácter material que -en mi opinión- ostentan las reglas de cómputo de la prisión preventiva”.

Segundo: Que en materia de la aplicación de la ley más benigna del art. 2º, Cód. Penal, ella debe proyectarse a la materia del cómputo de la prisión preventiva. El Procurador dijo así que “tratándose de normas que afectan la libertad ambulatoria, la prohibición de retroactividad regiría incluso si se considerara que re-

visten carácter procedimental” (Ver estas citas en el dictamen del Procurador General, Apartado IV, últimos dos párrafos, Fallos: 331:472, 475). Este fallo contó con los votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. La jueza Argibay propició la desestimación del recurso con invocación del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.

El voto inicial de los jueces Highton y Rosenkrantz en “Muiña” recoge adecuadamente este precedente “Arce”, en lo relativo al carácter “material” de las reglas referidas al cómputo de la prisión preventiva. Así lo dicen, sin esfuerzo, en el último párrafo del consid. 6º de su sentencia.

El que cambia su posición es el juez Lorenzetti. En efecto, luego de haber firmado el voto mayoritario en “Arce”, en “Muiña” sostiene que no corresponde adjudicarle a la ley 24.390 el carácter de ley penal más benigna. Refiriéndose a ella, dice que “se trató de una ley de naturaleza procesal concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables exigidos por el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (su voto, consid. 15).

La forma en que este voto intenta diferenciar lo que se había firmado en “Arce” es insustancial para este punto concreto. En efecto, la diferenciación intentada se centra en que, en “Muiña”, y a diferencia de “Arce”, su detención preventiva no se había materializado durante la vigencia de la ley 24.390 (10), sino varios años después de su derogación por la ley 25.430. También señaló el juez Lorenzetti que en esa norma derogatoria (la 25.430), expresamente se había aclarado en su art. 10 que “la presente ley [se refiere a la 25.430] integra el Código Procesal Penal de la Nación” (ver consid. 14).

Para empezar, es claro que si “Muiña” estuvo o no detenido durante la vigencia temporal de la ley 24.390 no es un elemento útil para determinar si estamos ante una ley que deba integrar el concepto de ley más benigna, en los términos del art. 2º del Cód. Penal. A lo sumo, es un dato que servirá para calibrar si ese es un buen argumento para permitir la aplicación de una ley posterior, por sobre una anterior más benigna (lo que en “Arce” se fulminó como violatorio del principio de legalidad).

Además de ello, que la ley posterior exprese algo que la anterior más benigna no decía (esto es, que ella integra el Código Procesal Penal), no cambia el eje de la discusión acerca de si el art. 2º del Cód. Penal resulta aplicable, y tampoco desvirtúa la fuerte afirmación de “Arce” acerca de que *incluso si se le diera el carácter de norma “procedimental”, aun así regiría a su respecto la aplicación del principio de ley más benigna*.

*III.2. ¿Ofrece la norma del artículo 2º del Código Penal dificultades de interpretación? ¿Se replica ella en Pactos Internacionales? De no ser así, ¿hay algo en estos que resulte relevante para la discusión?*

III.2.1. La fuerza de “siempre” y la ley relevante para esta discusión

Ante todo, dejaré para después el análisis de la posible naturaleza “permanente” de delitos tales como el de una privación sostenida de la libertad, pues considero que eso es materia de una discusión diferente y que nubla la adecuada solución del caso.

Hecha la aclaración, parece bastante evidente lo que sigue. Cada vez que exista el supuesto previsto por el art. 2º del Cód. Penal, o sea, que la ley vigente al tiempo de cometerse el delito sea distinta de la que existe al dictarse el fallo (o en el tiempo intermedio), los tribunales deben “siempre” aplicar la más benigna.

Como justamente la norma del art. 2º se refiere a los supuestos de posible sucesión de leyes, el art. 3º del Cód. Penal aclara algo en verdad bastante único, y de especial pertinencia para el caso: Que “en el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable para el imputado” (11).

Centrémonos ahora en algo básico para despegar malentendidos. La ley más benigna, cuya aplicación reclamó Muiña, *es la ley 24.390* que, justamente por su derogación en 2001, no era ya “la ley que existe al pronunciarse el fallo”. (lenguaje del art. 2º del Cód. Penal).

Al dictar el Tribunal Oral su cómputo de pena en el auto del 9/9/2013, debió por imperativo legal elegir “separadamente” la ley más favorable, aplicando ultractivamente una ley derogada más benigna.

Y esta obligación de escoger la ley derogada más benigna, pues por ella debe optarse “siempre”, es una cuestión “separable” (según ordena el art. 3º del Cód. Penal), de si el delito por el que se lo encontró culpable al imputado debe o no ser catalogado de “permanente”, según se analizará luego.

Al momento de dictarse el fallo que dio origen a la intervención de la Corte (*el de cuantificación del monto de pena que restaba cumplir, de septiembre de 2013*), la única cuestión por delante era la de escoger el sistema legal más beneficioso para el imputado a los fines de dicho cómputo. Y allí, nuevamente, la elección del tribunal no fue difícil. Entre la norma del art. 24 del Cód. Penal previa a la ley 24.390, la de su texto según la ley 24.390, y la que rigió a partir de junio de 2001 por imperio de la ley 25.430, el Tribunal Oral optó correctamente por “el art. 7º de la ley 24.390, en su versión original por resultar ley penal más benigna” (lenguaje del pronunciamiento del Tribunal Oral del 9/9/2013).

No voy a reproducir aquí los pasajes de los votos de los jueces Highton y Rosenkrantz, por un lado, y el del juez Rosatti, por otro, pues ellos no se apartan, como no podrían haberlo hecho, de aquello que parece —y en verdad es— extremadamente simple.

La ley no les daba ningún margen para dejar de aplicar esa ley 24.390. A partir de la conjunción de los arts. 2º y 3º del Cód. Penal que se citan, el margen de discreción de los jueces para apartarse de la letra de la ley equivalía a tanto como cero. Empezar a “interpretar” esas normas con métodos tales como los “deseos del legislador”, “el fin último de la ley”, “las consecuencias” a que conduciría su aplicación, cuando es la misma ley penal la que indica lo que debe hacerse “siempre”, es atribuirles a los jueces una prerrogativa que el sistema republicano no confiere. Los votos que menciono, por lo demás, lo explican elocuentemente.

III.2.2. ¿Y los pactos Internacionales? La trascendencia del principio “pro homine”

Dos normas podrían citarse aquí, de idéntica redacción. Una es el art. 9º de la CADH, que en lo pertinente dice: “Si con posterioridad a la

### { NOTAS }

(4) En la parte que interesa, dicho sistema rigió entre el 22/11/1994 y el 1/6/2001, fecha en que la ley 24.390 fue modificada por ley 25.430, derogándose justamente ese art. 7º.

(5) El texto del art. 2º del Cód. Penal es claro al respecto: “Si la ley vigente al momento de cometerse el delito fuera distinta de la que existe al dictarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”. Luego veremos la trampa en la que parecen caer los jueces que votaron en disidencia en “Muiña”, respecto

del efecto que tendría, en la correcta aplicación de esta norma, la posible caracterización de “permanente” de alguno de los delitos por los que se condenó al imputado.

(6) Este carácter de “reglamentario” de la ley 24.390 respecto del citado art. 7º, pto. 5º, de la CADH, surge inequívocamente del art. 9º de la ley.

(7) Aun a riesgo de desordenar la exposición, cabe aclarar que la Corte Suprema, según lo hacen notar los votos de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz, se

había pronunciado ya sobre esta excepción consagrada en la ley, tachándola de inconstitucional. De esto me ocuparé también más adelante.

(8) Ver estas citas en el voto concurrente del juez Horacio Rosatti, consid. 2º.

(9) Verlo en “Fallos”: 331:472. Este fallo de la Corte dice también algunas cosas de interés sobre las que también volveré.

(10) Recuérdese que ella rigió hasta el 1/6/2001.

(11) Lo de “bastante único” es porque en esta materia “el juez debe tomar a las dos leyes como hipotéticamente coexistentes, y efectivamente lo son durante un tiempo, pues unos casos resultan regidos por una ley y otros casos por la otra. El juez no resuelve cuál de las dos leyes es vigente, sino cuál de las dos aplica a ese caso” (SOLER, Sebastián, “Tratado de Derecho Penal”, t. I, TEA, Buenos Aires, 1978, p.193, énfasis en el original).

comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La segunda está en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 15, primera parte, redactada exactamente igual. De este artículo, se sabe también, debe descartarse lo indicado en su segundo párrafo, respecto de la distinta consecuencia que cabe a asignar en caso de actos “delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Para esos supuestos, expresa el párr. 2º del art. 15, no rige el derecho a la aplicación de la ley más benigna enunciado al comienzo.

La razón por la que debe descartarse este segundo párrafo es porque la Argentina suscribió este Pacto con la expresa reserva que surge del art. 4º de la ley 23.313. Esta dice: “El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional”.

Ahora bien, considerando la discusión en torno a la ley 24.390 y su sistema de cómputo privilegiado, alguien podría cuestionar que no es exactamente lo señalado por estos instrumentos, que requieren “la imposición de una pena más leve”. Vale decir, podría sostenerse que la consagración del sistema de cómputo de prisión preventiva más favorable sancionada en el año 1994 no equivalió en realidad a la “imposición de una pena más leve”.

Los votos que hicieron mayoría en este caso tuvieron la prudencia de no fundar su fallo en estas normas, pese a que ellas habían sido materia de discusión en el caso (ver consid. 4º de los votos que hicieron mayoría).

Pero la duda acerca de la aplicación de una norma de contenido convencional no debe hacernos perder de vista algo que los jueces consideraron prioritario. Esto es, el derecho a la aplicación de una ley derogada más benigna, de modo de consagrar su ultractividad, la cual tenía (y tiene) en los arts. 2º y 3º del Cód. Penal una base legal incontestable.

Y al tenerla, se vuelve enteramente operativa la norma de interpretación contenida en el art. 29 de la CADH, en cuanto señala que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con cualquiera de las leyes de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados” (énfasis agregado).

Parece claro que al momento de suscribir la Argentina el llamado Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la aplicación de la ley penal más benigna del Código Penal llevaba más de un siglo y medio de vigencia. Y también resulta claro que el estatus de norma más beneficiosa para el imputado de la ley 24.390 había sido afirmado por la Corte Suprema en un fallo relativamente reciente (“Arce”), suscripto por una cantidad apreciable de jueces.

No sorprende entonces que quienes firman la sentencia de “Muiña” le hayan asignado a los arts. 2º y 3º del Cód. Penal la trascendencia que le dieron.

**III.3. El carácter “permanente” del delito de privación ilegal de la libertad y la necesidad de despejar un equívoco**

Vamos ahora a la parte que más dificultades conceptuales puede ofrecer, siempre que nos hagamos la pregunta equivocada.

### III. 3.1. El planteo

El voto en disidencia del juez Maqueda en “Muiña” plantea lo siguiente. De los delitos atribuidos a Muiña, existe uno especialmente relevante, que es la privación de la libertad de una persona de apellido Roitman que, al momento del dictado del fallo condenatorio de 1ª instancia (febrero de 2012), continuaba en calidad de desaparecido. Otras víctimas del accionar del Muiña, en cambio, o bien recuperaron su libertad en los días posteriores a su secuestro entre fines de 1976 y principios de 1977, o bien fallecieron durante el mismo año 1976.

El estado de “desaparición” de Roitman, prolongado largamente, implica que podamos calificar a su privación de la libertad como un delito “permanente”, o sea uno cuyo momento de comisión se prolonga por todo el plazo en que continúa ese estado de privación de la libertad (12).

El voto del juez Maqueda, entonces, y a partir del considerando 9º, explica que esta caracterización de “permanente” impide la aplicación pretendida del art. 2 del Código Penal. En sus palabras: “El carácter permanente de un delito implica que si durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del art. 2º del Código Penal, donde se debe aplicar siempre la más benigna), sino de un supuesto de coexistencia de leyes y siendo que solo una de ellas es la que se debe aplicar -*porque es uno el delito cometido*- debe aplicarse la vigente en el último tramo de la conducta punible, aun cuando sea la más gravosa” (consid. 9º del voto, 2º párrafo; citas omitidas, el énfasis, por las importantes razones que se verán, es mío).

Luego de ello el juez Maqueda ofrece las razones por las que entiende que en los llamados “delitos permanentes” no resulta lesionado el principio de legalidad, ni siquiera cuando se les aplica una nueva ley. Con citas de pronunciamientos de la Corte Interamericana se señala que “la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de *la entrada en vigor del tipo penal respectivo*” (ver cita del caso “Gelman c. Uruguay”, sentencia de la Corte IDH del 24/2/2011, apart. 236; el énfasis, nuevamente, es mío).

Otros pasajes de este voto, con otras citas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, explican por qué “se ha descartado que la aplicación de la norma penal más gravosa dictada durante el transcurso de un delito cuya comisión se extiende en el tiempo aparezca una violación al principio de legalidad del art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos” (los transcripto corresponde al mismo consid. 9º).

El voto del juez Lorenzetti recoge también esta línea de fundamentación. Ver sus argumentos a partir del consid 17.

### III.3.2. La confusión

Ni el caso “Gelman c. Uruguay”, ni la postura que se expone en estas disidencias contrarían el derecho a la aplicación de la ley 24.390 reclamado por el imputado en “Muiña”.

El error central del planteo es pensar que la posible “coexistencia” de normas represivas durante todo el lapso de comisión de un delito permanente, o la posible tipificación de figuras más graves durante la continuada comisión de éste, es el meollo de lo que aquí se debate.

Una breve mención de lo discutido en “Gelman”, en el exacto párrafo de la sentencia de la Corte Interamericana que se cita (el 236), sirve para ilustrar lo que afirmo. Lo debatido en esa sección de la sentencia fue: si “al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva”.

Considerar aplicable esta nueva ley que tipificaba de manera especial un delito que antes podía tener un alcance diferente, era importante a fin de resolver los planteos de caducidad que se habían deducido, productos de amnistías cuya validez debía también analizar la Corte Interamericana.

Ahora bien, justamente la naturaleza “permanente” del delito investigado, como es la desaparición forzada de una persona, fue lo que permitió a la Corte Interamericana afirmar que resulta válido “aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo” (idem, párr. 236).

Es que, en estricta justicia, si durante la comisión de un delito cuya comisión se prolonga en el tiempo, se sanciona una nueva figura penal más grave, o lo que sería igual, a la existente se le agrava su penalidad, la aplicación de la nueva figura penal (antes inexistente) o la aplicación de la mayor pena contenida en la nueva ley, no hace que estemos ante la violación del principio de legalidad.

El “continuar” cometiendo un delito luego de que el legislador —o una Convención a la que el país de que se trate ha adherido— le ha asignado a la conducta que se “viene cometiendo” un estatus más gravoso, importa un notorio desprecio del autor por esa mayor gravedad contenida en la nueva ley. Esta última puede serle aplicada al imputado sin violación alguna al principio de irretroactividad de la ley penal o al de legalidad.

En este contexto, se entiende que el juez Maqueda haya hablado, como enfaticé antes, de que “es uno el delito cometido”, el cual principio su ejecución en un momento determinado y continuó cometiéndose bajo la vigencia ya de una ley posterior. También se entiende que mencionara la “entrada en vigor del tipo penal respectivo”.

En ese ejemplo de continuado desprecio por lo que las leyes indican, no puede el imputado beneficiarse con la tipificación anterior, o la pena anterior más benigna.

La pregunta que importa ahora es: ¿qué tiene que ver esta cuestión, que trata de nuevas tipificaciones de delitos o agravamientos de pena, con lo realmente planteado en Muiña?

En “Muiña”, lo debatido no fue la sanción de una ley más gravosa referida al específico delito que se había empezado a cometer (la privación ilegal de la libertad), sino algo muy diferente, como es la forma del cómputo de la prisión preventiva.

Y en esta área, es sumamente impropio hablar de “coexistencia de leyes” entre la que era más beneficiosa para el imputado (la 24.390), y aquella vigente al momento de dictarse el fallo (la 25.430), desde el momento en que ésta derogó a su antecesora.

En suma, hacer el esfuerzo de caracterizar como “permanente” a la ley de fondo por cuya infracción se condenó a Muiña (una privación ilegal de la libertad de quien jamás apareció), nada agrega a la discusión sobre si la manera de computar una prisión preventiva al amparo de una ley (la del “2 x 1”), podía ser válidamen-

te reclamada por el imputado pese a no estar vigente al momento de efectuarse el cómputo final de su condena. Ello, por el sencillo hecho de ser la misma más benigna.

Reitero, la cita del caso “Gelman” y las demás menciones a principios aceptados en los tribunales de derechos humanos sobre la viabilidad de aplicar tipificaciones más gravosas o penas más altas en base a normas “de fondo” sobrevinientes, resultan insustanciales para la correcta decisión de lo planteado en “Muiña”.

