

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)
SERGIO MOCCIA (ITALIA)
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

LA LEY

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
RODRIGO CODINO

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEO
JAVIER BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
VERÓNICA BILCZYK
MARÍA LAURA BÖHM
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
LEONARDO BROND
CARLOS CARAMUTI
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CHIARA DÍAZ
MELINA DE BAIROS MOURA
JAVIER DE LUCA
HORACIO DIAS
MATÍAS EIDEM
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
LORENA PADOVAN
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARCELA PAURA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JONATHAN POLANSKY
PABLO QUALINA
RODRIGO M. RASKOVSKY
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
PABLO TELLO
VALERIA VEGH WEIS
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
JONATAN WAJSWAJN
VERÓNICA YAMAMOTO
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

La constitucionalidad de los tipos penales de omisión impropia Por Rafael Berruezo y Adrián Bustos	3
El nuevo delito de “abuso sexual con acceso carnal”: ¿legitimación de la analogía en materia penal? Por Santiago M. Irisarri	17
Posesión de pornografía infantil. Internet y el medio informático. Necesidad de precisarlo terminológicamente y de legislarlo penalmente. Antecedentes normativos. La mera visualización y la posesión fugaz Por Hugo A. Vaninetti y Gustavo J. Vaninetti	21
El principio <i>in dubio pro reo</i> y la valoración del descargo del imputado en el proceso penal. Algunas consideraciones sobre la sentencia absolutoria dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la llamada “Masacre de Pompeya” (caso “Carrera”) Por Román P. Lanzón	30

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

Tres Tristes Tigres: apuntes sobre el ejercicio del poder a través de la prestación del servicio de justicia. “Justicias vs. Servicios de Justicia” Por Nicolás Macchione	51
---	----

NOTA A FALLO

La violación del secreto de confesión y las exclusiones probatorias Por Maximiliano Hairabedián	62
---	----

SECRETO DE CONFESIÓN / Violación. Denuncia por delito contra la integridad sexual. Validez de lo actuado. Riesgo de nuevos ataques. Víctima menor de edad (CNCrim. y Correc.)	62
--	----

Corte Suprema y los derechos humanos como ideales sociales. A propósito del caso "Bignone" Por Roberto P. Saba	68
La validez sociológica de los fallos de la Corte. Análisis del caso "Bignone" Por Patricio A. Maraniello	94
La Corte Suprema en su laberinto. A propósito de la sentencia "Muiña". Los efectos políticos e institucionales del fallo Por Jorge O. Bercholo	109
Notas sobre el "dos por uno": ¿derecho penal para ciudadanos o para enemigos? Por Francisco Castex y Rosario Alessandretti	130
Algunas consideraciones acerca del alcance de la ley 24.390 Por Damián Barbosa, Hernán Dulau, María José Lainatti y Christian H. Parodi	141
A propósito del caso "Muiña" y la aplicación de la regla del "dos por uno" a un condenado por delitos de lesa humanidad Por Roberto Carlés	150
DELITO DE LESA HUMANIDAD / Ley penal más benigna. Cómputo según la ley 24.390. "2x1". Aplicación sin distinción del delito. Disidencia. Delitos permanentes. Valoración so- cial de los delitos cometidos. Aplicación de la ley vigente en el último tramo de la conducta punible (CS)	68
¿Nuevos estándares para el arresto domiciliario fundado en razones de salud? A propósito del fallo de la Corte Suprema "Alespeiti", más allá de las dicotomías Por Soledad Guerrero Ferreyra y Romina A. Magnano	163
PRISIÓN DOMICILIARIA / Condena por delitos de lesa humanidad. Prohibición de tratos in- humanos. Ponderación de las circunstancias de salud del detenido. Obligación de juzgar con celeridad en casos de la comisión de estos crímenes. Disidencia. Inadmisibilidad del recurso extraordinario (CS)	163

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

O sistema penitenciário brasileiro e a dignidade da pessoa humana: Políticas de Reinserção dos Apenados no Mercado de Trabalho Por Carolina Ângelo Montolli y Carla Fernanda Da Cruz	185
---	-----

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

DOCTRINA

En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibi- dos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico" Por Sebastián A. Rey	199
---	-----

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / Alcance de su obligatoriedad. Obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. Facultades de la Corte IDH. Sentencia dictada por la Corte Suprema. Cosa juzgada. Obligaciones convencionales. Interpretación del artículo 63.1 de la CADH. Límite de la jurisdicción internacional. Principios fundamentales del derecho público argentino. Diálogo jurisprudencial. Disidencia (CS)	199
--	-----

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

¿Da lo mismo omitir que actuar? Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión Por Carlos S. Nino	223
Pena de muerte, consentimiento y protección social Por Carlos S. Nino	241
Justicia a la conciencia Por Carlos S. Nino	251

BIBLIOGRAFÍA

Reseña del libro "Cautio Criminalis" (Cautela Criminal). Estudio preliminar: E. Raúl Zaffaroni. Traducción del latín: Eugenia Nagore y Silvia Manzo, por Friedrich Spee . Comentado por Alberto Filippi	261
---	-----

DELITO 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. 7° 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. 2° del C P (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 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 el art. 2° del Cód. Penal supedita la aplicación de aquélla 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).

Corte Suprema y los derechos humanos como ideales sociales

A propósito del caso "Bignone"

POR ROBERTO P. SABA

Sumario: I. Introducción. — II. Ates de los argumentos: identificación del material jurídico relevante. — III. Primer argumento: interpretación literal de la ley. — IV. Segundo argumento: deferencia al legislador. — V. Tercer argumento (implícito): asignación de un lugar radicalmente marginal al derecho internacional. — VI. La Corte Suprema y la construcción de una "cultura constitucional". — VII. La preocupación de fondo: evitar la discreción del juez.

I. Introducción

El 3 mayo de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el caso "Bignone, Rey-

naldo Benito Antonio y otros s/ recurso extraordinario" conocido en el debate público reciente como caso Muiña por el nombre del beneficiario de la sentencia. Allí el máximo tribunal del país entendió que el art. 7 de la ley 24.390, que establecía que superados los dos años de prisión preventiva y una vez decidida una condena, cada año adicional debía contabilizarse como dos de cumplimiento efectivo de la sentencia, se debía aplicar a casos en los que el condenado hubiere perpetrado crímenes de lesa humanidad. El argumento de la mayoría del tribunal se centró en que esa regla establecida por el Congreso Nacional para el cómputo de la pena, derogada en 2001, debía considerarse "ley más benigna" en los términos del artículo 2 del Código Penal y que, en virtud del principio constitucional de igualdad ante la ley, ese beneficio no solo debía alcanzar a los responsables de delitos comunes, sino también a aquellos que hubieren cometido graves violaciones de derechos humanos durante la última dictadura militar.