Y en este punto, es bueno recordar otra vez que la resolución que debía dictar el Tribunal Oral, y que motivó la posterior intervención de la Corte Suprema, se limitó a establecer el “Cómputo de detención y pena de Luis Muiña” (13). Para ese momento, la concreta determinación de los delitos cometidos, la elección de la ley penal de fondo que rigió el caso y la asignación de la pena específica adjudicada a Muiña eran temas ya establecidos por el Tribunal Oral en su sentencia condenatoria, la cual había adquirido firmeza.

### III.3.3. La respuesta de la mayoría

La respuesta de los votos mayoritarios a esta cuestión de la incidencia de los llamados “delitos permanentes” resultó adecuada.

En el voto de los jueces Highton y Rosenkrantz el tema se ataca a partir del considerando 9º. Se señala así que está fuera de discusión que se está ante un delito permanente (ver párr. 2º de ese considerando), y también se acepta que “la misma calificación prevé el art. 3º de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 aprobada por ley 24.566 y elevada a jerarquía constitucional por ley 24.820”. Este voto concede además que los Estados deben adoptar medidas legislativas para tipificar como delito la desaparición forzada y considerarlo como continuado o permanente, mientras no se establezca el destino de la víctima.

Pero lo que también se hace más adelante, correctamente, es explicar que la Corte Interamericana no se expidió puntualmente sobre el mismo tema que la Corte debió resolver en este caso (Ver el desarrollo en el considerando 13 del voto). Y se recuerda ahí entonces que en el caso “Gelman c. Uruguay”, que el juez Maqueda invoca en su disidencia, “se decidió una cuestión diferente a la debatida en esta causa, más precisamente, que la tipificación sobreviniente de la conducta punible mediante la figura de la desaparición forzada de personas, no era violatoria de la garantía de la irretroactividad de la ley penal en tanto dicha nueva tipificación, por un lado, era requerida por la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta punible (...) y, por el otro, era consecuencia de la obligación de investigar y sancionar hechos de tal especie sí requerida por el *ius cogens*” (el énfasis es mío).

La conclusión de este voto mayoritario, la cual comparto, es que: “En ninguno de los casos mencionados hubo pronunciamiento alguno respecto de la aplicación de una ley más benigna”. Ello, porque la ley penal más benigna que en “Muiña” se reclamó no se refiere en verdad a una cuestión de tipificación de un nuevo delito (para lo cual la naturaleza permanente del delito de que se trate es relevante), sino a un mero cómputo de detención y pena, para el cual los jueces debían aplicar ultractivamente una ley derogada (la 24.390) por ser más benigna.

Más adelante me referiré a la única crítica que podría haberse hecho a ese cómputo, solo que el Tribunal Oral, en verdad, no hizo más que adoptar el criterio que los tribunales vienen siguiendo uniformemente.

## { NOTAS }

(12) A los fines del análisis que efectuaré, no es necesario ahondar sobre esta cuestión ni incurrir en preci-

siones adicionales, posibles críticas o citas doctrinarias. Daré por válida la caracterización de “delito permanen-

te” asignada a lo sucedido con esta víctima en particular. (13) Así se titula el breve auto de cómputo del Tribu-

nal Oral, del 9/9/2013, obrante a fs. 4435 del expediente que llegó a la Corte en apelación.

Hay además en este voto un esfuerzo por explicar cómo los casos previos llegados a la Corte no habían permitido conformar una mayoría clara acerca de cómo resolverlos. En este punto es relevante señalar que *en ninguno de ellos se había consagrado el criterio de que en los delitos permanentes resulta inválida la aplicación de la ley 24.390, a los fines de determinar el cómputo de la pena*. Incluso, en casos donde sí se había aplicado dicho beneficio, y que motivó el agravio del Ministerio Público así como un expreso pedido del Procurador General para que se restringiera la aplicación de los beneficios de la ley 24.390 a casos de delitos de “lesa humanidad”, la Corte desestimó el recurso del Ministerio Público por aplicación de la fórmula del art. 280 del Código Procesal Civil de la Nación (14).

En dos casos relevantes originados en un mismo imputado, de nombre “Rei”, la Corte volvió a dejar pasar la oportunidad de sentar jurisprudencia clara sobre la incidencia de los delitos permanentes en los cambios legislativos. En “Rei” (1) (15), se había denegado la excarcelación del imputado, en un caso que versaba sobre ocultación de menores edad, el cual fue considerado un delito permanente, “pues la acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad de la víctima” (del dictamen del procurador General, capítulo II). La denegatoria de la excarcelación se apoyó en la mayor pena resultante de una ley posterior al comienzo de ejecución del delito (ley 24.410, que agravó las penas del art. 146 del Cód. Penal). Ello fue cuestionado por la defensa con invocación, entre otras normas, de lo dispuesto por el art. 2º del Cód. Penal y de lo dispuesto en los Pactos Internacionales a los que me he referido ya.

La Corte, por mayoría, y con remisión al dictamen del procurador general, declaró la improcedencia del recurso extraordinario de la defensa. Entendió que dada la materia por la que había sido concedido el recurso, la cuestión versaba en verdad sobre la interpretación de normas de derecho común (el art. 146 del Cód. Penal y su modificación por ley 24.410), y que las cláusulas constitucionales invocadas por el recurrente no eran idóneas para la procedencia del recurso (ver Cap. IV del dictamen del Procurador).

Sólo el juez Zaffaroni votó en disidencia, y con remisión al criterio expuesto por él en el caso “Jofré” (Fallos: 327:3279), consideró que le asistía razón a la defensa y que debía hacerse lugar al recurso deducido.

En “Rei” (2) (16), llegado ya a la Corte por invocación del imputado del cómputo privilegiado de la ley 24.390 del “2 x 1”, el cual había sido rechazado en las instancias previas, sucedió lo siguiente. La mayoría de la Corte desestimó el recurso de la defensa con invocación del art. 280 del Cód. Proc. Civ.

El juez Zaffaroni, en cambio, votó en disidencia y a favor del cómputo privilegiado. Ello, pese a tratarse claramente de un supuesto de “delito permanente”, en el marco de un pedido de aplicación de los beneficios de la llamada ley del “2 x 1”. Lo hizo con remisión a la doctrina de “Arce”, la misma citada por los jueces que votaron en mayoría en “Muiña”, como fundamento de su decisión.

**III.4. La cuestión del “cambio de valoración” como presupuesto de la aplicación del artículo 2º del Código Penal. Respuestas**

Recuérdese que el argumento de la Cámara de Casación para revocar el cómputo de pena efectuado por el Tribunal Oral y desechar la

aplicación de la ley más benigna había sido el siguiente: la solución normativa consagrada en el art. 2º del Cód. Penal requiere, como presupuesto para su aplicación, que el dictado de la ley más benigna haya respondido a un verdadero cambio de valoración en la conducta imputada.

El argumento se completa explicando que en ningún momento había variado la valoración respecto a la gravedad de los delitos imputados a Muiña, por lo que el art. 2º del Cód. Penal estuvo mal aplicado.

El voto en disidencia del juez Lorenzetti comparte este criterio (Ver lo afirmado en el consid. 14, párr. 4º).

Una primera respuesta a esta línea argumental aparece con claridad en el voto de los jueces Highton y Rosenkrantz, al señalar que “en un estado democrático los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido. La ley 24.390 significó un cambio de valoración respecto de las consecuencias de la duración excesiva de la prisión preventiva. Por lo tanto el argumento del tribunal apelado no puede ser admitido. A todo evento, el razonamiento del a quo resulta inaceptable porque contradice el claro texto del art. 2º del Código Penal” (ver consid. 7º de ese voto, párr. 2º).

El voto del juez Rosatti, a su vez, contiene una réplica de fuerza equivalente (ver allí el consid. 8º).

Una segunda crítica al argumento de la supuesta necesidad de cambio en la valoración social del delito imputado, es ya de mi cosecha. Parece haber aquí una nueva confusión entre lo que es *la materia delictiva que se le imputó a Muiña* (los secuestros y tormentos, respecto de los cuales es claro que no existió ninguna valoración social positiva de nadie), con lo que fue en el caso la concreta ley penal más benigna cuya aplicación se reclamó.

Y en este caso, es también claro que esa valoración existió, pues se supone que cuando los legisladores actúan lo hacen persiguiendo algún propósito valorativo, la cual fue independiente de considerar a los delitos cuya condena quedase alcanzada por esta norma, más o menos disvaliosos.

Es más, la única valoración contenida en la ley 24.390 relativa a delitos que no debían quedar alcanzados por la ley fue la mención de aquellos previstos en ciertos artículos de ley 23.737 sobre estupefacientes. Esta diversa valoración, y la consiguiente excepción a los beneficios del “2 x 1”, por lo demás, había sido declarada inválida por la misma Corte, como violatoria de la garantía de la igualdad. Ello sucedió en el caso “Veliz”, que el voto emitido en primer término en “Muiña” cita (17).

**III.5. Los compromisos internacionales en el área de los delitos de lesa humanidad**

Pese al contenido emocional que naturalmente despierta la comisión de delitos muy graves, considerados contrarios al derecho de gentes, trataré de hacer algo de historia y de entender su vínculo con lo debatido en “Muiña”.

Los gobiernos dictatoriales y las dictaduras que campearon en diversos países de Latinoamérica entre los años 60 y parte de la década del 80 (donde tenemos el triste privilegio de

pertenecer) dieron lugar no sólo a manifiestas violaciones a los derechos humanos, sino también a intentos, en ocasiones bastante torpes, de asegurar la impunidad de los miembros de los regímenes que estaban dejando el poder. En otros casos, en períodos de incipiente democracia, y aprovechando en general su naturaleza más bien débil, esa impunidad se buscó a través del dictado de leyes de caducidad.

Los casos de autoamnistías dictadas por los mismos regímenes dictatoriales (tal lo sucedido en Perú y Chile) fueron el antecedente para que los órganos de justicia de esos países no acordaran a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos suficiente reparación. Ello motivó ciertos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tuvieron luego mucha influencia en fallos más recientes de nuestra Corte Suprema de Justicia.

El caso relativo a la autoamnistía de Perú fue “Barrios Altos” (fallo de la Corte IDH del 14/3/2001). El de Chile, originado en la autoamnistía dictada mediante decreto del Poder Ejecutivo de facto es “Almonacid Arellano” (Corte IDH, sent. del 26/9/2006).

En el marco de esos casos, donde lo debatido, reitero, fue la validez de las normas de autoamnistía dictadas por regímenes ilegales, la Corte Interamericana señaló, en “Barrios Altos”, que “resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y de establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos” (18).

En “Almonacid Arellano”, donde la base fáctica era similar, la Corte IDH había lidiado además con la invocación de la garantía del *non bis in idem*. Ello, producto de que el caso abierto en Chile, donde debía ser investigada la muerte del Sr. Almonacid Arellano, había sido cerrado con intervención de un tribunal militar al que se le había otorgado competencia para intervenir. Esta circunstancia hizo que la Corte IDH se pronunciara, además, sobre la procedencia de ese alegado obstáculo. Al fundar el rechazo de la defensa de *non bis in idem*, dijo que esa garantía no resultaba aplicable puesto que la causa había sido tramitada por “tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad”. En la misma línea argumental, agregó que la aplicación del decreto de autoamnistía “consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en la impunidad” (19).

No es esta la ocasión para desarrollar cómo estos párrafos, extraídos de fallos cuya materia fue declarar inválidas normas de autoamnistía y juzgamiento de causas por tribunales militares, fueron luego invocados por la Corte argentina para rechazar ya, en casos tramitados en nuestro país ante tribunales judiciales, defensas de violación de los principios de legalidad y cosa juzgada. Tal fue lo sucedido, por ejemplo, en el caso “Mazzeo” (20), donde la mayoría de la Corte argentina aplicó muy forzosamente criterios nacidos de casos de la Corte IDH muy diferentes. Eso lo hizo al analizar la validez de un indulto, el cual había sido considerado válido muchos años antes, por la propia Corte Suprema, respecto del mismo imputado (21). “Mazzeo” contó con la fortísima disidencia de los jueces Fayt y Argibay.

Ahora bien, volviendo a la materia de este trabajo, cabe seriamente preguntarse si doctri-

nas tendientes a evitar parodias de procesos, a poner en su justo lugar amnistías inválidas, o a evitar la aplicación de “eximentes de pena” que tuvieron su origen en el claro deseo de sustraer a los responsables de violaciones a los derechos humanos de todo proceso judicial, tienen espacio en un caso como “Muiña”.

Nadie duda de que firmar un Pacto de Derechos Humanos implica para el Estado signatario asumir la responsabilidad de actuar en casos de violaciones de esos derechos humanos. Pero cuando existe un caso donde: (i) una persona sí ha sido juzgada y condenada; (ii) llega el momento posterior en que un tribunal debe actuar en función de leyes referidas ya al cómputo de la pena; (iii) existen normas claras como los arts. 2º y 3º del Cód. Penal, (iv) hay efectivamente una ley ya derogada pero más beneficiosa para el imputado; y (v) la propia Convención Americana de Derechos Humanos da como pauta que ninguna disposición de la Convención debe interpretarse en el sentido de limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido por las leyes de un estado signatario (en el caso, el de aplicación de una ley más benigna); si se da todo eso, (vi) los jueces que deben resolver el caso no tienen, en mi opinión, mayor opción que resolverlo de la forma en que se hizo en el voto mayoritario en “Muiña”.

#### IV. Misceláneas finales

Cierro este trabajo con un par de consideraciones finales, que muestran que hay veces que un resultado que puede parecer disvalioso (que un condenado por delitos graves vea en definitiva reducido el monto de su condena), se encuentra precedido de concausas que, en ocasiones, no se advierten.

##### IV.1. La doctrina de “Méndez”

En el año 2005 la Corte Suprema resolvió el caso “Méndez” (22). Allí se había cuestionado por violatoria del principio de igualdad la forma de cómputo de la prisión preventiva de acuerdo a la versión del art. 24 del Cód. Penal anterior a la ley 24.390 de 1994 (la del “2 x 1”). De resultas de este artículo, el cómputo de la prisión preventiva para los penados con “reclusión”, en vez de “prisión”, debía hacerse de manera de considerar “dos días de prisión preventiva por uno de reclusión”. Aclaro aquí que la pena de “reclusión” está contemplada en el Código Penal, y resulta más severa que la de “prisión”. Ello es así en materias tales como la penalidad que corresponde fijar en casos de tentativa, o de participación secundaria. El régimen aún vigente determina que las reducciones de pena que el Código prevé varían, según que la pena impuesta haya sido de reclusión o de prisión. En ambos supuestos la reducción de pena para los penados con reclusión es menor (23).

También cabe aclarar que el homicidio, ya sea simple o agravado, la privación ilegal de la libertad, o la imposición de tormentos, conllevan la posibilidad de aplicar tanto pena de reclusión como de prisión (24).

Por último, corresponde decir que la llamada ley del “2 x 1” debatida en “Muiña”, *había expresamente excluido de sus beneficios a los penados con pena de reclusión*. Según la norma del art. 7º de la ley 24.390 discutida ya, el beneficio del “2 x 1” luego de los dos años de detención del imputado en prisión preventiva, dejaba de jugar. De tal manera, “en esta ley cada día de prisión preventiva equivaldría también a un solo día de reclusión”. De allí que, hasta el caso “Méndez”,

#### { NOTAS }

(14) El caso es “Simón”, CS, sent. del 6/8/2013. S.1 XLIX. La desestimación del recurso fue firmada por los jueces Lorenzetti, Highton, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda.

(15) “Fallos”: 330:2434, sent. del 29/5/2007.

(16) R.829, XLVIII, Recurso de Hecho, sent. del 10/12/2013.

(17) En “Veliz”, Recurso de Hecho, V.210, causa 5640, sent. del 15/6/2010, la Corte dijo que debía honrarse el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser

puesto en libertad, acordado a toda persona detenida según los términos del art. 7º, ap. 5º de la CADH. Agregó que “la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas, por más aberrantes que puedan ser (...) importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de prisión preventiva al convertirla en pena anticipada”. También

explicó la Corte que “la asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de rango constitucional tales como la presunción de inocencia, la libertad personal y el plazo razonable dentro del proceso”.

(18) Fallos “Barrios Altos”, párrafo 41 de la sentencia.

(19) Fallos “Almonacid Arellano”, párrafos 154 y 155.

(20) “Fallos”: 330:3248.

(21) El caso anterior de la Corte, del año 1992, donde la misma persona imputada en “Mazzeo” se había beneficiado con un indulto dictado por un presidente constitucional, y que la Corte consideró entonces válido, es “Aquino”, Fallos:315:2421

(22) Causa N°862, sent. del 22/2/2005.

(23) Ver el juego de los arts. 5º, 44 y 46 del Cód. Penal.

(24) Conf. arts. 79, 80, 141 y ss. del Cód. Penal.

para cualquier persona condenada era de suma importancia que la pena impuesta hubiera sido la de prisión o la de reclusión. Reitero, el beneficio del “2 x 1” había sido excluido para los penados con reclusión.

Ahora bien, en “Méndez”, donde se debatió si era violatorio del principio de igualdad que el Código Penal dispusiera en su art. 24 original que dos días de prisión preventiva equivaldrían solo a uno de reclusión, el voto que encabeza el fallo hizo algo anómalo, y que nadie había solicitado. Dijo que en verdad la pena de reclusión debía considerarse “virtualmente derogada por la ley 24.660”, puesto que “no existen diferencias en su ejecución con la de prisión” (25).

Vale decir, este fallo vino de un plumazo a eliminar por completo la vigencia de la pena de reclusión, mediante un remedio que fue mucho más allá de lo reclamado por el imputado.

La consecuencia de eliminar enteramente la pena de reclusión tuvo su efecto en los tribunales, que dejaron luego de este caso de aplicar un tipo de pena que algunos jueces del Alto Tribunal habían considerado “virtualmente derogada”. También tuvo su impacto en la situación de los que aspiraban a beneficiarse con el “2 x 1”. Todos los delitos, no importa su gravedad,

empezaron a recibir como pena solo la de prisión, y el beneficio del “2 x 1” pasó a estar disponible para cualquier condenado.

#### IV.2. ¿Prisión preventiva después de la condena?

Una segunda concausa tampoco explorada es, también en mi opinión, la indebida extensión que los tribunales vienen haciendo del concepto “prisión preventiva”, en desafío de su significado natural. Extensión que, en este caso, resultó también decisiva para que la pena correspondiente a Muiña se redujera más allá de límites razonables.

Si se recuerda que el objetivo de la ley del “2 x 1” era contribuir a la garantía mencionada en la Convención Americana de Derechos Humanos de “ser juzgado dentro de un plazo razonable”, es de bastante obviedad que seguir llamando “prisión preventiva” al estatus de Muiña luego de haber sido juzgado y condenado por un Tribunal Oral, es llevar el significado de las palabras más allá de lo que surge de sus propios términos.

En el caso concreto, entiendo que el cómputo privilegiado del “2 x 1” debió haber cesado el día en que se le dictó su condena a trece años de prisión, lo cual sucedió el 3 de febrero de 2012. Después de ese momento, el nombrado Muiña no

estaba detenido en calidad de prisión preventiva y a la espera de ser juzgado, hecho que ya había sucedido. Yendo a las consecuencias de la aplicación de la ley 24.390, mecanismo que conduce a la reducción de la condena, no veo inconveniente en que sus beneficios acaben en ese momento.

El Tribunal Oral que efectuó el cómputo final de la pena correspondiente a Muiña extendió el beneficio del “2 x 1” hasta el 21 de agosto de 2013, “fecha en que quedó firme la sentencia recaída en autos” (26). Vale decir, en mi criterio existió un cómputo privilegiado de aproximadamente 18 meses donde, sin norma alguna que lo ordene, se entendió que Muiña mantenía su estatus de “prisión preventiva”, cuando lo cierto que para entonces él había sido ya condenado. Que esa condena no estuviera firme y tuviese él la esperanza de obtener su revocación, no cambia la realidad de que con el juicio ya celebrado los tribunales habían dado cumplimiento a la exigencia de “juzgarlo” por los hechos por los que se lo sometió a proceso.

Debe reconocerse que el Tribunal Oral siguió aquí el criterio dominante en los tribunales, de continuar considerando en “prisión preventiva” a quien ha sido ya condenado por un tribunal de juicio. Ello, sin que las normas

que regulan la prisión preventiva, al menos en el orden federal, contengan disposición alguna que autorice a seguir utilizando ese rótulo (27).

En suma, entiendo que nada obsta a que se le dé a la “prisión preventiva” un alcance más consistente con el sentido corriente de esta expresión, de manera de limitar los efectos del cómputo de la prisión preventiva en exceso de dos años a algo más racional.

#### IV.3. Cierre

El lector podrá juzgar ahora cuánto de todo lo propuesto al comienzo de este trabajo logró efectivamente conseguir.

Lo que estoy seguro, es de haber transmitido mi convicción de que el fallo de la mayoría en “Muiña” estuvo adecuadamente fundado. Contra lo que podría suponerse a raíz de la andadura de críticas que se le han dirigido, el Estado de Derecho se fortaleció a raíz de su dictado. Hay ocasiones donde son las situaciones más difíciles, y los casos más impopulares, los que sirven para calibrar realmente su vigencia. ●

Cita on line: AR/DOC/1332/2017

#### { NOTAS }

(25) Voto de los jueces Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Señalo aquí que ninguna norma expresa de la ley 24.660, sancionada en 1996, había derogado la pena de reclusión. Es más, en sus disposiciones la ley hace alusión a la “ejecución de la pena privativa de la libertad en todas sus modalidades” (ver arts. 1º y 3º). Las únicas “modalidades” existentes para una pena privativa de la libertad son la reclusión y la prisión. Ver art. 5 del Cód. Penal.

(26) Ver este lenguaje en la resolución del Tribunal Oral del 9/9/2013, que motivó la posterior intervención de la Corte.

(27) En “Olariaga”, la Corte Suprema analizó un planteo relativo al cómputo de la prisión preventiva, en función de la existencia de apelaciones posteriores al fallo condenatorio del Tribunal Oral. En concreto, el imputado se había quejado de que los tribunales anteriores habían limitado el cómputo privilegiado hasta el momento del “agotamiento

de las vías locales” (en el caso, la improcedencia del recurso de casación). El fallo de la Corte no echa demasiada luz sobre la cuestión. Por un lado, expresa que los jueces de grado “confundieron la suspensión de los efectos —que hace a la ejecutabilidad de las sentencias— con la inmutabilidad propia de la cosa juzgada que adquirió el fallo condenatorio (...) con la desestimación de la queja dispuesta por este Tribunal”. Este lenguaje permitiría suponer que

para la Corte corresponde extender el cómputo de la prisión preventiva hasta ese momento. Pero lo desconcertante es que, al hacer lugar al recurso del imputado, se echó mano de la doctrina de la arbitrariedad, diciendo la Corte que esa tacha resultaba admisible, “sin abrir juicio sobre el fondo del asunto”. Causa O.300, XL, recurso de hecho, sent. del 26/6/2007, voto de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

# La defensa del estado de derecho puede ser muy onerosa

## ¿QUÉ PRECIO ESTÁ UD. DISPUESTO A PAGAR POR ELLA?

Alberto F. Garay

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Algunos antecedentes del caso. — III. Trazos gruesos para no penalistas. — IV. Soporte legal, constitucional y convencional vs. Soporte en una teoría que prescinde de la norma aplicable. — V. El dilema moral.

### I. Introducción

En trance de escribir esta nota, un buen amigo —conocedor de nuestro medio y de las ideas que siempre he defendido— me interrogó acerca de la conveniencia de hacerlo. El voto mayoritario de la sentencia de la Corte Suprema en el caso del ex agente “Muiña”, había suscitado un rechazo político considerable; en cuestión de horas y luego de una multitudinaria marcha popular sobre la casa de gobierno, liderada por partidos políticos y otras organizaciones, el Congreso Nacional sancionó una ley que aspira a que la Corte Suprema cambie ese resultado en causas análogas por venir. Todos estos grupos velarán las armas hasta un nuevo pronunciamiento y es de imaginar, dada su reconocida militancia, que persistirán en su intento de torcer la voluntad judicial si la mayoría se mantiene aferrada a los mismos principios. No hace falta ser un especialista para advertir que la presión que se está ejerciendo sobre los ministros del Alto Tribunal es enorme.

Además, me insistió, se trata de un tema en el cual antes de comenzar a hablar, uno debe curarse en salud, no vaya a ser que cualquier cosa que se diga contradiga la visión de esa “mayoría” y sea razón suficiente para que su autor pueda ser rápidamente etiquetado como genocida (o alguna aberración semejante).

Coincidió con él en su descripción de lo ocurrido en los últimos días a lo que puede agre-

garse que, en general, el debate periodístico y televisivo al que accedí se desarrolló muy emocionalmente, entre slogans y conclusiones que no aspiraban a describir, a ilustrar a la opinión pública sobre los puntos jurídicos en discusión y sus argumentos. Buscaron convencer, persuadir, acerca de la “barbaridad” que acababa de fallarse.

Mi buen amigo tenía argumentos de peso, sin duda. Políticamente, mi posición podrá incomodar o disgustar a muchos, evidentemente. No obstante, la corrección política, *per se*, en general, me incomoda. Ante la disyuntiva, prefiero vivir en paz con mi conciencia, aceptar la invitación formulada y compartir con los lectores lo que es mi visión del problema. Por razones de tiempo y espacio no podré hacerme cargo de todas las cuestiones involucradas. Sólo me referiré a algunas que he considerando de peso.

### II. Algunos antecedentes del caso

El caso bajo comentario, caratulado “Reynaldo Benito Antonio Bignone y otro”, llegó a la Corte Suprema en el año 2014. Sus antecedentes, brevemente expuestos, fueron los siguientes. Luis Muiña, ex agente de los servicios de inteligencia del estado durante la dictadura militar, fue detenido y se hallaba con prisión preventiva desde octubre de 2007. En el año 2009 fue condenado a la pena de trece años de prisión por ser considerado coautor penalmen-

te responsable del delito de privación ilegal de la libertad cometido por funcionario público con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, agravado por el uso de violencia o amenazas, en concurso ideal con el delito de imposición de tormentos en relación con las condiciones de cautiverio impuestas, en concurso real con el delito de imposición de tormentos por un funcionario público al preso que guarde, reiterados en cinco (5) oportunidades; hechos cometidos durante la última dictadura militar y que fueran calificadas como delitos de lesa humanidad. Todo ello había ocurrido entre los años 1976 y 1977. En realidad, cuando uno lee las imputaciones no puede menos que preguntarse por qué razón la pena es tan baja. Piénsese que se le imputa, aparte de secuestro y torturas, la participación en la desaparición de una persona.

En cuanto al cómputo de los trece años de condena, el tribunal inferior juzgó que como el imputado había estado con prisión preventiva más de dos años, debía ser beneficiado por el cómputo más favorable que había dispuesto una ley intermedia, la N° 23.490. La Cámara de Casación discrepó con ello y esta decisión motivó el recurso extraordinario aquí resuelto.

Es decir, en el caso no está en discusión el monto de la pena sino cómo se computan los años que ya estuvo privado de su libertad, con prisión preventiva.

### III. Trazos gruesos para no penalistas

#### III.1. Los textos

Algunos cosas que expresaré a continuación son demasiado obvias para los penalistas. Sin embargo, para quienes no lo somos, precisamos tenerlas especialmente presentes en un caso

como éste. Particularmente cuando ellas se vinculan tan estrechamente con la garantía de la defensa en juicio, la ley penal más benigna y con el principio de legalidad, admitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema como de rango constitucional y contemplado en el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Veamos.

Durante el transcurso del proceso, un imputado puede permanecer detenido o no. Si permanece bajo detención y más adelante es condenado, ese tiempo debe descontarse del monto de la pena. Es decir que, en principio, si el monto de la pena fue de 13 años y el condenado había estado en prisión 6 años, como ocurría en el presente caso, le restaban aún 7 años por cumplir.

Aquí entra en juego una norma específica:

*Artículo 3º - En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.*

¿Qué significado corresponde atribuirle a esta norma? El art. 3º establece el principio de la ley más benigna pero referido, específicamente, al cómputo de la prisión preventiva. Por lo tanto, para entender qué está en discusión en el presente debemos saber si entre 1976, año de inicio de los delitos que se le imputan y la fecha de la sentencia definitiva existió alguna ley que fuera más benigna con relación al cómputo de la prisión preventiva. Y aquí es donde la cuestión se complica.

En efecto, entre los años 1976 y 2013, más específicamente, en el año 1994, se había dictado la ley 24.390 la que por su art. 1º legislaba lo siguiente:

La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor.

El art. 7°, establecía el ya famoso 2 x 1:

Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

Esta ley (art. 8°) declaraba ser reglamentaria del art. 7°, inc. 5 de la CADH, que dice:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Como se colige de la lectura del texto convencional, el período de detención sin sentencia definitiva sólo puede extenderse por un tiempo “razonable”. Si ese tiempo es superado el imputado debe recobrar la libertad hasta que una sentencia decida definitivamente su situación.

Es evidente que de allí no surgía esto del 2 x 1 del art. 7° de la ley 24.390; él fue una elaboración autóctona de nuestros legisladores y “expertos” en la materia, quienes, en el mejor de los supuestos, creyeron plasmar en ese mecanismo un improbable incentivo: se pensó que así urgirían a los jueces para alcanzar el ideal convencional del juicio rápido, cuando la demora en dictar sentencia se originara en la burocracia judicial. Si ella obedecía a actividades manifestamente dilatorias de los defensores, el fiscal podría pedir que no se los beneficiara con el cómputo doble (art. 3°, ley 24.390).

Obviamente, como incentivo fue un fiasco, recibió la repulsa de la sociedad y fue finalmente derogado en 2001.

La única excepción que la ley 24.390 previó con relación a todas las conductas que castiga el Código Penal (CP), incluidas las que aquí se le endilgan a Muiña, fue para delitos de narcotráfico.

Cabe poner de relieve también que la persecución de los delitos de lesa humanidad cometidos en perjuicio de menores de edad nunca había sido afectada por las leyes de obediencia debida y punto final. El art. 2° de la ley 23.521 (de Obediencia Debida), expresamente excluía a los delitos de “violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles”. Es decir que este beneficio (art. 3°, CP) también podía beneficiar a los condenados por esos delitos pues tales conductas no habían sido excepcionadas. El legislador de 1994 no los excluyó de su alcance.

Por otro lado, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni alguna otra hacen excepción para casos en los que la recuperación de la libertad durante el proceso tenga relación con imputados de delitos de lesa humanidad. Y, como se sabe, en materia penal, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas del Derecho, está prohibida la analogía. Es más, a la luz de la regla de interpretación prevista en el inc. b) del art. 29 de la CADH, esa Conven-

ción no puede emplearse para limitar un derecho o libertad reconocida por la ley de alguno de los Estados parte, como podría ser el que emana del art. 7°, ley 23.490. En efecto, ese precepto dispone:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

### III.2. El 2 x 1 a favor de “Muiña”

Los artículos mencionados de la ley 24.390 estuvieron vigentes entre los años 1994 y 2001.

Volvamos ahora a Muiña. La sentencia definitiva del Tribunal oral se había pronunciado dentro de un plazo razonable, pues la prisión databa del año 2007 y la decisión recayó en el año 2009. Pero, contrariamente, la sentencia del tribunal de casación, confirmatoria de la decisión de la instancia anterior, demoró aproximadamente cuatro años en ser obtenida. Cuando el expediente volvió a primera instancia, en el año 2013, el tribunal consideró que Muiña debía ser beneficiado con el popularmente llamado 2 x 1, puesto que: (i) su prisión preventiva se había prolongado más allá de los dos años y; (ii) esa ley había estado vigente entre los hechos delictivos reclamados y la sentencia.

La Cámara de Casación discrepó con esa interpretación y denegó el cómputo más beneficioso.

### IV. Soporte legal, constitucional y convencional vs. Soporte en una teoría que prescinde de la norma aplicable

Según el voto conjunto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz (Considerando 14) y el de Rosatti (Considerando 9), desde el año 2007 al año 2013 Muiña había estado bajo prisión preventiva. Como entre la época de los hechos imputados y la sentencia (año 2013) había estado vigente la ley 24.390, el imputado debía beneficiarse con el cómputo doble del art. 7°. Es decir que cada día de detención, luego de los dos años de prisión preventiva, se computaría doble.

Como se puede apreciar de la breve descripción anterior, la posición de los tres Ministros de la mayoría halla sustento en la letra expresa de diversas normas jurídicas que se referían, específicamente, al punto que suscitaba la discrepancia. En concreto, el art. 3° del CP, los arts. 1 y 7° de la ley 23.490 y los arts. 7, inc. 5 y 29, inc. b) de la CADH.

Las conductas aquí recriminadas penalmente no habían merecido excepción en el Código Penal, en la ley 24.390 ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que se refiere expresamente a la extensión de la prisión preventiva) o cualquier otro instrumento internacional.

Además y con particular énfasis en materia criminal, crear judicialmente una excepción para excluir de ese beneficio a autores de delitos de lesa humanidad no es algo que puedan hacer los jueces. En tanto no se violente el art. 18 de la Constitución Nacional (CN) ni los arts. 9° de la CADH y 15 del PIDCP, era y es tarea del legislador nacional (arts. 18 y 75, inc. 12 de la CN) o de la voluntad convencional interamericana o internacional.

Las dos disidencias no cuentan con un soporte normativo semejante. Su posición, está en las antípodas de las garantías constitucionales y legales del proceso penal, persiguen la construcción de una excepción para este caso y casos como éste, representan la atribución del rol del legislador por parte del poder judicial y se basa en una evanescente construcción teórica, de fuerte contenido emotivo.