Desde el día de la publicación de la sentencia hasta el momento en que escribo estas líneas a mediados del mes de mayo, se ha encendido un amplio debate en ámbitos académicos, políticos y sociales sobre esa decisión. Se propusieron ar-

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).

gumentos jurídicos para fundar tanto opiniones adversas al fallo como en su apoyo; se han sugerido teorías políticas e incluso conspirativas para explicar por qué se tomó la decisión que se tomó; y se han expresado repudios y apoyos basados en ideales de justicia en tensión. Como este artículo se suma a este robusto intercambio de ideas dos semanas después de iniciado, creo que la mejor contribución que puedo hacer aquí es centrarme en el análisis crítico de algunos argumentos centrales de la sentencia que han sido soslayados o, al menos, no han sido considerados debidamente hasta el momento según mi perspectiva. No me detendré entonces en algunas cuestiones de aplicación de la ley penal que ya han sido discutidas por especialistas de un modo tal que, si bien no permitieron llegar a acuerdos, al menos presentaron correctamente las perspectivas en cuestión. Me focalizaré, sin embargo, en cuestiones de interpretación constitucional que entiendo han sido fundamentales para que la mayoría de la Corte arribe a las conclusiones a las que llegó y que, además, considero que tendrán un impacto que va mucho más allá del caso *Bignone* afectando futuras decisiones del tribunal. Creo que existen razones para afirmar que esta sentencia,

sumada a la respuesta de la Corte Suprema a la nota de la Cancillería respecto del cumplimiento —o incumplimiento— de la sentencia del caso “*Fontevecchia v. Argentina*” decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inicia una época en nuestro máximo tribunal que augura un lamentable cambio de paradigma respecto de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos (1) y un modelo de interpretación constitucional generalmente asociado a perspectivas conservadoras. Si bien la mayoría del tribunal se compone de un mínimo de tres miembros, las firmas que llevan las decisiones tomadas hasta el momento desde la designación de los dos últimos magistrados ponen en evidencia que los aportes de estos tienen y tendrán un impacto sumamente relevante en las decisiones futuras de la Corte Suprema. Las posturas de Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti respecto del modo en que debe entenderse la relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional, además

(1) Para un análisis más profundo sobre el llamado caso *Fontevecchia* ver SABA, Roberto P., “No huir de los tratados”, en *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en prensa.

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

de una posición de altísima deferencia hacia el Poder Legislativo, rompen con una tradición de al menos una década y media de la propia Corte en materia de aplicación del derecho internacional de derechos humanos y sugiere un posible giro en materia interpretativa que se alinea con perspectivas textualistas generalmente identificadas con posiciones conservadoras en materia de interpretación constitucional en el debate comparado.

El razonamiento central de la Corte en “Bignone”, en primer lugar, define el derecho aplicable al caso de un modo que determina el resultado del caso y, en segundo término, hila cuatro elementos que analizaré a continuación: a) una interpretación literal de la ley 24.390 (denominada coloquialmente Ley del 2x1), que establece un beneficio de reducción del tiempo efectivo de privación de libertad en la ejecución de la condena sin establecer en su texto distinciones entre delitos comunes y crímenes de lesa humanidad; b) una teoría interpretativa la ley —y de la constitución— de tipo formalista, literal o textualista; c) una lectura de la constitución guiada por una marcada deferencia hacia el legislador (probablemente asociada y consistente con la postura textualis-

ta); y d) la asignación de un lugar marginal al derecho internacional de los derechos humanos y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar esa normativa en el ejercicio de la Corte Suprema de su rol como máximo órgano nacional de protección de derechos humanos. Como puede inducirse de la presentación de este esquema de razonamiento, las consecuencias de las posturas asumidas por lo que parece ser una nueva mayoría en la Corte, se sugiere una toma de posición en cuestiones centrales que hacen a la interpretación y aplicación de la Constitución Nacional, o, en otras palabras, al ejercicio del control de constitucionalidad, que tiene consecuencias previsibles de enorme relevancia no solo en casos similares al caso “Bignone”, sino en la aplicación de la Constitución en general sobre todo en lo que se refiere a la protección de derechos.

II. Antes de los argumentos: identificación del material jurídico relevante

La aplicación de la ley y de la Constitución a un caso concreto por parte del juez implica desandar un proceso que dista mucho de ser una tarea aséptica o avalorativa. En varias instan-

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).

CS, 03/05/2017. - Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros/recurso extraordinario.

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

Suprema Corte:

Observo en el presente circunstancias análogas a las analizadas en los puntos II y III del dictamen emitido el 8 de julio de 2013 en el caso S. I, XLIX, “Simón,

cias del razonamiento práctico del magistrado, éste debe tomar decisiones que presumen explícita o implícitamente decisiones valorativas. Ese proceso comienza con la identificación del material jurídico relevante que será utilizado para decidir el caso y aunque su apariencia es la de una operación casi automática, es en ella en la que el decisor toma una de las decisiones valorativas más relevantes por su impacto en el resto del proceso interpretativo (2). La defensa de Muña presentó a la Corte lo que desde su punto de vista era el material jurídico relevante para decidir el caso: el art. 7 de la Ley del 2x1, el art. 2 del Código Penal y el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en varios tratados internacionales de derechos humanos. La mayoría de la Corte Suprema aceptó ese encuadre como válido. Parte del periodismo especializado y de la academia jurídica coincidieron con ese encuadre aportado por la defensa y aceptado por la Corte. En palabras de Alejandro Carrió, en apoyo de la decisión del tribunal, esta sentencia “reafirma el Estado de Derecho” por no hacer

distinciones en el reconocimiento de las garantías constitucionales del derecho penal entre responsables de delitos comunes y de crímenes de lesa humanidad (3).

Detrás de esta versión estrecha del material jurídico relevante existe una decisión valorativa a la que me referiré más adelante: la asignación de un lugar radicalmente marginal al derecho internacional de los derechos humanos en el proceso de interpretación de los principios constitucionales y de los derechos reconocidos en la ley fundamental y en los tratados de derechos humanos suscriptos por Argentina. A diferencia de lo que implícitamente considera la Corte en este sentido, considero que el debate que presenta el caso “Bignone” no se refiere *solo* a la aplicación de la ley del 2x1 y del principio de igualdad ante la ley, sino también a la aplicación de normas de derecho internacional que obligan a los Estados que las reconocen como válidas a perseguir penalmente a los responsables

(2) NINO, Carlos S., “La constitución de la democracia deliberativa”, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, ps. 32-34.

(3) CARRIÓ, Alejandro, “Una sentencia que reafirma la vigencia del Estado de Derecho”, versión impresa del diario *La Nación*, 4 de mayo de 2017, también en <http://www.lanacion.com.ar/2020311-una-sentencia-que-reafirma-la-vigencia-del-estado-de-derecho>.

Antonio Herminio y otros s/recurso extraordinario”, por lo cual, en base a los argumentos y conclusiones allí expuestos, a los que me remito en beneficio de la brevedad, opino que V.E. debe abrir la queja, declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 15 de julio de 2015. — *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, mayo 3 de 2017.

Considerando: 1°) Que en el caso y en lo que aquí interesa Luis Muiña fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 (TOF n° 2) a la pena de trece años de prisión por la comisión de delitos considerados de lesa humanidad (arts. 2°, 40, 41, 45, 54, 55, 144 bis inciso 1° y último párrafo, en función del art. 142 inciso 1° —texto según ley 20.642— y art. 144 ter primer párrafo —texto según ley 14.616—, todos ellos del Código Penal).

El cómputo de detención y pena se realizó conforme el art. 7° de la ley 24.390, en consonancia con lo estipulado por el art. 2° del Código Penal. De acuerdo con aquella disposición, luego de transcurridos los

dos primeros años de prisión preventiva, se computaron dos días de prisión por cada día de encarcelamiento cautelar efectivamente cumplido.

Contra esta decisión, el Ministerio Público Fiscal dedujo recurso de casación por considerar que la versión original de la ley 24.390 —que incluía el citado art. 7°, posteriormente derogado—, no resultaba aplicable al caso.

2°) Que la sala 4ª de la Cámara Federal de Casación Penal anuló el cómputo punitivo realizado por el TOF n° 2. Consideró, de acuerdo con lo solicitado por el Fiscal, que lo establecido por el art. 2° del Código Penal no resultaba de aplicación al caso en virtud de que el derecho al tratamiento más benigno que consagra el artículo mencionado tiene como único fundamento la existencia de algún cambio en la valoración que la comunidad efectúa respecto de la conducta imputada, y que ello se documenta con la sanción de una nueva ley más benigna.

El *a quo* entendió que con la ley 24.390 no hubo cambio de valoración alguna ya que, sostuvo, esta ley se limitó a adoptar, durante un corto período, un mecanis-

de delitos de lesa humanidad. Estos delitos, de acuerdo con el derecho internacional suscripto por nuestro país y elevado a la jerarquía constitucional por el Poder Constituyente nacional no son prescriptibles ni amnistiables, posición que también abrazó la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterada jurisprudencia por más de una década.

III. Primer argumento: interpretación literal de la ley

Luego de realizar esta estrecha identificación del material jurídico relevante, la mayoría de la Corte se manifiesta atada por la aplicación literal de las palabras en las que se expresa la ley 24.390 y funda su posición en una teoría interpretativa textualista que la lleva a sostener que no tiene más alternativa que aplicar el beneficio del llamado 2x1 a condenados por delitos de lesa humanidad. El argumento del fallo suscripto por la mayoría de tres magistrados, Rosenkrantz, Rosatti y Highton, es que la ley no distingue entre responsables de crímenes comunes y de crímenes de lesa humanidad y que, por lo tanto, el principio de igualdad constitucional les impide hacer distinciones donde el legislador no las haya hecho. Sin embargo, ese

corsé al que la Corte se refiere como la causa de su decisión, fue construido y diseñado por la propia Corte al haber aceptado el recortado y estrecho perímetro del derecho aplicable al caso propuesto por la defensa. Si bien es cierto que la letra del art. 7° de la ley 24.390 no hace distinciones entre tipos de delitos, ello no implica que no deban hacerse distinciones en las consecuencias jurídicas aplicables a unos y otros. Esta técnica interpretativa puede conducir a severos errores. Por ejemplo, el artículo 75, inc. 20 de la Constitución Nacional establece que el Congreso de la Nación está facultado para “conceder amnistías generales” y nada dice respecto de ninguna distinción en cuanto a los crímenes que podrían ser alcanzados por ellas, aunque es posible sostener que no todos los crímenes son amnistiables. Las normas constitucionales y legales no pueden interpretarse de modo aislado como si no fueran parte de un complejo entramado de principios y reglas que, juntos, mantienen la integridad del derecho. La diferencia entre delitos ordinarios y crímenes de lesa humanidad, de raíz ontológica pero también reconocida por el derecho positivo y judicial, obliga a interpretar el art. 7° de la ley 24.390 de un modo que excede la mera y estrecha lectura de las palabras de esa cláusula.

mo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos. En el fallo apelado se afirmó también que procedía la anulación de la decisión del TOF n° 2 no obstante lo decidido por esta Corte en el precedente “Arce” (Fallos: 331:472), pues consideró que dicho precedente no era aplicable al presente caso en razón de que el hecho endilgado a Arce fue cometido durante la vigencia de la ley 24.390, mientras que el hecho imputado en autos había sido cometido antes de su sanción.

3°) Que contra el citado pronunciamiento la defensa de Muña dedujo recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibles, lo que dio lugar a la presente queja. La recurrente objetó la decisión con apoyo en la doctrina de arbitrariedad de sentencias y sostuvo que se encontraban afectados los principios de legalidad y de aplicación de la ley penal más benigna consagrados en la Constitución Nacional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

4°) Que en autos se cuestiona el alcance del art. 2° del Código Penal, sustentado en los principios con je-

rarquía constitucional de, por un lado, legalidad, que emerge del art. 18 de la Constitución Nacional y, por el otro, de aplicación de la ley más benigna, consagrado en los arts. 90 de la CADH y 15.1 del PIDCP —convenciones internacionales que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad por así disponerlo el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional—, así como también la garantía del plazo razonable contenida en el art. 7.5 de la CADH, y la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

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 recurrida, de manera que ambos asuntos serán considerados de modo conjunto (fallos: 307:493; 321:703; 327:5515; 329:1951, entre otros).