En la disidencia de Lorenzetti (Considerando 12), se lee que “el derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa (cfr. doctrina de Fallos: 321: 824, disidencia del juez Petracchi, considerandos II y sgtes., a los que se remite en Fallos: 329:1053). Sólo en ese caso tiene, el imputado por la comisión de un delito, un derecho federal a la aplicación de la ley posterior más benigna”.

No obstante, como sostuve anteriormente, esta concepción —basada en una disidencia de Petracchi— adolece de dos obstáculos insalvables, a saber. Los hechos del caso en el cual Petracchi manifestó tal cosa, se vinculaban con conductas que no guardan ninguna analogía con las del presente. En efecto, allí se debía resolver “si ante una ley penal en blanco, las mutaciones de las normas permanentes que la complementan ponen también en funcionamiento el derecho del imputado a beneficiarse por la nueva configuración normativa”. Como se puede observar, poco tienen que ver las mutaciones de circulares del Banco Central relacionadas con una ley penal en blanco con el cómputo de la prisión preventiva. Aquí no estamos frente a una ley penal en blanco ni ante circulares del Banco Central que las completan.

La segunda razón es la siguiente. En este considerando y en los siguientes, la disidencia pareciera haber quedado fijada en el art. 2° del CP, como si se estuviera discutiendo la modificación de la conducta punible o el monto de la pena. Igual fenómeno se advierte en la disidencia de Maqueda. Pero, en realidad, lo que está en juego en el presente es el cómputo de la prisión preventiva, según lo que prevé expresamente el art. 3° del CP y la ley 24.390.

Más adelante, el disidente agregó que “tampoco puede surgir esa benignidad de un análisis de consistencia, ya que la finalidad de la norma no fue establecer beneficios en términos de ley penal, sino limitar temporalmente los encierros preventivos a fin de contenerlos dentro de los plazos razonables y, por lo tanto, el valor que la inspiró, ha sido la razonabilidad del plazo de duración de la medida de coerción personal conocida como prisión preventiva”.

Allí se habla del “fin de la norma”, pero no se aclara a qué formulación normativa se alude. Si se está refiriendo al art. 7° de la ley 24.390, es evidente que su interpretación no se concilia con el texto. Pues en la ley ese fin se abrazó con tal vehemencia que, por un lado, se propuso un tiempo de prisión preventiva (como bien se afirma), que podía extenderse sólo una vez y por un breve lapso. Pero la norma también previó que no se cumpliera con ese máximo de encierro provisional. Para ese supuesto, cada día debía computarse doble, como si se tratara de una “compensación” a favor del reo por la infracción al plazo máximo de prisión provisional dispuesto en ese precepto, incurrida por el Poder Judicial.

En definitiva, existen dos grandes diferencias entre los votos de la mayoría y los de las disidencias.

La primera división radica en el soporte normativo. Los primeros se apoyan en reglas que expresamente se refieren al punto discutido, sean ellas constitucionales, convencionales o legales. La justicia del caso reside en aplicar la ley, según las defensas y argumentos expresados por las partes. Si la ley establece ciertas garantías y beneficios, ellos deben ser reconocidos. Los segundos, lo hacen sobre razones o teorías que no se vinculan de manera

directa con el conflicto a dilucidar, es decir, no se apoyan sobre reglas jurídicas que regulen el fenómeno bajo estudio, más allá de que esas razones tienen relación con los delitos de lesa humanidad. Su estilo argumental está caracterizado por un afán de perfeccionar la ley y los Tratados internacionales y tener por escrita la excepción que esos instrumentos no contienen, para arribar a un resultado que limita las garantías constitucionales y legales y que ellos consideran justo.

La segunda diferencia estriba en los límites que unos y otros se imponen. Los primeros consideran que tallar una excepción al cómputo de la prisión preventiva en el presente caso no es factible. Para ellos no hay dudas acerca de que la situación está regida por los preceptos citados, como también lo había considerado el tribunal de primera instancia. Y a todo evento, en materia penal, en caso de duda debe fallarse a favor del reo. Crear la excepción elaborada en la Cámara de Casación importa arrogarse la función del legislador. Los disidentes, en cambio, no se plantean este límite. A pesar de no hallar soporte normativo directo, juzgan que los delitos de lesa humanidad como los endilgados no pueden beneficiarse del cómputo doble de la prisión preventiva.

### V. El dilema moral

Este tipo de casos, que involucra tantas cosas, siempre plantea un dilema moral, como recuerda el voto de Rosatti y como con seguridad todos han vivenciado. Debe ser muy difícil estar frente a las pruebas de las atrocidades cometidas por Muiña y, a pesar de ello, procurar mantener distancia con los horrores reprochados y analizar el derecho aplicable, con apego a las garantías del imputado (1). Esto debe ser muy complicado, íntimamente, cuando él ha sido autor de actos repugnantes. Pero me parece que es en situaciones así, donde el juzgador pone a prueba qué tanto lo “obliga” efectivamente la Constitución Nacional, los Tratados e instrumentos internacionales y la ley. En realidad, un juez falla obligado por el orden jurídico, cuando a pesar de no coincidir con lo que éste dispone o con el resultado a que la subsunción del caso conduce, dicta sentencia de conformidad a sus preceptos. Él no está para imponer su código moral.

Hace veinticinco años, tres jueces de la Corte Suprema norteamericana sintieron un dilema de esta naturaleza y expresaron su sentimiento íntimo con gran patencia. Corría el año 1992 y la Corte Suprema de los Estados Unidos debía resolver la vitalidad de lo resuelto en el caso “Roe v. Wade” (2). Como se sabe, la discusión política abierta a partir de ese fallo fue muy intensa. La opinión pública comenzó a movilizarse y se sucedieron innumerables marchas a favor y en contra de esa decisión judicial y de su fuerza vinculante para casos análogos. Dichas marchas llegaron en varias oportunidades a las escalinatas de entrada del edificio que ocupa la Corte Suprema en Washington, D.C., mientras en su interior los representantes de las partes alegaban oralmente sobre la constitucionalidad de diversas leyes estatales que restringían o condicionaban la posibilidad de efectuar un aborto. También se organizaban manifestaciones frente a las clínicas donde se practicaban abortos donde se atacaba los edificios o a las mujeres que concurrían. En una de esas marchas, ocurrida en Amherst, New York, se llegó a arrestar a 194 personas por los disturbios generados. Se propusieron Enmiendas a la Constitución federal para dejar ese tema en manos de los gobiernos estatales y leyes federales para incriminar el aborto (3). Estando pendiente de decisión el caso “Planned Parenthood v. Casey” (4) el Gobierno de Reagan se había manifestado abiertamente a favor del abandono del precedente “Roe v. Wade” y la mayoría de los jueces de la Corte Suprema habían sido designada por gobiernos republicanos. Existía una gran expectativa y confianza en que, ahora sí, se abandonarían ese precedente. Las presiones que se ejercían sobre el tribunal eran enormes.

### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Insisto en algo que expresé *supra* en el capítulo II, ¿no le llama la atención al lector que la pena, 11 años, sea tan baja en función de los delitos reprochados? Para mí, ése es el gran déficit de la sentencia precedente.

(2) 410 U.S. 113 (1973).

(3) Sobre estas referencias, véase GARAY, Alberto F., “La independencia intelectual y funcional de tres jueces de la Corte Suprema Norteamericana”, en ED, 159:887.

(4) 505 U.S. 833 (1992).

La sorpresa la dieron tres jueces, O'Connor, Kennedy (ambos católicos practicantes) y Souter, quienes votando en contra de la opinión pública, repitieron en dos oportunidades:

*Algunos de nosotros, como individuos, encontramos el aborto ofensivo a nuestros más básicos principios morales, pero ello no puede controlar nuestra decisión. Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral.*

En el mismo fallo, el juez Blackmun, dijo respecto de ese voto:

*Que no haya errores, la opinión conjunta de los jueces O'Connor, Kennedy y Souter es un acto per-*

#### { NOTAS }

(5) Fallos: 330: 3248 (2007).

*sonal de coraje y de principio constitucional... Lo que ha ocurrido hoy debería de servir como modelo para futuros jueces y como advertencia a todos aquellos que han intentado convertir a esta Corte en una rama política más.*

Entre nosotros, ecos semejantes de independencia y debate moral se leen en el voto de la jueza Argibay, en su disidencia expresada en el caso “Mazzeo” (5). En ese caso la mayoría decidía pasar por alto el principio de la cosa juzgada y confirmar la reapertura de la causa del general Riveros, integrante de la dictadura militar que la había perseguido a ella, incluyéndola en una lista de “indeseables” y cesanteándola de su cargo de juez. Dijo (Considerandos 6 y 7):

*Es que ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial*

*firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado (ver Fallos: 308:1150, considerando 4º; 319: 2527, 2532) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (ver Fallos: 315: 2406, considerando 7º) que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos.*

[...]

*Así pues, por mucho que personalmente me disgusten las consecuencias de aquella decisión ju-*

*dicial, en cuanto desvincula a Riveros de la causa aun cuando continúe la investigación, el principio de la cosa juzgada debe prevalecer en salvaguarda del Estado de Derecho basado en nuestra Constitución Nacional. De esta manera se reafirman las pautas de la vida democrática y republicana. Que la distinguen neta y definitivamente de quienes la conculcaron, y es la mejor manera de defender las instituciones contra las incursiones violentas como las que padecemos.*

Personalmente creo que no habría podido expresar mis convicciones de mejor manera. El Estado de Derecho, a veces, tiene un costo alto que hay que pagarlo si se quiere seguir viviendo en él. ●

Cita on line: AR/DOC/1341/2017

# ¿Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna?

## EL CASO “BIGNONE” Y EL “TEST DE LA MIRADA”

Roberto Gargarella

**SUMARIO:** I. Breve introducción sobre “la política del caso”. — II. Variaciones sobre la ley más benigna. Algunos ejemplos. — III. El “test de la mirada”. — IV. Aclaraciones finales.

### I. Breve introducción sobre “la política del caso”

Quisiera reflexionar sobre el fallo “Bignone” (1), observándolo desde un solo punto (que es de algún modo el “Aleph” del caso), cual es la idea de “ley más benigna”. Entiendo que si desentrañamos ese concepto, y cómo interpretarlo, podemos pensar, entender y criticar mejor el caso en cuestión, así como pensar mejor sobre casos futuros que aparezcan, alegando dicho criterio.

De todos modos, y antes de internarme en dicho análisis, quisiera dejar en claro un único comentario adicional, en referencia a lo que podría llamar “la política del caso”. Me resulta difícil de comprender y aceptar la agenda de casos que viene construyendo la Corte, en su nueva composición. Es claro que esta Corte, como cualquier otra, escoge y decide sobre los casos que quiere tratar, en el momento en que quiere hacerlo, y del modo en que quiere hacerlo. Entiendo que, en la materia del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, en nuestro país se habían cometido algunas injusticias procesales indebidas —algunas de ellas ya atendidas, sin mayor polémica en su torno, por esta misma Corte, como la negación de la prisión domiciliaria a condenados por crímenes de lesa humanidad. Tenía sentido, si se quiere, en esta nueva etapa política, enviar la señal de que iba a evitarse todo riesgo de una “justicia sesgada” o “de un solo ojo”. Tenía sentido, si se quiere, señalar que aun los conciudadanos que habían cometido las peores atrocidades iban a ser tratados con el máximo cuidado y respeto. Sin embargo, el hecho es que cuando uno mira hacia atrás y piensa sobre los primeros meses de la Corte, en su nueva composición, se encuentra ya con toda una serie de fallos (que incluyen, por ejemplo, y junto a “Bignone”, a otros como “Villamil”, “Fontevecchia”, o “Alespeitti”) que insisten sobre la necesidad de reparar ciertas aparentes injusticias en materia de derechos humanos y juzgamiento del pasado, a la vez que descuidan la catarata de injusticias sociales que acucian a

nuestros conciudadanos, muchas de las cuales ya han golpeado las puertas de la Corte. Siempre, pero muy en particular en contextos de grave injusticia social, y luego de un largo período de violación de derechos, se impone que la Corte asuma un papel más presente en la cuidadosa reconstrucción del tejido de libertad e igualdad constitucional hoy destruido. Dicha reconstrucción requiere, sobre todo, de un extremo esfuerzo por volver a colocar a toda la ciudadanía en un mismo piso de igualdad. Ello exige, de parte de los tres poderes principales del Estado, una tarea cooperativa, especialmente destinada a rescatar a la mayoría de nuestros conciudadanos —millones de ellos— de la situación de miseria y dolor que padecen.

### II. Variaciones sobre la ley más benigna. Algunos ejemplos

Hecha la aclaratoria anterior, paso a continuación a concentrarme en el análisis de la noción de “ley más benigna” —la que, según asumo, representa la “clave” que hace el juego mayor en este caso. El punto de partida de mi examen será, como lo es en el fallo, el estudio del art. 2º del Cód. Penal. Dicho artículo reza lo siguiente: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

En mi opinión, lo que el artículo determina está bien, y forma parte de un modo razonable, liberal y garantista de pensar las normas penales: queremos tratar a todos con igual consideración y respeto; y en tal sentido nos comprometemos a usar la norma que hemos acordado, y que dispense el mejor trato al condenado, si es que tenemos varias disponibles, aplicables al caso, y en aparente tensión entre sí. Asumimos este compromiso aún —y en especial— en relación con los miembros más reprochables de nuestra comunidad —los que peor se han portado con nosotros. Estos rasgos liberales e igualitarios de nuestro derecho penal (del derecho penal moderno, agregaría) serán asumidos aquí como perfectamente aceptables, y propios de una sociedad decente.

Ocurre, sin embargo, y como veremos, que lo que el artículo señala es controvertible, apenas lo miramos con detalle, o tratamos de especificar su sentido frente a situaciones concretas.

Por ello, y en lo que sigue, voy a pensar en las posibles implicaciones de esa exigencia, a la luz de una diversidad de casos concretos. El desafío es el de mantener siempre firmes —a pesar de que los casos varíen— el sentido y la lógica justa, liberal e igualitaria que expresa el artículo. Voy a llevar adelante mi estudio a través del uso de varios casos diferentes (consumo de estupefacientes, tráfico de estupefacientes, asesinato político), sólo con el objeto de tornar más visibles las intuiciones en juego, y no con el objeto de “sesgar” la atención o análisis de nadie (por ello, quien lo prefiera, puede pensar todas las situaciones en torno a un mismo caso, por ejemplo, el del tráfico de estupefacientes).

*Un caso fácil.* Ante todo, es un imperativo obvio del derecho penal liberal que no se me reproche por una conducta que mi comunidad no penaba cuando la realicé: si no se reprochaba/penaba una conducta, yo no tenía razones para pensar que cometía una falta, o tenía la certeza de que no lo era (pongamos que consumí marihuana cuando se consideraba el acto como propio de la esfera de la moral privada “privada”, y pongamos que ya no se lo consideraba así). Me protegen, por lo demás, el art. 18 de la CN y el Pacto de San José de Costa Rica: no me pueden condenar por leyes que no estaban vigentes al momento del proceso.

*El caso arquetípico de más benigna.* Del mismo modo, y aquí está la virtud de la ley más benigna, las comunidades liberales se comprometen a no sancionar a alguien por una falta que cometió, si esa misma comunidad ya no considera falta grave la conducta en cuestión (pongamos, me detuvieron por consumir marihuana cuando la conducta era considerada delito, pero hoy la comunidad piensa que se equivocó, y que en verdad se trata de una conducta que no merece reproche alguno). Y no importa si este cambio se produjo apenas cometí el delito, en el momento del fallo, o en cualquier tiempo intermedio: ¿cómo mi comunidad me va a condenar por algo que ya no considera grave? Todo esto forma parte de lo razonable, y cualquier persona con básicas intuiciones liberales en materia penal puede entender lo dicho.

*Refuerzo de la noción de ley más benigna.* El art. 2º dice además que “si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley”. Este agregado fortalece y expande el compromiso liberal anterior: más garantías liberales para el ciudadano. Esto es, si ya hubo sentencia, y hoy estoy preso porque fui condenado por una conducta que ahora no se considera tan grave, no importa: me beneficio igual con la ley más be-

gnina que acaba de ser aprobada. Y es que me estarían tratando peor que a todos, si a todos los que han realizado conductas como la mía los benefician o no lo reprochan, pero a mí (que tuve la desgracia de realizar la conducta, digamos fumar marihuana, ayer, cuando se veía la misma como una falta grave) sí. Todo sigue formando parte de lo razonable —lo sensato, que, por lo demás, puede ser comprendido por cualquiera, en una comunidad que quiere tratar respetuosamente a sus miembros y que reconoce que puede equivocarse y verse obligada a repensar sus decisiones.