Desde el punto de vista ontológico, diferentes posturas filosóficas defendidas por un grupo importante de autores relevantes en este debate, como Hannah Arendt (4) y Carlos Nino (5) entre muchos otros, han justificado esa distinción y, en consecuencia, el tratamiento diferenciado que el derecho debe darles a unos y otros crímenes. Esa distinción emerge en términos normativos positivos a partir del artículo 6° de la Carta de Londres que habilitó el Juicio de Nüremberg para juzgar a los responsables de crímenes de lesa humanidad durante la vigencia del régimen nazi, y continúa perfeccionándose en el derecho internacional consuetudinario y en el derecho internacional positivo alcanzando su zenit en el Tratado de Roma que establece la creación del Tribunal Penal Internacional. El artículo 7° de este acuerdo define el alcance del concepto

de crímenes de lesa humanidad (6). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en el caso “Barrios Altos v. Perú” (7), retoma el concepto y, a partir de la interpretación que realiza de los compromisos contraídos por los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entiende que los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados ni resultar alcanzados por el instituto de la prescripción. La Corte Suprema argentina, en los casos “Simón” (8) y “Mazzeo” (9), construye sobre los cimientos de *Barrios Altos* para determinar que las leyes y decretos argentinos que limitaron la responsabilidad penal de aquellos que hubieran perpetrado crímenes de lesa humanidad no son válidas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos reco-

(4) ARENDT, Hannah, “Eichman in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil”, Penguin Books, primera Ed. 1963, 1994.

(5) NINO, Carlos S., “Radical Evil on Trial”, Yale University Press, New Haven, 1996. Versión en castellano: Juicio al mal absoluto, Ariel, Buenos Aires, 1997/2006. Ver también, Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, Beacon Press, Boston, 1998.

(6) Para un análisis equivalente sobre la evolución histórica del derecho internacional aplicable al caso “Brignone”, ver NUN, José, “Lo que la Corte olvidó en su polémico fallo sobre el ‘dos por uno’”, *Diario La Nación*, 19 de mayo de 2017.

(7) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de marzo de 2001.

(8) Fallos: 328:2056.

(9) Fallos: 330:3248.

5°) Que la cuestión que esta Corte debe decidir es si el cómputo de la detención y de la pena que debe cumplir el recurrente debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el derogado art. 7° de la ley 24.390, que reformó el art. 24 del Código Penal y reguló de modo más favorable al imputado el cómputo de la prisión preventiva, o si dicha ley no es aplicable sea en virtud de que el hecho fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia (BO 22/11/1994) y el encarcelamiento y la condena tuvieron lugar con posterioridad a que el art. 7° fuera derogado y sustituido por la ley 25.430 (BO.01/06/2001) o por cualquier otra razón.

6°) Que el art. 2° del Código Penal dispone: “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 tanto el art. 3° del mismo código establece que “En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado”.

A su vez, esta Corte ha reconocido carácter material a las reglas referidas al cómputo de la prisión preven-

tiva haciendo con ello aplicable el principio de la ley penal más benigna a dicha materia (causa “Arce”, Fallos: 331:472).

7°) Que según se ha señalado en reiteradas oportunidades, la primera fuente de interpretación de la ley 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 aquella 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 efec-

nocido como derecho propio por el Estado argentino. En suma, la distinción ontológica y la consecuente distinción jurídica entre delitos comunes y crímenes de lesa humanidad, distinción aceptada por el mismo legislador que sancionó la ley 24.390 al ratificar los tratados internacionales relacionados, *obliga* a interpretar el artículo 7° de la ley 24.390 de modo consistente con esa distinción. Entender que porque las palabras de esa cláusula no distinguen entre ambos tipos de delitos, la diferencia no existe, supone ignorar no solo el derecho internacional y constitucional vigente en nuestro país, sino también la interpretación de ese derecho realizada por la Corte Suprema en reiterada y consistente jurisprudencia reciente (10). Volviendo sobre lo expresado en la sección anterior, la estrechísima y acotada elección del material jurídico relevante para la resolución del caso —el art. 7 de la ley 24.390, el art. 2 del Código Penal y el art. 16 de la Constitución Nacional— com-

binada con la decisión de adoptar una interpretación literal de estas normas parece dotar al razonamiento desplegado por la Corte de una aparente lógica de la que en realidad carece por haber excluido normas de derecho internacional e interpretaciones que de ellas han hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Corte Suprema. Aun cuando la interpretación literal fuera posible sin que sea atravesada por valoraciones que requieren ser justificadas, ella se realiza sobre un material jurídico incompleto y erróneamente circunscripto a las tres normas mencionadas.

Detengámonos ahora sobre la teoría interpretativa textualista que defienden los tres jueces que integran la mayoría en el caso “Bignone”. Los tres, pero quizá más explícitamente Rosatti en su voto propio, sugieren que el texto de la ley 24.390 y la interpretación clásica del principio de igualdad constitucional como no discriminación o trato no arbitrario lo *obliga* a decidir del modo en que lo hacen, pues el texto es *claro* y no pone de manifiesto ninguna voluntad del legislador de realizar una distinción en la aplicación del beneficio de reducción de la condena efectiva del recurrente. Los juristas textualistas en materia interpretativa como Antonin

(10) Para un detallado análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en línea con este argumento ver Hernán V. Gullco, “Caso ‘Muiña’: ¿Es verdad que la “ley” obligaba a la mayoría a resolver como lo hizo?”, Revista LA LEY, 18 de mayo de 2017, p. 16.

túa 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 quo* resulta inaceptable porque contradice el claro texto del art. 2° del Código Penal. 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 aun, el uso del adverbio “siempre” en el texto del art. 2° 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. Es importante dejar sentado que esta Corte, en virtud de la doctrina consagrada a partir del precedente “Cristalux” (Fallos: 329:1053) por remisión a la disidencia del juez Petracchi en “Ayerza” (Fallos: 321:824), ha aceptado la aplicación universal

del principio de la ley penal más benigna admitiendo solo limitadas excepciones que no se configuran en el presente caso.

8°) Que la ley 24.390 fue sancionada el mismo año en que el Pacto de San José de Costa Rica obtuvo jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) y procuró darle operatividad a ese instrumento internacional. En ese sentido, el art. 9° de la ley 24.390 estipuló que dicha ley, que buscó compensar a quienes fueron privados de su libertad sin sentencia firme más allá del plazo en que razonablemente debió cesar el encarcelamiento provisorio, es reglamentaria del art. 7°, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

9°) Que sin perjuicio de los fundamentos invocados por la Cámara y por el recurrente, en la tarea de interpretar y aplicar las disposiciones de carácter federal involucradas en la presente causa la Corte no se encuentra limitada por aquellos argumentos, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado según la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 317:1773; 321:1047; 326:2880).

Scalia (11) y su fuente inspiradora, Robert Bork (12), en el derecho constitucional de los Estados Unidos, o Rosenkrantz y Rosatti en el nuestro, creen que la estricta aplicación de la letra de la ley los libera de la responsabilidad de tomar decisiones valorativas en el proceso de aplicación de la norma, expresando así su fidelidad a la voluntad del legislador a través de la aplicación del texto al caso sin que medien interpretaciones o decisiones valorativas. Sin embargo, lo que las teorías textualistas pasan por alto es que en la decisión respecto de cuál es el material jurídico a aplicar “textualmente” y en la asignación del alcance del significado de esas palabras se en-

cuentra involucrada una decisión valorativa ineludible. En este caso, por ejemplo, la exclusión de la generosa normativa internacional y nacional, así como de su interpretación por los tribunales nacional e internacional como material relevante para resolver el caso, combinado con una supuesta lectura “textual” de las normas seleccionadas encierra ineludiblemente una serie de decisiones valorativas ocultas detrás de un supuesto literalismo. Como ha defendido el ex Presidente de la Corte Suprema israelí, Aharon Barak, las normas siempre tienen un propósito —que combina elementos subjetivos y objetivos— y su interpretación no puede ir *contra* ese propósito (*purposive interpretation*) (13). Interpretar las palabras de una norma en contradicción con el propósito de la norma es un error en materia interpretativa. Hay dos razones por las que uno podría decir que la interpretación literal que la mayoría de la Corte Suprema hace de los artículos 2° del Código Penal y del art. 7° de la ley 24.390 conspira contra los propósitos de esas normas y, por lo tanto, la operación tex-

(11) SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997. Norman Dorsen, “The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer”, <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/519/791958/The-relevance-of-foreign-legal-materials-in-U-S>. Publicada en *Int J Const Law* (2005) 3 : 519-541, p. 523. En contraposición a las ideas de Scalia, ver Stephen Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, Alfred P. Knopf, New York, 2015, Parte IV.

(12) BORK, Robert, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

(13) BARAK, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton, 2005, Parte II, pp. 88-96.

Corresponde entonces precisar, en primer lugar, que se encuentra fuera de discusión que para esta Corte los delitos por cuya comisión se condenó al recuriente tienen carácter permanente. Así se decidió en “Tarnopolsky” (Fallos: 322:1888, considerando 10 del voto de la mayoría y sus citas). La misma calificación prevé el art. 3° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 (aprobada por ley 24.556 y elevada a jerarquía constitucional por ley 24.820) según el cual los Estados Partes deben adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas y considerar dicho delito como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

De acuerdo con el tenor literal del art. 2° del Código Penal, como ya se dijo, es indisputable que la solución más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, sin distinciones. A todo evento, la característica definitoria de los delitos permanentes es que ellos se cometen durante cada uno de los segmentos temporales del lapso que transcurre desde que el imputado comenzó a desplegar la

conducta típica hasta que cesó de hacerlo. Dicha característica 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.

10) Que, entonces, la interpretación adecuada del art. 2° del Código Penal es que resulta también aplicable a los delitos permanentes. En efecto, si el legislador, a quien le compete realizar las distinciones valorativas que pudieran corresponder, hubiera considerado que el art. 2° 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. Más aún, cuando el legislador quiso estipular como relevante algún momento en especial de todos aquellos durante los cuales los delitos permanentes son cometidos, lo hizo de modo explícito. En ese sentido, el art. 63 del Código Penal, por ejemplo, establece que en los delitos permanentes para determinar cuándo

tualista no resulta tan obvia ni aséptica como pretenden quienes la defienden. En primer lugar, la noción de ley “más benigna” expresa una ambigüedad de significado que requiere de una opción valorativa que hace imposible la supuesta aplicación literal de las normas mencionadas. El propósito del principio de la ley más benigna en el derecho penal liberal está vinculado con la necesaria relación que debe existir entre la aplicación de una sanción penal a una conducta, por un lado, y la valoración de esa conducta por parte de la comunidad como negativa y, por el otro, con la correlación que debe darse entre la métrica de esa sanción y la valoración negativa de la acción sancionada. Por ejemplo, si el derecho penal sancionara penalmente con prisión de tres años la tenencia de estupefacientes para el consumo personal en el momento T1 y una persona resultara condenada en consecuencia. Luego, en T2, si la comunidad considerara que la acción no es tan grave como se consideraba en T1 y redujera la sanción a 2 años o incluso considerara que no debería sancionarse esa conducta, la persona que resultó condenada en T1 no debería continuar privada de su libertad en T2 por haber realizado una conducta que en el presente (T2) la sociedad ya no considera dis-

valiosa, o no la considera *tan* disvaliosa como la consideraba en T1. A la luz de esta noción de “ley más benigna” la Ley del 2x1 no expresa un cambio de valoración respecto de las conductas sancionadas, sino que al dictarse esa norma la sociedad mantuvo la valoración negativa de la conducta, así como también la correlación entre su disvalor y la sanción penal, pues las condenas no variaron. Solo se alteró el modo de calcular el cómputo de la condena —la *misma* condena— a la luz de los años en los que el sancionado estuvo privado de libertad sin pesar sobre él o ella una condena. Si éste fue el propósito de la ley del 2x1, entonces no estamos ante un caso de aplicación del art. 2 del Código Penal. La Corte Suprema, sin embargo, entendió, con una importante parte de la doctrina, que el concepto de “ley más benigna” debía ser entendido en términos más amplios, abarcando cualquier norma que tuviera un impacto más beneficioso para el sancionado penalmente. En cualquier caso, existiendo esta ambigüedad en el significado de la noción de “ley más benigna”, resulta claro que no hay posibilidad alguna de realizar una aplicación literal del texto de la norma y que, en consecuencia, no es correcto afirmar que la Corte se encontraba constreñida

comienza a correr el plazo de la prescripción, debe tenerse en cuenta el momento en el que cesan de cometerse. Debe recordarse que esta Corte tiene dicho que la consecuencia en el legislador no se presume (Fallos: 304:1820; 306:721; 307:518; 315:2668, entre tantos otros), de manera que no pueden caber dudas sobre la plausibilidad de las consideraciones precedentes.