*El complicado caso del “tiempo intermedio”.* Pasamos ahora a un caso más complicado. Yo, en el tiempo 1 (t1), realizo una conducta a sabiendas de que es reprochada por mi comunidad, en el momento en que la cometo (i.e., me involucro en el tráfico de estupefacientes, cuando una ley me lo prohíbe). Al año, t2, esa conducta se desincredita. Sin embargo, a los dos años, t3, la comunidad advierte que se equivocó, y vuelve al “primer casillero”. Esto es decir, otra vez considera la conducta en cuestión (el tráfico de estupefacientes), como conducta reprochable. Y es que advertimos que con la desincredita agravábamos el problema que queríamos resolver. Si yo, que estaba preso por la conducta cometida en t1, me encuentro en t2 con una ley que me beneficia y pido ser liberado o no reprochado o tratado mejor, conforme a lo que dispone la ley hoy vigente, tengo razón en mi reclamo: quiero ser tratado como un igual, en relación con todos los que cometen conductas similares a la que cometí yo un tiempo atrás (y, por supuesto, todos los que, como yo, en t1, cometieron mi misma falta, tienen hoy, en t2, el mismo derecho que yo, a pedir un trato más benigno). Si, pongamos, el procedimiento conducente a mi liberación se demora, y el Estado, frente al escándalo que produce su nueva legislación benigna decide retroceder, y volver a criminalizar aquella conducta que había desincredita, yo estoy a salvo: hice un reclamo justo, en el momento justo, y no importa si ahora el Estado vuelve a cambiar de opinión. Estamos aquí en el terreno más complejo del “tiempo intermedio” al que se refiere el art. 2º del Cód. Penal. El caso es más difícil que los anteriores, pero los principios se mantienen: queremos tratar de modo justo y como iguales, a todos, y no hay razón para que me denieguen el derecho que tengo, a ampararme en una ley que me favorece. Si el Estado, mañana (asustado por las consecuencias de su acto benigno) se desdice y da marcha atrás, yo no soy responsable: tomé su compromiso de buena fe, y de buena fe pedí atenerme a la nueva regla que regía mi conducta.

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Fallo “Bignone” —CS / CFPP — Aplicabilidad de la ley 24.390 (2 x 1) a los delitos de lesa humanidad

*El caso inaceptable.* Ahora paso a un caso diferente, para mí ya propio de la irracionalidad o el sinsentido técnico tan típico en lo que llamaría un “derecho penal alienado”, fuera de sentido. El ejemplo podría ser éste: Cometo una falta en el año 2000, a sabiendas de que se trata de una conducta reprochada y considerada muy grave por mi comunidad: pongamos que mato a un dirigente político. Esa falta recibe entre 8 y 25 años de cárcel. En el 2001 (pongamos que llega al poder un gobierno radicalizado, marcado por la irracionalidad —llamémoslo el “gobierno desvariado”) se reescribe el Código Penal, y las penas para crímenes políticos se reducen en un 50 por ciento: se trata de un gobierno de transición que no ve mal la posibilidad de convivir la violencia política. En el 2002, sin embargo, el gobierno cambia, mi comunidad vuelve a pensar sobre el tema, se rectifica y reconoce que con la reducción de penas tomó una medida errónea: decimos “la violencia política es gravísima, y merece ser reprochada tan gravemente como siempre lo hicimos”. Mientras tanto, yo sigo prófugo, o peor, por razones que hoy todos consideramos injustas o inaceptables, el gobierno presente en el 2002 no me buscó siquiera. Sin embargo, con el cambio de gobierno y la nueva reflexión colectiva en la materia, vuelven a buscarme, me encuentran en el 2003, advierten que soy culpable de un crimen, y me condenan en el 2004. ¿Qué razón puedo alegar yo, frente a mis conciudadanos, para que no me apliquen las penas vigentes en el 2000 (cuando cometí el crimen); ni las vigentes en el 2002, cuando fue electo el actual gobierno: ni las vigentes en el 2003, que es cuando me encuentran; ni las vigentes en el 2004, que es cuando me condenan; sino las del 2001, que es cuando estaba prófugo, o simplemente no había sido detenido? Se trata de una ley que no está vigente hoy, por lo que todos los condenados actuales están recibiendo penas más severas. Se trata de una ley que no estaba vigente cuando cometí el delito, lo cual (quiero decir, si hubiera estado entonces vigente) me hubiera permitido pensar, sensatamente, que mi falta no era tan grave (esto podría haber ocurrido, si hubiera matado a un dirigente político durante el breve gobierno del “gobierno desvariado,” que por breve tiempo quiso naturalizar la violencia política —cosa que hoy todos consideramos un escándalo). Tampoco se trata de una ley que ganó vigencia cuando yo quedé detenido, lo cual me hubiera permitido reclamar, con razón, que a todos los que habían cometido la misma falta que yo, los estaban tratando mejor que a mí.

### III. El “test de la mirada”

La situación descrita en el último caso —“el caso inaceptable”— nos permite volver al “hueso” de la presentación que aquí hago —permite que volvamos a centrarnos en lo importante. Lo importante es reflexionar sobre el derecho sin soltar nunca la cuerda que nos vincula con las preguntas críticas: ¿Para qué el derecho? ¿Cuál es el sentido de esta norma? ¿Qué perseguimos al abrazar tal principio? ¿De qué modo esto la decisión que tomamos o el reclamo que hacemos se relaciona con los compromisos básicos de los que partimos (igual consideración y respeto, igualdad, etc.)?

Volvamos entonces al caso del culpable de nuestro caso sobre crímenes políticos. Uno podría preguntarse: ¿con qué cara es que el asesino político que tenemos frente a nosotros podría pedirles a sus conciudadanos que le apliquen la norma que estuvo vigente sólo el año que él estaba prófugo, o injustamente protegido por el Estado, o en libertad por la astucia o desidia de quien sea? ¿Con qué cara podría dirigirse a sus conciudadanos para pedirles un “trato justo,” si hoy todos reconocen que la norma que él alega era una norma inaceptable; si no era la norma que él podía tener

en mente cuando cometió el crimen; si tampoco era la norma vigente cuando él estaba detenido o condenado (y que le hubiera permitido reclamar razonablemente un mejor trato)?

Hace poco tiempo se publicó un libro importante, en donde que el gran teórico del derecho penal Antony Duff —quien escribe junto con Sandra Marshall— tiene un interesante artículo con el sugerente título “Civic Punishment”. (2) Allí, Duff aboga por un derecho penal alineado con una concepción deliberativa y participativa de la democracia (algo que debe subrayarse frente a quienes siguen pensando el derecho penal de modo aislado de la Constitución y la vida democrática). Duff suscribe y extiende al derecho penal, además, un *test* propuesto por otro buen colega, Philip Pettit, al que llama(n) “eyeball test” —yo lo traduciría como el test del “mirarnos a los ojos” o, simplemente, “el test de la mirada” (3). Pettit defiende una filosofía política republicana, que tiene como objetivo que cada uno pueda mirar a los ojos de los demás sin temor ni deferencia, en conciencia de su común estatus como ciudadanos iguales. Como Duff, yo extendería el test de Pettit al derecho penal, pero del modo siguiente. En casos como el examinado preguntaría: ¿puede el imputado superar este “test de la mirada” (recargado) y, mirándonos a los ojos, alegar que tiene derecho a una pena menor, porque en el tiempo en que estaba prófugo o protegido indebidamente por el Estado rigió una ley que hubiera podido beneficiarlo, aunque no era la ley vigente en el momento de su crimen, ni es la que rige hoy, ni es la que rigió mientras estuvo preso, ni la que estuvo en vigor mientras fue procesado? ¿En qué sentido esa persona puede mirarnos a los ojos y decir que si no reconocemos su reclamo lo estamos tratando mal? Dicho de otro modo: ¿por qué razones nosotros deberíamos avergonzarnos, y pensar que estamos haciendo un uso indebido de la fuerza, o de las normas que dictamos, al condenarlo como lo hacemos? ¿Por qué deberíamos pensar que estamos abusando del acusado; o pensar que estamos siendo injustos con él; o pensar que no lo estamos tratando como un igual?

Para volver a nuestro caso, un uso liberal, racional, sensato y decente del derecho penal impide tomar en cuenta un reclamo de ley más benigna como el que se estudia en el fallo “Bignone”, que beneficia a Muiña. Muiña no tiene derecho a mirarnos a los ojos para decir que no lo tratamos como un igual si lo condenamos por las normas que él debió saber que incumplía, cuando participó en crímenes; o por las que regían durante el tiempo en que fue procesado o condenado. No tiene leyes más benignas que alegar, ni puede decir que sufrió una prisión preventiva excesiva, porque en algún tiempo anterior al tiempo en que fuera detenido, procesado y condenado, otra gente sí sufrió una prisión preventiva indebidamente prolongada, y que fue considerada en su momento contraria a derecho. Eso pasó en algunos casos, que no fueron como el suyo, a partir de una ley que dejamos atrás por considerarla fundamentalmente irrazonable. No hay ningún trato desigual aquí. Hacemos el mejor esfuerzo por tratar a todos con igual consideración y respeto, como ciudadanos iguales.

Para que nadie malinterprete lo que digo: no estoy afirmando aquí que dejemos el derecho de lado, para pasar a reflexionar en torno al derecho penal conforme a la “mirada” que nos ofrezcan las personas, o zonceras semejantes. Lo que quiero decir es más bien lo contrario, esto es, que en lugar de seguir asociando al derecho penal con lecturas absurdas, cualquistas, discrecionales pero disfrazadas de técnicas, hagamos un intento por recuperar el mismo, asociado a las preguntas fundamentales: ¿Cuál es el sentido de esta norma? ¿Cómo

se la puede justificar en una sociedad de iguales?, etc.

El “test de la mirada” es interesante porque —no alegado en el vacío sino, insisto, a la luz del derecho que hemos ido creando— nos permite re-situar el derecho penal en los carriles de un liberalismo sensato, racional y razonable, decente, y sacarlo del lugar en el que han ayudado a colocarlo muchos penalistas. Debemos terminar con el derecho penal de los oportunistas o cínicos. Ese derecho penal cínico u oportunista, es el promovido, en particular, por muchos practicantes especialistas que necesitan que el derecho penal no sea sensato y asequible a todos, sino una maraña de confusiones técnicas que nadie reconoce bien, y que permiten que en el “río revuelto” ganen los abogados mejor conectados —los que tienen vínculos con funcionarios judiciales capaces de inventar lecturas por completo irrazonables del derecho. Una comunidad decente, democrática, debe hacer enormes esfuerzos por sacar urgentemente al derecho de ahí. El derecho en general, y el derecho penal en particular, no debe ser secuestrado por supuestos técnicos (plenos de “saber técnico” inalcanzable para los mortales), ni quedar encapsulado en manos de aprovechadores.

### IV. Aclaraciones finales

Antes de concluir este trabajo, me permito realizar brevemente dos aclaraciones que pueden resultar pertinentes.

¿Y el principio de igualdad? La primera aclaración se refiere a los vínculos entre la propuesta que avanzo, en relación con casos como “Bignone” y la interpretación del principio de ley más benigna, y el principio de igualdad. Alguien podría preguntarme: ¿no es que con los criterios propuestos violamos el principio de igualdad? Imaginemos que dos criminales A y B, cometen su crimen en t1, en t2 llega la ley más benigna de parte del “gobierno desvariado”, y en t3 la sociedad vuelve a ser gobernada por un elenco sensato, que deroga la ley en cuestión, y retrotrae la situación a la vigente en t1. Imaginemos que uno de los dos criminales B es detenido y sancionado conforme a la (más leve) pena para los crímenes políticos, y A es detenido luego, cuando el crimen político se vuelve a sancionar con intensidad. A, según mi ejemplo, no podía mirarnos a los ojos para reclamar que le apliquen la ley vigente cuando él estaba escondido. Sin embargo, es cierto que él podría enfrentarnos para decir que estamos violando su derecho a ser tratado como un igual, porque dos personas que cometieron el mismo delito al mismo tiempo están por ser sujetos a un tratamiento dispar (4).

Al respecto, y lidiando brevemente con un tema complejo, diría varias cosas, más allá del hecho de que, en nuestro ejemplo, resulte un problema que un individuo invoque a su favor la norma que estaba vigente en el momento en que se escabullía de la justicia (norma que, por lo demás, no estaba vigente ni cuando cometió el crimen, ni cuando fue procesado y condenado por ello). En primer lugar, el derecho propio de una sociedad estable y democrática siempre va a dar lugar a situaciones contraintuitivas, en donde el mismo crimen puede recibir, en distinto tiempo, un tratamiento diferente. Tal vez Juan hubiera sido condenado a muerte en una determinada época, por determinado crimen militar, y Pedro, nuestro contemporáneo, no lo sería nunca aunque cometiera el mismo crimen que cometió Juan en el pasado lejano. O tal vez Mario, que cometió un crimen político similar a Francisco, el día después de que se promulgó una ley de amnistía para los crímenes políticos, por la que se liberó a Francisco, se queje porque, por razón de un día, el mismo crimen es tratado de modo completamente diferente.

En segundo lugar, y para volver al caso de los que cometen el mismo crimen, en el mismo tiempo, podríamos decir que el principio de la ley más benigna, como el principio de igual-

dad, o como el principio *pro persona*, o tantos otros, son principios fundamentales del derecho, pero ninguno es el único o el dominante siempre. Se trata de principios que pueden entrar en tensión entre sí, y que merecemos acomodar del mejor modo que podamos. Entonces, cuando —en nuestro caso— A nos diga (“mirándonos a los ojos”) que estamos violando su derecho a ser tratado con tanta benignidad como tratamos a B (quien recibiera pena reducida en razón de la “ley desvariada”), nosotros tendremos también muchas importantes para decirle. Podemos decirle que, así como creíamos, cuando él cometió su crimen, que su falta merecía un reproche severo, así lo creemos hoy, cuando lo tenemos frente a nosotros y lo condenamos. Podemos decirle que hay otros principios fundamentales en juego, que nos obligan a prestarle atención a las víctimas de su crimen, y al conjunto mismo de la sociedad. Podemos decirle que el Código Penal no gira exclusivamente en torno al art. 2º, ni que todas las faltas que se cometen merecen ser pensadas exclusivamente desde el Código Penal: necesitamos mirar la Constitución, y las distintas reglas y principios que la conforman. Y en particular, y en relación con el principio de igualdad que él invoca, podemos decirle que necesitamos refinar de qué idea de igualdad estamos hablando, y de qué idea de igualdad en relación con quién es que estamos pensando. Si, como dijera Ronald Dworkin, asumimos que “el derecho debe hablar con una sola voz”, entonces, nos importa que lo que el derecho diga a A sea consistente con lo que le dice a B, pero también que sea consistente con lo que le decimos a todos los demás criminales que hoy cometen una falta tan grave como la que A, a sabiendas, cometió en su momento.

*El problema del “delito continuo”.* Aludo ahora a un último matiz importante sobre la cuestión. Algunos penalistas defensores de los derechos humanos se sienten en problemas, en razón de una de las tantas ficciones que echaron a andar —desde mi punto de vista incorrectamente— en todos estos años de tratamiento de los juicios de lesa humanidad. Nos dijeron en su momento, por ejemplo: “se trata de crímenes distintos que merecen un tratamiento distinto, porque horrorizan a la conciencia de la humanidad” (como si una violación o abuso de menores no provocaran lo mismo). Nos dijeron también: “se trata de crímenes que pueden ser considerados tales, y condenados aún sin ley previa, porque afectaban al *derecho de gentes*”, aludiendo de ese modo a un derecho que no está escrito en ningún lado, y que nadie sabe bien de qué se trata, salvo quien lo va aplicando. Nos dijeron además: “se trata de crímenes ‘permanentes’ que se siguen cometiendo cada día que pasa”, como modo de justificar la imprescriptibilidad que se reconoce para todos los demás casos; etc. Muchas de tales ficciones deben ser justificadas de modo diferente y mucho más sólido —es necesario, y es posible hacerlo, en muchos casos (necesitamos dejar de engañarnos mutuamente; dejar de camuflar con argumentos técnicos preferencias políticas). Otras alegaciones, en particular —que se trata de un “delito permanente”— le generan problemas a algunos, en casos como el que tenemos aquí bajo examen. Ello, porque si Muiña “seguía cometiendo el crimen” durante los años de la pena más benigna (el 2 x 1), él podría decir que tenía la expectativa de ser tratado de modo más benigno, conforme a aquella ley (la 24.390). Por ello la ansiedad de algunos colegas que trabajaron con esmero con la cuestión, y en el fortalecimiento de aquellas ficciones, pero que hoy ven que el recurso que inventaron les genera resultados contrarios a los que prefieren. Es importante, por eso, y tan pronto como podamos, ir “parando” a nuestro derecho penal —en particular aquel vinculado con la protección de los derechos humanos— en un lugar diferente y más sólido. Un derecho penal decente, igualitario y democrático es asequible: debe ser posible. ●

### { NOTAS }

(2) “Democratic Theory and Mass Incarceration”, Oxford U.P., 2016, ed. por A. Dzur *et al.*

(3) Ver por ejemplo su libro “Just Freedom”, Norton

ed., 98-100.

(4) Agradezco esta observación a Patricio Nazareno.