11) Que aún si existiese alguna duda respecto de la aplicabilidad del art. 2° del Código Penal a delitos como el castigado por la sentencia cuya validez se discute en autos, esta debe 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 los derechos. Del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) se deriva la exigencia de resolver las dudas interpretativas en la forma más restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que

caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico (conf. considerando 23 del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda en "Arriola", Fallos: 332:1963).

12) Que la manera de resolver el caso que aquí se ordena precisa la postura de la Corte sobre un punto en el que este Tribunal no había establecido una doctrina.

En efecto, en "Jofré" (Fallos: 327:3279) y "Gómez" (Fallos: 327:3274) se discutió si correspondía la aplicación de la ley 24.410 que aumentó las penas para el delito de sustracción, retención y ocultación de un menor de diez años (considerado de carácter permanente) pero los votos que formaron la mayoría no tenían fundamentos compartidos (mientras que la jueza Highton de Nolasco desestimó el recurso en base al art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación otros cuatro jueces concurren con su voto a desestimar el recurso remitiendo al argumento del señor Procurador General, quien consideró que el art. 2° del Código Penal no era aplicable a los delitos permanentes. Los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni disintieron

radicalmente por las palabras del código penal o de la ley 24.390. En la aplicación igualitaria del concepto "literal" de ley más benigna y del texto del art. 7° de la ley 24.390, la mayoría de la Corte Suprema tomó una decisión valorativa que, por sus consecuencias, debió al menos justificar y fundar, y no ocultar detrás de un enfoque interpretativo.

Por otra parte, podemos identificar un argumento adicional que impugnaría la supuesta tesis de la aplicación literal de la ley con independencia de su propósito. Es verificable el hecho de que el legislador no intentó beneficiar a los condenados por crímenes comunes, y mucho menos a los condenados por crímenes de lesa humanidad, sino desalojar las cárceles superpobladas e imponer un incentivo sobre los jueces para que aceleren la resolución de las causas que involucraran detenidos con prisión preventiva. Una vez más, no estamos ante un cambio de valoración de la conducta, sino ante una política carcelaria que apuntaba a mitigar el drama de la sobrepoblación en las prisiones. Finalmente, la ley 24.390 de 1994 se sancionó en momentos en los que lo no existían personas a las que debía aplicárseles penas por de-

litos de lesa humanidad, pues estaban en vigor los indultos proporcionados por Menem, lo que contribuye a hacer evidente que el legislador no consideró una distinción entre delitos que no tenía sentido distinguir por inexistencia de casos concretos de uno de ellos. En modo simétrico al razonamiento de la Corte, podría oponerse a su decisión un contrafáctico que propusiera la hipótesis de imaginar cuál hubiera sido la decisión del Congreso si hubiera habido al momento de la sanción de la ley 24.390 personas acusadas o condenadas por crímenes de lesa humanidad. Uno podría conjeturar, en ese caso, que dada la enorme cantidad de normas en el derecho internacional aplicables en Argentina y de normas o interpretaciones de normas nacionales que reconocían la distinción, si hubieran existido casos de condenas por crímenes de lesa humanidad vigentes al momento de sancionar la norma, el legislador *hubiera hecho* la distinción que no hizo en otro contexto. Es probable que esto sea lo que expresaron la dos Cámaras del Congreso al sancionar en menos de 24 horas el 10 de mayo de 2017, una semana después de emitido el fallo *Bignone*, la ley 27.362 que expresa ese trato diferenciado en la aplicación de la ley 24.390.

y ordenaron dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido).

En “Landa” (Fallos: 328:2702), donde se discutió la misma cuestión que en los casos mencionados precedentemente, la mayoría, que también remitió al dictamen del señor Procurador General, únicamente decidió que el recurso extraordinario era improcedente porque adolecía de graves defectos de argumentación que lo descalificaban desde la perspectiva de la exigencia de adecuada fundamentación que prescribe el art. 15 de la ley 48 y que, además, sus planteos habían sido extemporáneos.

Por su parte, en “Rei” (Fallos: 330:2434), donde también estaba en cuestión la aplicación de la ley 24.410 más gravosa, la mayoría del Tribunal, también por remisión al dictamen del señor Procurador Fiscal, desestimó el recurso sin examinar los agravios.

A diferencia de lo decidido en todos los casos descriptos, en el de autos, en virtud del modo en que el recurrente planteó la cuestión, no hay duda alguna acerca de la naturaleza federal del agravio.

Una posición que comparten Rosenkrantz y Rossatti de acuerdo con lo que han expresado en sus escritos académicos y en las respuestas brindadas a los Senadores en la Sesión de aprobación de sus nominaciones, es su rechazo a lo que se ha dado en llamar activismo judicial. Ambos jueces, por diferentes razones, entienden que el rol de los jueces debe limitarse a la aplicación de las decisiones constitucionales o legislativas tomadas por el pueblo, de allí su suscripción a posturas textualistas, literalistas o incluso originalistas en materia de interpretación legal y constitucional. Como sostuve en otro trabajo, el rechazo de Rosenkrantz al activismo judicial parece inspirarse en los escritos y posturas defendidas por dos famosos juristas estadounidenses, el recientemente fallecido juez de la Corte Suprema Antonin Scalia y el profesor Robert Bork (14). El problema que preocupa a Rosenkrantz es el de la discreción de los jueces que, amparados en la vaguedad del lenguaje constitucional deslicen sus propias valoraciones y concepciones de justicia en sus fallos,

(14) SABA, Roberto P., “No huir de los tratados”, en Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en prensa.

Finalmente, en “Arce” (Fallos: 331:472) se 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.

13) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se ha expedido puntualmente sobre la aplicación de la ley penal más benigna a los delitos permanentes. En efecto, en “Gelman vs. Uruguay” (sentencia del 24 de febrero de 2011) y en “Tiu Tojín vs. Guatemala” (sentencia del 26 de noviembre de 2008) 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 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. 3° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) y, por el otro, era consecuencia de la obligación de investigar y san-

avanzando sobre el poder de autogobierno de las mayorías democráticas expresadas sobre todo en las decisiones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. El juez expresó esta preocupación en sus trabajos académicos dedicados a justificar su posición contraria al recurso por parte de los magistrados de citas correspondientes a tribunales extranjeros —o internacionales, a los que asimila a los extranjeros (15)— pues entiende que en la permisividad de esos “préstamos” jurisprudenciales se esconde la posibilidad de que los magistrados recurran a la selectividad o manipulación de ese derecho judicial, por medio de una especie de *shopping* de precedentes en beneficio de sus argumentos. Rosenkrantz rechaza la utilización autoritativa —e incluso no autoritativa— de sentencias extranjeras o de tribunales internacionales —a los que Argentina reconozca o no jurisdicción— que mejor respalden su decisión, sin que medie ninguna

(15) ROSENKRANTZ, Carlos F., “En contra de los ‘Préstamos’ y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 6, nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 International Journal of Constitutional Law, 2003, ps. 269-295.

cionar hechos de tal especie así requerida por el *ius cogens*. En ninguno de los casos mencionados hubo pronunciamiento alguno respecto de la aplicación de una ley más benigna.

En “Argüelles y otros vs. Argentina” (sentencia del 20 de noviembre de 2014) tampoco estaba en cuestión la aplicación del beneficio concedido por el art. 7° de la ley 24.390. Los demandantes, en este caso, invocaron la ley mencionada al solicitar que se reforme el derecho argentino para que se establezca un plazo máximo de duración respecto del encarcelamiento preventivo por cuanto la ley 25.430, que derogó la norma antedicha, no lo fija. El tribunal respondió, sin tratar la cuestión que aquí debe decidirse, que no correspondía dictar un pronunciamiento específico sobre el particular porque la detención de los demandantes había cesado antes de la sanción de la ley 24.390.

14) Que según nuestro orden jurídico, las leyes penales intermedias promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplica re-

troactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores.

A los efectos de determinar la procedencia de la aplicación ultraactiva del art. 7° de la ley 24.390 al caso de autos, 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 Muiña estuvo detenido preventivamente desde el 1° 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 Muiña debe practicarse conforme con lo dispuesto en el art. 7° 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. 2° del Código Penal.

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

razón para haber hecho esa elección de un precedente foráneo salvo por un uso estratégico y retórico. Así, afirma que “El peligro de que las decisiones de nuestros jueces sean vistas como discrecionales aumenta cuando ellos usan o se refieren en sus sentencias al derecho extranjero por la sencilla razón de que hay tantas fuentes de derecho extranjero como países y, por lo tanto, tantas posibilidades de decisión como fuentes” (16). En el mismo sentido, Scalia, al referirse a un caso en el que se debatían en la Corte de la que formaba parte cuál era el alcance de las facultades del jurado en el marco de la aplicación de la pena de muerte, aludía a la probabilidad de que citar en forma autoritativa jurisprudencia extranjera conduzca a lo que él llama manipulación: “Como se sabe, supongamos que quiero hacer algo: entonces debo pensar en una razón para hacerlo. Tengo que escribir algo que suene como si fuera dicho por un abogado. Tengo que citar *algo*. No puedo citar un precedente estadounidense porque estaría contradiciendo

una práctica de doscientos años. No puedo citar una ley decidida por el pueblo de los Estados Unidos porque en efecto solo dieciocho de los treinta y ocho estados que tienen pena de muerte establecen que el jurado no puede determinar si una persona es discapacitada mental y si ello es relevante. ¿Qué voy a usar? Encuentro una decisión tomada por una persona muy inteligente en Zimbabue o en cualquier otro lugar y la cito. ¡Por dios, realmente suena abogadil! Y así tiene lugar la manipulación” (17). Ambos jueces recientemente designados, en sus respectivas audiencias en el Senado para la aprobación de sus pliegos se pronunciaron a favor de una postura judicial autolimitada y de una pronunciada deferencia al legislador por parte del juzgador cuando existieran dudas interpretativas. Así, los dos magistrados, conciben su rol de un modo compatible con la teoría interpretativa textualista que escogen. Sin embargo, el textualismo no es la vía por la que se limita efectivamente la discreción judicial. Al contrario, el recurso al textualismo vuelve al intérprete judicial aún menos responsable o *accountable* frente a la ciudadanía.

(16) ROSENKRANTZ, Carlos F., “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 6, nro. 1 (2005), p. 210.

(17) DORSEN, Norman, “The relevance of foreign legal materials ...”. La traducción es mía.

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.

Más aun, 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. 2° del Código Penal, en razón de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional y por los arts. 9° 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.

16) Que asimismo el Estatuto de Roma —instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional,

tribunal permanente establecido para juzgar a los individuos responsables de los más graves delitos que afectan al mundo entero, tales como genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cuya implementación se aprobó en nuestro país a través de la ley 26.200—, incorpora el principio de ley penal más benigna en cuanto dispone en el art. 24.2 que “De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”.

Los tribunales internacionales encargados de juzgar violaciones a los derechos humanos han reconocido el carácter imperativo de la aplicación del principio de ley penal más benigna. Así por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), en “Dragan Nikolic” (fallo del 18 de diciembre de 2003) , si bien no hizo lugar al pedido de aplicación del principio de ley penal más benigna en virtud de que estimó que era solo aplicable cuando la comparación normativa se realizara entre dos leyes de la misma jurisdicción, afirmó que dicho principio, al

nía pues su discreción se esconde detrás de una supuesta operación avalorativa como lo es la aludida aplicación literal de la ley, previamente escogida como relevante para resolver el caso.

IV. Segundo argumento: deferencia al legislador

Uno de los argumentos centrales del caso *Brignone* es el que se refiere a la aplicación del principio de igualdad ante la ley y de la imposibilidad de la Corte Suprema de hacer distinciones allí donde el legislador no las ha hecho, en relación con la supuesta imposibilidad de no aplicar el beneficio del 2x1 a casos de crímenes de lesa humanidad. En forma consistente con el recorte estrecho del material jurídico relevante señalado más arriba, los Jueces Rosenkrantz y Highton afirman 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 aquella contempla (*Fallos*: 313:1007). (...) A todo evento, el razonamiento del a qua resulta inaceptable porque contradice el claro texto del art. 2° del Código Penal. 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 aun, el uso del adverbio ‘siempre’ en el texto del art. 2° 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” (18). De modo concordante, pero en sus propias palabras, el Juez Rosatti sostiene en su propio voto que “esta 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,

(18) Caso “Bignone”, consid. 7°.

que consideró contenido *inter alia* en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978 y en legislaciones nacionales como Suecia y Alemania, constituye un estándar reconocido internacionalmente en torno a los derechos de los acusados (párrafos 160-161). A su vez, el mismo tribunal en “Miroslav Deronjic” (caso n° IT-02-61-A) 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).