# Caso “Muiña”: ¿Es verdad que la “ley” obligaba a la mayoría a resolver como lo hizo?

Hernán V. Gullco

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema en los delitos de lesa humanidad. — III. Doctrinas que surgen de los fallos reseñados. — IV. La aplicación de estos principios al caso “Muiña”. — V. Conclusión.

## I. Introducción

El 3 de mayo de este año la Corte Suprema resolvió, por mayoría (1), que las disposiciones de la derogada ley 24.390, que establecían el beneficio del llamado “2 x 1” (2), debían ser aplicadas en razón de ser la “ley posterior al hecho más benigna” en favor de Luis Muiña, quien había sido condenado por delitos de lesa humanidad, ocurridos durante la última dictadura militar.

El argumento central de la mayoría, integrado por los votos de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, y por el voto del juez Rosatti, se fundó en que la negativa a aplicar los beneficios de la ley citada a un condenado por delitos de lesa humanidad sería violatoria de los principios de legalidad y de división de Poderes.

Así, en el primero de los votos mencionados se sostuvo, entre otras consideraciones, que “la primera fuente de interpretación de la leyes es su letra, (especialmente cuando aquella concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente) y que los términos empleados en ella no deben entenderse como superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos usados (Fallos: 315:1256; 318:950 y 324: 2780). Asimismo, cuando la ley no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla (Fallos: 313:1007). En virtud de estas exigencias interpretativas, no puede considerarse adecuado el argumento del tribunal apelado según el cual la aplicación de una ley más benigna solicitada por el recurrente requiere un cambio en la valoración que la comunidad efectúa respecto de la conducta imputada, cambio que no se habría dado con la sanción de la ley 24.390. En primer lugar, en un estado democrático los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido. La ley 24.390 significó un cambio de valoración respecto de las consecuencias de la duración excesiva de la prisión preventiva. Por lo tanto el argumento del tribunal apelado no puede ser admitido. A todo evento, el razonamiento del a qua resulta inaceptable porque contradice el claro texto del art. 2º del Código Penal (CP). Además, viola el principio de legalidad, en tanto el texto de dicho artículo no condiciona su aplicación en el presente caso a circunstancia alguna. Más aún, el uso del adverbio ‘siempre’ en el texto del art. 2º del CP, da cuenta de la clara decisión del legislador

respecto de la aplicabilidad universal del principio de la ley más benigna a todos los casos que no estuvieran explícitamente excluidos” (voto cit., Considerando 7º).

Los nombrados magistrados agregaron que las consideraciones anteriores no podían “ser conmovidas por el hecho de que el recurrente haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad, pues en el texto de la ley 24.390 no se hace excepción respecto de tales delitos y a todo evento es importante recordar que esta Corte en el precedente ‘Véliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640’ (resuelto el 15 de junio de 2010) ha decidido que las excepciones contempladas en el art. 10 de dicha ley —exclusión de los delitos agravados en materia de estupefacientes— es inconstitucional. Más aún, la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho, lo que en este caso requiere decidir con absoluto apego a lo que está claramente ordenado por el art. 2º del , en razón de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional y por los arts. 9º de la CADH y 15.1 del PIDCP, convenciones internacionales que cuentan ambas con jerarquía constitucional por así disponerlo el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional” (voto cit., Considerando 15).

En sentido coincidente, el juez Rosatti desarrolló los siguientes conceptos que fueron reiterados en otras partes de su voto “[E]sta Corte no puede soslayar el dilema moral que plantea en el juzgador la aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad. Se trata de un dilema que debe ser resuelto con la aplicación de la Constitución y las leyes; y en este caso las normas aplicables son —conforme a lo dicho— concluyentes, máxime cuando se repara que conforme al texto de la ley 24.390 la naturaleza o gravedad del delito no constituyen condición de aplicabilidad de sus disposiciones, con la sola excepción prevista en el art. 10 de la norma en cita que excluyó expresamente a los delitos agravados en materia de estupefacientes, cláusula que —por lo demás— fue descalificada por esta Corte en la causa ‘Véliz, Linda Cristina’ (...), fallada el 15 de junio de 2010. Dicho de otro modo: el legislador, único sujeto jurídico habilitado para hacerlo, no previó un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de los arts. 2º y 3º del Código Penal a los delitos de lesa humanidad. Y lo que no hizo el legislador no lo puede hacer el juez, pues de otro modo este se convertiría en aquel, violentándose el principio constitu-

cional de división de poderes e incurriéndose en una nueva causal de arbitrariedad de sentencia” (voto cit., Considerando 11).

Se advierte, entonces, que los jueces que integraron la mayoría fueron claramente conscientes de que los delitos imputados al recurrente configuraban gravísimas violaciones de derechos humanos pero, al mismo tiempo, sostuvieron que el carácter profundamente inmoral de dichos delitos no los eximía de aplicar a su respecto los principios fundamentales de nuestro Estado Derecho, como lo eran el de legalidad y el de división de Poderes. Se planteó así, para la mayoría, el antiguo conflicto entre las exigencias de la justicia y del ordenamiento positivo, que ha dado lugar a una larga discusión en la literatura especializada (3).

Los argumentos de la mayoría expresan un principio muy loable: la garantías del Estado de Derecho no pueden ser dejadas de lado aun respecto de aquellos que han realizado conductas tales como secuestros, torturas y homicidios, que constituyeron la negación de tales garantías.

El objetivo del presente comentario es determinar si, efectivamente, la “ley” aplicable al caso imponía a la mayoría resolver la obligación de resolver como lo hizo y que, en consecuencia, una decisión contraria hubiera significado la asunción de “facultades legislativas” por parte de los jueces, en violación del principio constitucional de división de Poderes (4).

Para efectuar este análisis, comenzaré a reseñar algunas de las decisiones anteriores de la Corte Suprema en ocasión del enjuiciamiento de individuos acusados de haber cometido, como ocurría en el caso “Muiña”, delitos de lesa humanidad.

## II. La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema en los delitos de lesa humanidad

En el caso “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3294 —2004—) (5), la Corte Suprema consideró que uno de los delitos por el cual venía imputado el nombrado (asociación ilícita destinada a la eliminación física de los opositores del régimen de Pinochet) era un delito de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptible. Si bien la Corte Suprema reconoció que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (6) había entrado en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico con posterioridad a los hechos por los cuales venía acusado Arancibia Clavel, señaló al mismo tiempo que dicha convención constituía “la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes (...). Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius*

*cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos (...). Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial ‘es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal’ (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor) (...). Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del ‘60, a la cual adhería el Estado argentino (...). Que comprendido entonces que para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, como fuera expresado en el precedente publicado en Fallos: 318: 2148.

“Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno” (voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, Considerandos 27, 28, 29, 33 y 34; los restantes magistrados que integraron la mayoría votaron en sentido coincidente) (7).

Posteriormente, en el caso “Simón” (Fallos: 328:2056 —2005—), la Corte Suprema resolvió declarar la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final, N° 23.492, y de Obediencia Debida N° 23.521 a pesar de que la última de las normas mencionadas había sido declarada constitucionalmente válida en una decisión anterior del mismo tribunal (8).

Al fundar esta solución, la Corte tuvo en cuenta que, desde el dictado del citado caso “Camps”, el derecho argentino había sufrido “modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —con el rango establecido por el art. 75, inc. 22, CN— ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas caracteris-

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Emitieron sendos votos en disidencia los jueces Maqueda y Lorenzetti.

(2) De acuerdo con el art. 7º de esta ley, transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva, correspondía computar un día de prisión preventiva como dos años de prisión o uno de reclusión.

(3) Ver, por ejemplo, la célebre polémica entre HART, H.L.A. (“Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harvard Law Review* 593); FULLER, Lon L. (“Po-

sitivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, 71 *Harvard Law Review* 630) acerca de la legitimidad de castigar conductas, violatorias de derechos humanos fundamentales cometidas durante el régimen nazi, que se ajustaban a las normas positivas dictadas por aquél. El primero de los artículos mencionados se encuentra publicado en castellano (HART, H.L.A., “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”) en la obra colectiva compilada por DWORKIN, R.M., *Filosofía del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 35.

(4) Por consiguiente, no me ocuparé en este caso de otra de las cuestiones discutidas en la sentencia: si la ley en cuestión era o no aplicable al caso, “toda vez que el hecho fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia (BO: 22/11/94) y la imputación, el encarcelamiento preventivo y la condena ocurrieron una vez que el art. 7º ya había sido derogado, de conformidad con la ley 25.430 (BO 01/06/2001)” (voto del juez Rosatti, Consid. 5º).

(5) El autor de este comentario fue uno de los abogados

patrocinantes del Estado y Gobierno de la República de Chile, que actuó como uno de los querellantes en la causa.

(6) La mencionada convención fue aprobada por la ley 24.584, de 1995, y obtuvo jerarquía constitucional a través de la ley 25.778 del año 2003.

(7) Hay sendos votos en disidencia de los jueces Fayt, Belluscio y Vázquez, quienes consideraron que la solución de la mayoría era contraria al principio de irretroactividad de la ley penal del art. 18 de la CN.

(8) En el caso “Camps” (Fallos: 310:1162 —1987—).



ticas (9), cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza (...). Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 el Estado argentino ha asumido frente al Derecho Internacional, y en especial frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*” (voto del juez Petracchi, Considerandos 14 y 15; los restantes jueces que integraron la mayoría desarrollaron argumentos análogos) (10).

Con base en tales consideraciones se concluyó, con remisión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que “a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de ‘irretroactividad’ de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos (...). Que análogas consideraciones son las que han llevado al Congreso Nacional a dictar la ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes en cuestión. El debate parlamentario de dicha ley coincidió con el reconocimiento de jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas. Así, en la Cámara de Diputados se evaluó, expresamente, la circunstancia de que la derogación de las leyes dispuesta en el art. 2º de la ley 24.952 no hubiera producido el efecto deseado, en razón de que no dejó claramente establecida la inaplicabilidad del principio de la ley penal más benigna. Asimismo, la discusión legislativa permite inferir que el sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes fue, justamente, el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes y, de este modo, subsanar la infracción al Derecho Internacional que ellas continúan representando. Se trató, fundamentalmente, de facilitar el cumplimiento del deber estatal

de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional” (voto cit., Considerandos 31 y 32; en los restantes votos mayoritarios se expusieron fundamentos similares).

Finalmente, en el caso “Mazzeo” (Fallos: 330:3248 —2007—), la mayoría de la Corte Suprema (11) declaró la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, dictado por el entonces presidente Menem (12), que había indultado a numerosos individuos acusados de delitos de lesa humanidad. Tal decisión fue adoptada a pesar de que el mismo tribunal, en un caso anterior, había declarado constitucionalmente válido el citado decreto (13).

Entre los fundamentos de su decisión, la Corte Suprema tuvo en cuenta, de la misma forma que lo había hecho en sus anteriores decisiones ya mencionadas, que “el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la Ley de Punto Final y de Obediencia Debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, durante el período del gobierno autoritario, de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2º y 9º del Pacto (Comité de Derechos Humanos, observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5/4/1995, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/ 40, párrs. 144-165). También ha señalado que pese ‘a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de Obediencia Debida y la Ley de Punto Final (...). Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores’ (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3/11/2000 CCPR/CO/ 70/Arg)” (Considerando 27).

La mayoría también rechazó la posibilidad de que tal decisión fuese contraria a la garantía constitucional de la cosa juzgada:

“Cabe recordar que la garantía de la cosa juzgada ha sido reconocida por nuestros tribunales como una derivación implícita de diferentes cláusulas de la Constitución Nacional. Hoy, además, está expresamente prevista en los arts. 8º, inc. 4º Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 inc. 7º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“La Corte, al referirse a dicha garantía ha sostenido que ‘la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional’ (Fallos: 312:122; 313:904, 313:1297). Sin embargo, dicho principio ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el tribunal entendió que la afectación a ‘...la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes (...) no debe ceder a la razón de justicia’ (Fallos: 254:320); y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas

en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando ‘...no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio...’ (Fallos: 279:54, entre otros)” (Considerando 33).

Tampoco aceptó la Corte que la reapertura de los procesos penales en el caso fuese contraria a la garantía constitucional contra el *ne bis in idem* ya que “más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del *ne bis in idem* como la cosa juzgada.

“Ello así en la medida en que tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso” (Considerando 35).

### III. Doctrinas que surgen de los fallos reseñados

Las citadas doctrinas pueden ser reseñadas en los siguientes términos:

- No se viola el principio constitucional de irretroactividad de la penal si, al momento del hecho, el delito correspondiente es considerado imprescriptible conforme el derecho consuetudinario (*ius cogens*), más allá de que, de acuerdo con las disposiciones la ley penal vigente al momento de los hechos, la acción penal sí se encontraba extinguida en virtud de la prescripción (caso “Arancibia Clavel”);

- Era compatible con los principios de legalidad y cosa juzgada reabrir un proceso penal no obstante la propia Corte Suprema había declarado la validez constitucional de una norma que eximía a los imputados de responsabilidad penal (caso “Simón”);

- Tampoco se configuraba una violación a los citados principios al reabrirse un proceso penal a pesar de que el imputado se encontraba beneficiado por una decisión de la misma Corte Suprema, pasada en autoridad de cosa juzgada, que había declarado la validez constitucional de un indulto presidencial (caso “Mazzeo”).

Tales decisiones se fundaron en las disposiciones de tratados de derechos humanos, incorporados a la Constitución, conforme a la interpretación que aquéllos habían recibido por parte de los organismos creados por dichos tratados con el objeto de supervisar el cumplimiento de aquéllos. En tales casos, se consideró que las garantías de legalidad, cosa juzgada y *ne bis in idem* de los acusados debía ceder ante el derecho de las víctimas a un “recurso efectivo” (14) de forma de im-

poner a las autoridades judiciales nacionales la obligación de investigar, juzgar y condenar a los autores de delitos de lesa humanidad (15). Curiosamente, ello fue advertido por la propia mayoría en el caso “Muñña”: así, con el objeto de demostrar que la cuestión debatida no había sido tratada hasta el momento por la Corte Interamericana, se recordó que dicho tribunal había resuelto que “la tipificación sobreviniente de la conducta punible mediante la figura de la ‘desaparición forzada de personas’ no era violatoria de la garantía de irretroactividad de la ley penal en tanto dicha nueva tipificación, por un lado, era requerida para cumplir con la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta punible (derivada del art. 3º de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) y, por el otro, era consecuencia de la obligación de investigar y sancionar hechos de tal especie así requerida por el *ius cogens*” (16).

### IV. La aplicación de estos principios al caso “Muñña”

En primer lugar, considero que es equivocada la posición de la mayoría en tanto sostuvo que “el uso del adverbio ‘siempre’ en el texto del art. 2º del Código Penal da cuenta de la clara decisión del legislador respecto de la aplicabilidad universal del principio de la ley más benigna a todos los casos que no estuvieran explícitamente excluidos” (17) y que “el legislador, único sujeto jurídico habilitado para hacerlo, no previó [en la ley 24.390] un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de los arts. 2º y 3º del Código Penal a los delitos de lesa humanidad. Y lo que no hizo el legislador no lo puede hacer el juez, pues de otro modo éste se convertiría en aquél, violentándose el principio constitucional de división de poderes e incurriéndose en una nueva causal de arbitrariedad de sentencia” (18).

Tales afirmaciones no tienen en cuenta que la “ley” que los jueces debían aplicar al caso no podía quedar limitada a una interpretación formalista de los arts. 2º del Cód. Penal y 7º de la ley 24.390 (19). Así, es posible sostener que dicha “ley” incluía también el cuerpo jurisprudencial, nacional y supranacional, reseñado en el punto anterior, que establecía la obligación de los Estados nacionales de investigar, juzgar y condenar a los autores de delitos de lesa humanidad con base en el derecho convencional de las víctimas de esos delitos de obtener una “justa reparación” (20). Y, de la misma forma que, en su momento, la Ley de Obediencia Debida fue considerada una “amnistía disfrazada” (cf. caso “Simón”), prohibida por las citadas cláusulas convencionales, la aplicación al caso de la ley 24.390 por parte de la mayoría tuvo el efecto de una suerte de “conmutación de pena”, que también se encuentra vedada, con base en las mismas razones, por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Al sostener la mayoría que cualquier duda acerca del alcance de las normas en juego debía resolverse “en favor del imputado debido a que en el proceso interpretativo en materia penal debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de

### { NOTAS }

(9) Se refiere a la facultad del Congreso de la Nación de dictar “amnistías generales”, prevista actualmente en el art. 75, inc. 20 de la CN. En el caso “Camps”, el juez Petracchi sostuvo, en su voto individual, que, a pesar de la imperfección de su técnica legislativa, la ley 23.521 debía ser entendida como una ley de amnistía y, por lo tanto, constitucionalmente válida. En dicho caso, el juez Bacqué emitió un voto en disidencia en donde sostuvo que dicha ley era inconstitucional.

(10) Hay un voto en disidencia del juez Fayt.

(11) Hay un voto en disidencia del juez Fayt y un voto en

disidencia parcial de la jueza Argibay.

(12) Con base en las facultades previstas actualmente en el art. 99, inc. 5º, de la CN.

(13) Caso “Riveros”, Fallos: 313:1392 (1990).

(14) Reconocido, entre otros, por los arts. 25 de la CADH y 9º PIDCyP.

(15) Corresponde agregar que la Corte Interamericana ha extendido tales obligaciones a cargo de los estados nacionales a hechos que, si bien no podían ser clasificados como “delitos de lesa humanidad”, debían ser considerados como “graves violaciones a los derechos humanos”

(cf., entre otros, casos “Bulacio c. Argentina”, sentencia del 18/9/2003 y “Bueno Alves c. Argentina”, sentencia del 11/5/2007).

(16) Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, Consid. 13. En este punto, los nombrados magistrados citaron las decisiones de la Corte Interamericana en los casos “Tiu Tojin c. Guatemala”, sentencia del 26/11/2008 y “Gelman c. Uruguay”, sentencia del 24/2/2011.

(17) Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco.

(18) Voto del juez Rosatti.

(19) En este punto son aplicables las consideraciones del profesor Frederick Schauer quien señala que puede llamarse “formalista” al juez quien sostiene que el texto legal lo obliga inexorablemente a adoptar una determinada solución cuando, en realidad, existían interpretaciones alternativas de dicho texto (cf. “Formalism”, transcrita en *Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings*, ed. por Larry May y Jeff Brown, Wiley-Blackwell, 2010, p. 32).

(20) Ver, en el mismo sentido, el voto en disidencia del juez Maqueda en el caso “Muñña” (Consid. 12).

los derechos” (21), omitió tener en cuenta un principio fundamental: en el derecho penal contemporáneo (y, especialmente, respecto de la clase de delitos que nos ocupa), el juez debe “ponderar” (22) los derechos del acusado con los de la víctima. Así, el derecho represivo dejó de ser un conflicto exclusivo entre el poder estatal y el acusado en donde, ante la duda, siempre debía resolverse a favor de ese último (23).

Es decir, si bien resulta indudable, como dijo la mayoría en “Muiña”, que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna también se aplica a los delitos de lesa humanidad (24), era posible sostener que su *alcance* puede ser diferente en este tipo de delitos, de la misma forma que el principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del acusado se aplicó, en los casos ya analizados, en forma muy diferente que en los delitos ordinarios.

Y, a la luz del cuerpo jurisprudencial que se ha reseñado y en el contexto en que fue sancionada la ley 24.390, resulta muy razonable la afirmación de la minoría en el caso “Muiña” en el sentido que “la modificación de preceptos que condicionan la sanción penal no configura un régimen más benigno si no traduce un criterio legislativo de mayor lenidad en orden a la in-

fracción cometida’ (Fallos: 211:443, y disidencia del juez Petracchi en Fallos: 321:824, Considerando 9º) (...) [L]a ley 24.390 entró en vigencia más de una década después de finalizado el gobierno de facto en cuyo contexto fueron cometidos los hechos atribuidos en este proceso. La ley vigente en el momento de los hechos no era, entonces, esa, sino el art. 24 del Código Penal según el cual ha de computarse un día de prisión por cada día que el condenado haya pasado en prisión preventiva. Luego, la adopción de la regla de cómputo del art. 7º de la ley 24.390 no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, por los que fue condenado Muiña. Antes bien, fue concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (25).

## V. Conclusión

Una conocida jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido que, ante varias interpretaciones posibles de una norma, corresponde elegir siempre aquella que coincida con los derechos y principios reconocidos constitucionalmente (26).

También ha dicho el tribunal que “en la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (causa B.389. XXXV ‘Bustos, Vicente Amadeo c. Banco Central de la República Argentina s/ cobro de pesos’, del 9 de agosto de 2001, Fallos: 324:2107). También ha dicho que la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial (causa S.351.XXXV ‘Sosa, Marcelo Claudio s/recurso extraordinario’, del 9 de agosto de 2001, Fallos: 324:2153)” (27).

Es claro entonces, por las razones que ya se han señalado, que el texto de la ley 24.390 no “obligaba” a la mayoría de la Corte en el caso “Muiña” a resolver como lo hizo. Por el contrario, una interpretación de dicha norma que fuera compatible con los principios constitucionales aplicables al caso (la obligación

del Estado Argentino de sancionar en forma integral las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la última dictadura militar con el objeto de reparar la violación de los derechos humanos fundamentales de las víctimas) y la necesidad de no actuar en “un estado de indiferencia respecto del resultado” (la eventual responsabilidad internacional que podría surgir de su fallo) llevan a concluir que la mayoría debió haber llegado a una solución opuesta a la adoptada.

Tal decisión no hubiera importado, contrariamente a lo afirmado por la mayoría, una “violación del principio de división de poderes” por parte de la Corte sino la aplicación de una constante jurisprudencia que el tribunal había aplicado desde el año 2004 en el caso “Arancibia Clavel”.

En definitiva, nos encontramos ante un grave retroceso en la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema y que esperamos que ello sea revertido en las futuras decisiones del tribunal (28). ●

Cita on line: AR/DOC/1327/2017

## { NOTAS }

(21) Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, Consid. 11.

(22) Acerca del método de la “ponderación” a los fines de determinar cuál derecho o interés debe prevalecer en un caso, ver, por ejemplo, la obra de SWEET, Alec Stone – MATHEWS, Jud, “Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque global”, *Universidad Externado de Colombia*, 2013.

(23) Ver, por ejemplo, el voto del juez Luis García, de la Sala II de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal, en donde sostuvo que no era violatorio del derecho de la defensa del acusado de “interrogar a los testigos presentes en el tribunal...” (art. 8.2. “f” de la Convención Americana), el procedimiento de interrogar a la víctima, menor de edad, de un delito de abuso sexual, a través del procedimiento de la ‘Cámara Gesell’. El nombrado magistrado sostuvo, así, que los derechos del acusado debían “ser confrontados y puestos en balance los intereses de la defen-

sa cuando concurren deberes del Estado de protección especial a los niños (p. ej., arts. 3, 19.1, 34 y concordantes de la Convención sobre Derechos del Niño). “En el campo de los procedimientos criminales que tienen por objeto la determinación de hechos de abuso sexual del que un niño aparece como víctima, el derecho del imputado de interrogar o hacer interrogar al niño como testigo puede entrar en tensión con la necesidad de protección moral del niño, o de su seguridad, lo que puede justificar el establecimiento de condiciones especiales para su interrogación que impliquen ciertas restricciones en la medida que no afecten el núcleo esencial del derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos. Cuando los intereses prevalecientes de protección moral del niño, o de su seguridad, justifican ciertas restricciones al derecho que regularmente se concede frente a testigos mayores de edad, las restricciones sólo están justificadas en la medida estrictamente necesaria para proteger los intereses del niño, y la restricción

debe ser suficientemente compensada con otras garantías sobre el modo de producción del testimonio, dando oportunidad útil de formular preguntas, pedir aclaraciones, y en general de controlar el desarrollo del acto de recepción del testimonio” (caso “B, B”, sentencia del 9/2/2010, publicada en Thomson Reuters Online).

(24) Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, Consid. 16, en donde citan el art. 24.2. del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

(25) Voto en disidencia del juez Lorenzetti, Consids. 12 y 13.

(26) Ver, entre muchos, caso “ALITT”, Fallos: 329:5266 (2006), Consid. 13 y su cita.

(27) “OSPLAD c. Provincia de Catamarca”, Fallos: 331:1262 (2008), Consid. 14.

(28) En forma contemporánea a la publicación de este comentario, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.362 (BO 12/5/2017). En su parte, relevante dicha ley

establece lo siguiente: “Artículo 1º: De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”. Art. 2º - El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley. Art. 3º - Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aun a las causas en trámite”.

# Un retroceso en materia de derechos humanos emanado de un recurso extraordinario inadmisibile

Pablo L. Manili

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Aspecto procesal. — III. Aspecto sustantivo. — IV. El voto de la Dra. Highton. — V. Las repercusiones del fallo. — VI. Reflexiones finales.

## I. Introducción

En una causa en la que se investigan torturas reiteradas cometidas por un personero de la dictadura militar que usurpó el poder entre los años 1976 y 1983, la Corte Suprema dispuso que se debía aplicar una ley posterior pero más benigna que la vigente al momento de los hechos, conforme al art. 2º del Cód. Penal (en adelante “CP”). Esa ley, sancionada en el año 1994 (1), ordena que una vez transcurridos dos años desde la detención, cada día de ella se cuente doble, con lo cual, según informes periodísticos, varias decenas de torturadores y responsables de homicidios y desapariciones

forzadas de personas podrían ver acortadas sus condenas a prisión o reclusión de cumplimiento efectivo y recuperarían la libertad en breve. Es la llamada “ley del 2 x 1”.

Como es sabido, la democracia argentina renacida el 10 de diciembre de 1983 se cimentó sobre una decisión ética: el juicio y castigo a los responsables de las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante esa dictadura. Ello comenzó apenas tres días después de la recuperación de la democracia, con el dictado de los decretos 157 y 158, que mandaron enjuiciar a las cúpulas de los grupos subversivos y a las juntas militares, respectivamente.

Continuó con la ratificación de decenas de tratados de derechos humanos y se consolidó con el monumental juicio a las juntas iniciado el 22 de abril de 1985, único juicio en la historia del mundo hecho respecto de violaciones masivas a los derechos humanos por jueces *naturales y nacionales*. En su sentencia, la Cámara Federal de Apelaciones condenó severamente a los jefes de la dictadura por homicidios reiterados y torturas (ello así porque al momento de los hechos aún no estaba tipificado el crimen de desaparición forzada de personas) y ello fue confirmado por la Corte Suprema.

Ello fue seguido por la elevación a la jerarquía constitucional de once instrumentos internacionales de derechos humanos en la reforma de 1994 (más tres que se elevaron con posterioridad) y por la reapertura de los juicios por crímenes de lesa humanidad a partir de los fallos “Simón” (2) de 2005 y “Mazzeo” (3) de 2007.

En ese marco, el fallo que comentamos implica, a nuestro humilde entender, un lamentable retroceso en la construcción colectiva (de la sociedad y de los Poderes del Estado) del concepto de los derechos humanos. Ello así porque, como sostuvimos en otro trabajo (4), las cortes supremas y los tribunales constitu-

cionales, coadyuvan, con sus fallos, en la construcción de ciertos conceptos fundamentales para el estado de derecho, por ejemplo: democracia, república, derechos, federalismo, etc.

La Corte Suprema, para disponer la aplicación de la llamada “ley del 2 x 1” aplicó literalmente una norma jurídica que no distingue entre crímenes comunes y los de lesa humanidad. Pero entendemos que no reparó en dos aspectos que debieron motivar una decisión distinta. Uno de índole procesal y uno sustantivo

## II. Aspecto procesal

La Corte Suprema admitió una queja por recurso extraordinario (en adelante “REF”) denegado, en la cual el recurrente planteaba dos cuestiones:

a) Que había en autos una cuestión federal del inc. 3 de la ley 48, porque se cuestionaba el alcance del art. 2º del CP confrontado con supuestos principios con jerarquía constitucional: el de legalidad (art. 18, CN), el de aplicación de la ley más benigna (arts. 9º de la CADH y 15.1 del PIDCP) y la garantía de plazo razonable (art. 7.5 de la CADH).

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Iniciativa del bloque de senadores del PJ, presidido por Augusto Alasino.

(2) Fallos: 328:2056.

(3) Fallos: 330:3248.

(4) MANILI, Pablo L., “Teoría Constitucional”, Hamurabi, Buenos Aires, 2014, p.206.

b) Que la sentencia era arbitraria por la interpretación que se le había dado al art. 2° del CP.

Con respecto a estos planteos la Corte Suprema, resolvió lo siguiente:

El voto de la mayoría (Dres. Highton y Rosenkrantz) dispuso que *“Toda vez que la determinación del alcance del art. 2° del Código Penal, tal como han sido formulados los agravios, requiere necesariamente la interpretación de las normas federales citadas, el recurso es formalmente procedente y, a los fines del tratamiento de la impugnación extraordinaria y por el modo en que han sido planteadas, la cuestión federal resulta inescindible de la denuncia de arbitrariedad de la decisión”*.

El Dr. Rosatti, en un sentido similar, sostuvo que *“4°) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que se ha cuestionado el alcance del principio de aplicación de la ley penal más benigna, contenido en el art. 2° del Código Penal y en los arts. 9° de la... (CADH) y 15.1 del... (PIDCP) con remisión al derecho al debido proceso judicial y al principio de legalidad consagrados en los arts. 18, 19 y cc... (CN); y la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellos (art. 14, inciso 3°, de la ley 48). En el presente recurso, la tacha de arbitrariedad invocada se encuentra vinculada de modo inescindible con los agravios relativos a la inteligencia asignada por la Cámara a normas federales, por lo que corresponde proceder a su examen en forma conjunta”*.

Los Dres. Lorenzetti y Maqueda (cada uno en su voto disidente) entendieron: *“6°) Que los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se alega que, arbitrariedad mediante, el tribunal superior de la causa, al interpretar del modo citado el alcance temporal del art. 7° de la ley 24.390 derogado, en este punto, por la ley 25.430, desconoció el principio de legalidad y el principio de aplicación de la ley más benigna, así como también el derecho a la igualdad —receptados en los arts. 18 y 16... (CN) y en los arts. 9 y 24 de la... (CADH) y 15.1 Y 26 del... (PIDCP) — y la decisión ha sido contraria al derecho que fundaron en ellos (art. 14, inciso 3, de la ley 48)... Asimismo, atento en el modo en que han sido planteados los agravios fundados en la tacha de arbitrariedad respecto de la aplicación de la mentada normativa, al estar inescindiblemente unidos a las cuestiones aludidas, serán tratados conjuntamente”*.

Como se advierte, tanto los votos que integraron la mayoría como los disidentes consideraron que el REF era admisible. Discrepamos de tal decisión. Nuestro análisis del tema es el siguiente: el art. 14, inc. 3 de la ley 48 regula la llamada “cuestión federal simple”, que se configura cuando, en la causa, es preciso interpretar normas federales (vigentes) para resolver el caso, ya sea que se trate de leyes federales, tratados internacionales o la propia constitución (5). En esta categoría del REF no existe conflicto de normas de distinta jerarquía, ni planteo de inconstitucionalidad alguno (no incluye el caso de colisión entre, por ejemplo, una ley y la Constitución o entre una ley y un tratado).

Ahora bien, en realidad lo que el recurrente planteaba en su REF era que la interpretación dada a la ley “del 2 x 1” era violatoria de principios de raigambre constitucional o de derecho internacional. Pero esa ley no es una norma federal, sino de derecho común o incluso, podría ser considerada una norma meramente procesal, pero esa posible calificación no cambia el análisis, dado que los problemas de interpretación de las normas de derecho común o de

las procesales no habilitan la interposición de un REF. En realidad el planteo del recurrente se basaba en que la no aplicación de esa ley violaba tales principios. Por lo tanto, la única forma de encuadrar el caso en la “cuestión federal simple” era sostener que: de acuerdo a la interpretación y al alcance que el tribunal asignara a las normas federales que rigen al Código Penal (y a todo el derecho común y al procesal), se aplicaría la norma legal vigente al momento de los hechos o la más benigna sancionada posteriormente. Hasta allí vamos más o menos bien, el planteo es un poco forzado, pero podría ser aceptable.

Ahora bien: ¿cuáles son las normas federales invocadas por el recurrente que supuestamente suscitaban cuestión federal? Veamos:

(i) Los arts. 9° y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 15.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que establecen la obligatoriedad de aplicar la ley más benigna. Éste era sin duda el argumento fuerte del recurso extraordinario.

(ii) El principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional (CN).

(iii) El derecho a la igualdad del art. 16 de la CN.

(iv) A ello agregó, como ya adelantamos, la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Analizaremos uno por uno esos planteos:

(i) Ley más Benigna: Los hechos del caso ocurrieron entre los años 1976 y 1983, por lo tanto no son aplicables a ellos ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada en 1984), ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado en 1986). Ello significa que no existía, en esta causa, norma federal alguna que obligara al Estado argentino a aplicar al caso el principio de retroactividad de la ley más benigna. Ello, porque las normas internacionales que lo consagran recién ingresaron al sistema jurídico argentino después de los hechos y no pueden aplicarse retroactivamente. Así como en el caso “Simón” discrepamos con la aplicación retroactiva de tratados internacionales ratificados con posterioridad a los hechos (6), aquí mantenemos el mismo criterio. En aquella ocasión, la aplicación retroactiva de tratados internacionales posteriores perjudicaba a estos personajes siniestros (al generar la reapertura de sus causas) y aquí los beneficia (al acortarles las condenas), pero ello es un análisis que excede lo jurídico y que no debemos tener en cuenta desde la doctrina, sino que, como juristas, tenemos la obligación de atenernos a la recta y leal interpretación de las normas, sin importar si “nos gusta o no nos gusta” el resultado de esa interpretación y dejando de lado nuestras posturas ideológicas o políticas, o el desagrado que nos producen las personas que cometieron crímenes atroces.

Podrá contra argumentarse que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna ya existía en derecho penal argentino antes de la ratificación de esos tratados. Es cierto, pero existía con jerarquía legal y no constitucional, dado que él no surge del art. 18 de la CN, sino que sólo surgía del CP. Así lo sostenía unánimemente la doctrina (7). Incluso, cuando se ratificaron los tratados que lo contienen, éstos no tenían jerarquía superior a las leyes, dado que regía la jurisprudencia de la Corte Suprema que emanaba de los fallos “Martín” (8) y “Eso” (9) que los ponía en pie de igualdad con

éstas. Recién se les reconoció jerarquía superior a las leyes en 1992 (con el fallo “Ekmekdjian c. Sofovich” (10)) y rango constitucional en 1994 (con la reforma a la Carta Magna). Por lo tanto, al momento de los hechos, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna era meramente legal y no supra-legal (ni mucho menos constitucional). Por lo tanto, la mayor jerarquía adquirida después por esos tratados tampoco puede ser aplicada retroactivamente.

Ello implica que no había, en la causa, norma federal alguna que debiera ser interpretada (porque esos tratados no estaban vigentes al momento de los hechos) para determinar la aplicación o no de la ley “del 2 x 1”. Por lo tanto, no había cuestión federal y el recurso debió ser declarado inadmisibile, dado que la cuestión queda reducida a la interpretación del Código Penal, por lo cual se aplica al caso el art. 15 de la ley 48, que establece claramente: *“la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia hicieren de los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso”*;

(ii) El principio de legalidad: La necesidad de ley previa a los hechos del proceso (art. 18, CN), tampoco estaba en juego en estos autos, dado que como se explicó en el acápite anterior, la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna no tenía jerarquía constitucional al momento de los hechos;

(iii) El derecho a la igualdad: Su invocación en el caso es demasiado genérica como para justificar por sí sola un REF. En efecto: el ya citado art. 15 de la ley 48 ordena que el fundamento del REF debe tener una relación *“directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, Tratados o comisiones en disputa”*. Además, la Corte Suprema ha sostenido reiteradas veces que la cuestión federal, para justificar la admisión de un recurso extraordinario, tiene que ser “trascendente” o “suficiente”. En este caso, la justificación de la supuesta afectación a este derecho estaría dada, en la postura del recurrente, en que a los detenidos por crímenes que no son de lesa humanidad (o sea, los comunes) les computan el “2 x 1”, mientras que a él no. Es decir, se trata de un planteo genérico, dado que la mayoría de las leyes (penales, impositivas, laborales, etc.), de un modo u otro, crean y distinguen categorías entre sujetos y ello no atenta, de por sí, contra la igualdad constitucional, dado que la Corte Suprema tradicionalmente (11) sólo veló para que dentro de cada categoría, los sujetos que la integran sean tratados de la misma forma (12), pero nunca sostuvo que el mero hecho de que una norma formule una división en categorías lesione la igualdad. A ello se suma el hecho de que la diferenciación entre crímenes de lesa humanidad y crímenes comunes no tiene nada de discriminatoria, ni se trata de una categoría odiosa o peligrosa, que se base en cuestiones de sexo, raza, idioma o religión. Todo lo contrario: como todas las leyes penales del mundo, la diferencia de trato se basa en la gravedad del crimen cometido. Por lo tanto, la fundamentación del REF en la supuesta afectación al derecho a la igualdad tampoco generaba su admisibilidad por ser ésta mediata y formalista;

(iv) La arbitrariedad de sentencia: Lo medular de este planteo fue que la diferenciación entre crímenes de lesa humanidad y crímenes comunes (a los fines de aplicar la ley “del 2 x 1” sólo a los segundos y no a los primeros), no surge de la propia ley, sino de una interpretación de ella hecha por el *a quo*. Se trata de la categoría que Genaro Carrió (13), al sistematizar las causales de arbitrariedad, denominó *“senten-*

*cias dictadas por jueces que se arrogaron potestades legislativas”* (14) y que hacen creación *ex nihilo* de una norma. Pero este argumento tampoco es atendible puesto que la diferenciación entre unos crímenes y otros es tan obvia que no requiere mayor análisis ni fundamentación. Lo único que podía analizar la Corte Suprema a los fines de la declaración de admisibilidad o no de un REF por arbitrariedad de sentencia, era si la fundamentación del fallo resultaba o no suficiente y, en caso de serlo, si esa fundamentación era, en sí misma, arbitraria o no. Sólo en caso de falta de fundamentación o de fundamentación arbitraria (en sus subtipos: aparente, auto-contradictoria, absurda, etc.), podría haber abierto el REF. Por lo tanto, debemos concluir que tampoco estaba configurada esta causal de apertura de la instancia extraordinaria. Recuérdese que el REF es de excepción y que el REF por arbitrariedad de sentencia es la excepción de la excepción.

En síntesis, a nuestro entender el REF era formalmente inadmisibile por no existir ni cuestión federal simple, ni sentencia arbitraria

### III. Aspecto sustantivo

Aun cuando se sostuviera que, pese a las razones procesales dadas más arriba, el REF debía ser declarado admisible, existían al menos dos razones sustantivas por las cuales el fallo debió haber sido, a nuestro entender, distinto de como fue:

a) Consideramos, respetuosamente, que la Corte Suprema no reparó en el hecho de que, cuando el legislador, en el año 1994 sancionó la “ley del 2 x 1”, la persona sometida a este proceso y todos los que constituían las capas medias de mando en la cadena militar (es decir los que no habían dado las órdenes de aniquilamiento, ni se habían excedido en el cumplimiento de esas órdenes), estaban alcanzados por la ley “de obediencia debida” (15). Además, los sujetos comprendidos en las otras dos categorías no alcanzadas por esa ley (es decir los que dieron las órdenes y los que se excedieron en su cumplimiento) habían sido beneficiados por los indultos dictados por el presidente Menem en el año 1989 (16).

Es decir que, al momento de la sanción de la “ley del 2 x 1”, el legislador no pudo tener en la mira, ni pudo referirse a los autores de estos crímenes, porque para entonces no sólo no estaban sometidos a proceso, sino que, además, sus causas estaban cerradas. Es evidente que el legislador que introdujo el “2 x 1” se refería sólo a crímenes comunes. Esa sola circunstancia justifica su no aplicación a estos sujetos, sin necesidad de acudir a los argumentos que utilizó la disidencia (Dres. Lorenzetti y Maqueda) en cuanto a que *“no se ha dado ningún cambio en la valoración de los delitos de lesa humanidad. Por el contrario, existe una consistencia en la definición, calificación y persecución de este tipo de delitos que se ha mantenido en diversos precedentes...”*. Ello así porque ese razonamiento también encierra una aplicación retroactiva de normas que no estaban vigentes al momento de los hechos.

b) Durante la vigencia de la ley “del 2 x 1” (años 1994 a 2001) el imputado no había estado detenido, sino que fue apresado después de su derogación. Por lo tanto esa ley no era, para ese sujeto, una ley posterior más benigna, sino una ley más benigna anterior a su detención, y por lo tanto inaplicable al caso. Ello así por cuanto, según el voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda (que son quienes más detalladamente describieron las conductas por las cuales se condenó al sujeto), los hechos comprobados

### { NOTAS }

(5) PALACIO, Lino, “El Recurso Extraordinario Federal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 2° edición, p.151.

(6) MANILI, Pablo L., “Una disidencia ajustada a derecho”, LALEY, 2013-F, 30.

(7) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, Ediar, Buenos Aires, 2003,

t. II-A, p.99; EKMEKDJIAN, Miguel A., “Tratado de Derecho Constitucional”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, edición actualizada por Pablo L. Manili, t. II, p.261.

(8) Fallos: 257:99.

(9) Fallos: 271: 7.

(10) Fallos: 315:1492.

(11) Desde Fallos: 171:390, en adelante.

(12) Es lo que hemos denominado “juicio de igualdad hacia adentro”, ver MANILI, Pablo L., “Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007)”, Universidad, Buenos Aires, 2007, ps.76 y 111.

(13) CARRIÓ, Genaro R., “El recurso extraordinario por

sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p.147.

(14) Fallos: 234:310; 326:2347.

(15) Ley 23.521 (05/06/87).

(16) Decretos 1002, 1003, 1004 y 1005 de septiembre de 1989, entre otros.

fueron torturas y no desapariciones forzadas. Por lo cual no se trataba de delitos "continuos" que se hubieran perpetrado aun después de finalizada la oscura época de la dictadura militar, sino de delitos instantáneos.

#### IV. El voto de la Dra. Highton

En el fallo "Simón" antes referido, la magistrada había sostenido: "En efecto, la clara y terminante doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en el caso 'Barrios Altos', expuesta en los considerandos 14 y 25, torna imperativo que, con el fin de satisfacer el estándar allí establecido e impedir por tanto que pueda invocarse la ultractividad de la ley penal más benigna o, eventualmente, la cosa juzgada, esta Corte declare además que dichas normas carecen de cualquier efecto y que lo propio ocurre respecto de cualquier acto que, fundado en las mismas, pretendiera oponerse como impedimento al progreso de algún proceso judicial en trámite, o a su iniciación futura, en el ámbito de las respectivas competencias, respecto de hechos vinculados con crímenes de lesa humanidad ocurridos en el te-

rritorio nacional" (17). En el fallo que analizamos sostuvo lo contrario, sin aclarar los motivos para ese cambio de criterio.

#### V. Las repercusiones del fallo

Pocas veces en la historia del tribunal una sentencia despertó tantas manifestaciones inmediatas de rechazo: legislaturas provinciales, el episcopado, colegios de abogados, organismos de derechos humanos nacionales e internacionales, partidos políticos, doctrinarios (18), etc. Hasta clubes deportivos se expresaron públicamente en su contra. Ese rechazo generalizado de la opinión pública resulta comparable al generado por los fallos "Dromi" (19) (que aceleró la privatización de Aerolíneas Argentinas a través de un *per saltum*) y "Peralta" (20) (que convalidó la confiscación de plazos fijos por el gobierno), ambos de 1990 y con "Bustos" (21) de 2004 (que convalidó la pesificación y reprogramación de depósitos a plazo fijo en dólares). El último de los fallos citados, incluso, no fue aplicado ni seguido por ningún tribunal inferior

A esas manifestaciones públicas se suman varios hechos llamativos que jamás se habían dado en relación con un fallo de la Corte Suprema:

(i) Varios tribunales federales declararon la inconstitucionalidad de la ley "del 2 x 1" inmediatamente después del fallo de la Corte (por ejemplo, entre otros, el TOF de San Juan), revelando un desafiante apartamiento del precedente similar al referido más arriba para "Bustos".

(ii) El Congreso de la Nación sancionó inmediatamente (y casi por unanimidad) una ley que dispone la no aplicación del "2 x 1" en casos de crímenes de lesa humanidad.

(iii) Cientos de miles de personas se autoconvocaron en distintas marchas en repudio a su contenido a lo largo del país, una semana después del fallo.

(iv) Se presentaron pedidos de juicio político para los tres jueces que integraron la mayoría. Respecto de éstos entendemos que, en principio, juzgar a los jueces por el contenido de un solo fallo es una cuestión harto excepcional y delicada que el Congreso debe evaluar con suma cautela y con un criterio restrictivo.

(v) Se presentaron denuncias penales por prevaricato en contra de los jueces que suscribieron el fallo. Una de ellas fue avalada por el Ministerio Público Fiscal (Dr. Guillermo Marijuan) y se encuentra radicada en un Juzgado Federal (del Dr. Daniel Rafecas). Entendemos que el tema difícilmente encuadre en el delito referido, dado que el art. 269 del CP exige que se hayan dictado "resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas". Justamente lo que se les achaca a los Sres. Ministros es haberse apegado a la letra expresa de la ley del "2 x 1" y no haberla confrontado con tratados internacionales posteriores a los hechos para no aplicarla a crímenes de lesa humanidad. Además, se trata de un delito que exige dolo, y entendemos que será muy difícil demostrar la existencia de éste.

(vi) Se habrían presentado también denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IDH), las cuales tampoco consideramos admisibles dado que su acogimiento generaría un pronunciamiento abstracto de la Comisión IDH. En efecto, aun cuando consideramos que la decisión de la Corte Suprema es un retroceso en materia de derechos humanos

y aun cuando se entendiera que viola tratados internacionales, no se alcanza a ver cuál sería el derecho humano concreto que se estaría violando, ni cuál es la víctima de esa violación. Ello así porque el caso difiere notoriamente de lo decidido por la Corte IDH en "Barrios Altos", en el cual la ley de auto-amnistía peruana vedaba la investigación de los hechos. Aquí en cambio, los hechos fueron investigados, el derecho a la verdad de las víctimas estuvo garantizado, la condena fue aplicada y parcialmente cumplida, sólo que ahora se le redujo la condena a este personaje siniestro por aplicación del "2 x 1". La Comisión y la Corte IDH no suelen hacer declaraciones generales o abstractas de violación de tratados en el marco de una denuncia individual, sólo podrían hacer referencia a este fallo en el marco de un informe general. Por ello, a menos que ocurra un cambio radical de la doctrina de la Comisión IDH (o de la jurisprudencia de la Corte IDH), lo más probable es que sea declarada inadmisibles.

#### VI. Reflexiones finales

Por todo lo expuesto, entendemos que existían al menos cuatro razones, dos procesales y dos sustantivas por las cuales la Corte Suprema debió haber fallado distinto de como lo hizo:

- No existía cuestión federal;
- No existía sentencia arbitraria;
- La ley "del 2 x 1" no se aplicaba a estos sujetos;
- Dicha ley no era posterior sino anterior a la detención del reo y no se trataba de crímenes continuos sino instantáneos.

En otras palabras, había varios caminos que el tribunal pudo haber elegido para no fallar como falló, no obstante lo cual eligió hacerlo de ese modo.

Concluimos nuestro análisis con una reflexión de Carlos Nino (inspirador de la estrategia jurídica del juicio a las juntas mencionado en el primer punto de este trabajo), quien, cuando explicaba el positivismo ideológico sostenía: "Los jueces, como todos nosotros, no pueden eludir adoptar posiciones morales en materias moralmente relevantes" (22). ●

Cita on line: AR/DOC/1335/2017

#### { NOTAS }

- (17) Considerando 29.  
 (18) Sólo se expidieron a favor del fallo las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Morales y Políticas.  
 (19) Fallos: 313:1513.

- (20) Fallos: 313:867.  
 (21) Fallos: 327:4495.  
 (22) NINO, Carlos S., "Introducción al Análisis del Derecho", Astrea, 1984, 2ª edición, Buenos Aires, p.34.

#### EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº10, Secretaría Nº20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, informa que la Sra. NANCY LEONOR CÁRDENAS de nacionalidad venezolana con D.N.I. 92.677.705 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LALEY.  
**Buenos Aires, 21 de abril de 2017**  
 Matías M. Abraham, sec. int.  
**LALEY: I. 18/05/17 V. 18/05/17**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº10, Secretaría Nº20,

sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, informa que el Sr. JOSÉ OSCAR CASTAÑEDA ALPIZAR de nacionalidad cubana con D.N.I. Nº93.922.170 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LALEY.  
**Buenos Aires, 29 de diciembre de 2016**  
 Matías M. Abraham, sec. int.  
**LALEY: I. 18/05/17 V. 18/05/17**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº13 a cargo del Dr. Fernando J. Perillo, Secretaría Nº25 a mi cargo, sito en Marcelo T. de Alvear 1840, piso 4º de CABA,

comunica por cinco días en los autos "ALISON ARGENTINA S.A. s/CONCURSO PREVENTIVO", 18 de abril de 2017 se decretó la apertura del concurso preventivo de ALISON ARGENTINA S.A. CUIT 33-70843712-9. Se hace saber a los interesados que el síndico designado en las presentes actuaciones es el contador Pablo Eduardo Arienti con domicilio en la calle Cuba 4710, CABA, domicilio éste al que deberán concurrir los acreedores a inscribir sus créditos hasta el día 16/06/2017; señalándose audiencia informativa para el día 04/04/2018 a las 10.00 hs. en el Tribunal. Publíquese por 5 días en el diario LALEY.  
**Buenos Aires, 8 de mayo de 2017**  
 Sebastián Julio Marturano, sec.  
**LALEY: I. 12/05/17 V. 18/05/17**

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

**LEGAL ONE**  
 ¿Existe una mejor manera de agilizar las tareas operativas de mi estudio?

#### THOMSON REUTERS LEGAL ONE

notifica sobre los avances de las causas e integra las notificaciones electrónicas a los expedientes judiciales. También permite automatizar las tareas operativas del estudio: escritos, procuración, presentaciones. Además ofrece una mayor y mejor integración con tribunales permitiéndole ahorrar tiempo.



Conozca más en [legalone.com.ar](http://legalone.com.ar)  
 o llámenos al **0810 222 5253**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**