17) Que lo señalado precedentemente lleva a concluir que la resolución impugnada se aparta de las normas convencionales y constitucionales conducentes para la debida solución de la causa, lo que impone su revocación.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Notifíquese, acumúlese

la queja al principal y devuélvase. — *Ricardo L. Lorenzetti* (en disidencia). — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda* (en disidencia). — *Horacio Rosatti* (por su voto). — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Voto del doctor *Rosatti*

Considerando:

1°) Que en el caso y en lo que aquí interesa, Luis Muña fue condenado a la pena de trece años de prisión por delitos de lesa humanidad (arts. 2°, 40, 41, 45, 54, 55, 144 bis inciso 1° y último párrafo, en función del art. 142 inciso 1° —texto según ley 20.642— y art. 144 ter primer párrafo —texto según ley 14.616—, todos ellos del Código Penal de la Nación) y, al realizarse el cómputo de detención y pena, se aplicó el art. 7° de la ley 24.390 “en su versión original por resultar ley penal más benigna”, esto es, de conformidad con lo estipulado por el art. 2° del Código Penal (fs. 4). De acuerdo con esta disposición, luego de transcurridos los dos primeros años de prisión preventiva, se computaron dos días de prisión por cada día de encarcelamiento cautelar efectivamente cumplido.

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”. Es probable que haya sido en base a este argumento que deposita la responsabilidad de la falta de distinción entre delitos comunes y de lesa humanidad en la aplicación del beneficio del 2x1 que, después del fallo y en tiempo record, el 10 de mayo el Congreso de la Nación proporcionara una especie de pauta interpretativa del art. 7 de la Ley 24.390 y estableciera por medio de la ley 27.362 que el cómputo indicado en esa norma derogada en 2004 no debería aplicarse a casos de crímenes de lesa humanidad. Es también probable que esta nueva norma sea utilizada en el futuro en casos similares a *Bignone* para justificar el cambio de posición de algunos de los jueces que votaron en ese fallo con la mayoría.

Esta postura deferente hacia el legislador motiva varias reflexiones. En primer lugar, anticipa una Corte Suprema en la que al menos dos de sus jueces adoptarán una postura fuertemente autorrestrictiva en materia de interpretación constitucional reconociendo al Congreso cierta primacía sobre los tribunales para determinar el significado de las cláusulas constitucionales. Es

cierto que la Corte Suprema ha desarrollado por décadas una doctrina en la que las decisiones del Congreso deben presumirse constitucionales dejando para casos excepcionales la declaración de inconstitucionalidad de una norma decidida por los legisladores, sin embargo, aun partiendo de esa presunción, los jueces pueden adoptar una postura más o menos deferente hacia el legislador de acuerdo con sus respectivas teorías interpretativas de la Constitución, y la postura de la mayoría de tres jueces en este caso parece indicar que se optaría por niveles altos de deferencia, de mantenerse una postura coherente con la del fallo *Bignone* en el futuro. En segundo lugar, resulta profundamente llamativo que la postura deferente adoptada por la mayoría de la Corte no sea consistente con la conservadora y estrecha selección del material jurídico relevante realizada para la resolución del caso a la que me refería más arriba, pues el legislador ha venido dando fuertes señales a favor de una distinción marcada entre crímenes comunes y crímenes de lesa humanidad: invalidación por parte del Congreso de la Nación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, anulación de los indultos a condenados por esos delitos, y ahora la reforma de la 24.390, por citar solo algunos ejemplos a los que se debería

Contra esta decisión, el Ministerio Público Fiscal dedujo recurso de casación por entender que la versión original de la ley 24.390 —que incluía el citado art. 7° posteriormente derogado— no era aplicable al caso (fs. 9/19).

2°) Que la sala 4ª de la Cámara Federal de Casación Penal coincidió con los argumentos de la parte recurrente, y entendió que no correspondía otorgarle el carácter de ley penal más benigna al derogado art. 7° de la ley 24.390, que contenía la fórmula de cómputo del “2 x 1”.

Para ello, afirmó que “una sociedad no puede castigar más severamente un hecho ocurrido en el pasado que el mismo hecho ocurrido en el presente, puesto que las normas reflejan la valoración social de la conducta para una comunidad y ese es un límite del poder punitivo del Estado. Esto es: tenemos el derecho constitucional a la aplicación de la ley penal más benigna retroactivamente en virtud de que el dictado de la ley más benigna refleja el cambio en la valoración que la comunidad efectúa respecto de la conducta imputada.

No obstante, 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.

Por ello, ella no es el tipo de norma para la cual se destina el derecho de aplicación de la ley penal más benigna” (fs. 30 vta./31).

Asimismo, el *a quo* sostuvo que no resultaba aplicable al presente lo decidido por este Tribunal en fallos: 331:472, “Arce”, toda vez que allí, al momento del hecho se hallaba vigente el art. 7° de la ley 24.390 —más benigno— circunstancia que impidió la aplicación retroactiva de la norma que lo había derogado (fs. 31). El tribunal de casación concluyó que “no se encuentra involucrado aquí el principio constitucional de legalidad, es su derivación de irretroactividad de la ley penal, sino un principio distinto, con fundamentos distintos: como dijimos, el principio de aplicación de ley penal más benigna” (fs. 31 vta.).

agregar la firma de tratados internacionales que establecen compromisos en el mismo sentido y la reforma constitucional de 1994 —por cierto posterior a la sanción del artículo 2 del Código Penal— y del artículo 16 de la Constitución Nacional. Si los jueces adoptasen una postura paradójicamente compartida por constitucionalistas formalistas y críticos y optaran por ser radicalmente deferentes al legislador, deberán también ampliar el espectro del material jurídico relevante a la totalidad de las decisiones tomadas por ese legislador, en contradicción con lo que la mayoría ha hecho en *Bignone*. Este argumento se relaciona con el anterior. La deferencia hacia el legislador, de ser coherente, no debería recortar como hace la Corte el material jurídicamente relevante del modo estrecho en que lo hizo. Una vez más, del mismo modo en que suele recriminársele a las posturas formalistas, textualistas y originalistas del tipo de la adoptada por la mayoría de la Corte, detrás de un movimiento aparentemente neutro caracterizado por abocarse exclusivamente a aplicar la letra de la ley, se esconde una decisión valorativa —que nunca puede ser arbitraria— de identificación de la ley cuya letra se convertiría en la cadena que ata al juzgador. Si la mayoría de la

Corte se encamina a convertir al tribunal en un órgano deferente del legislador, más allá de lo que ello entraña en términos de riesgos para la protección de derechos constitucionales, debería al menos ser coherente con esa postura.

V. Tercer argumento (implícito): asignación de un lugar radicalmente marginal al derecho internacional

La posición de la mayoría de la Corte en *Bignone* no puede entenderse sin una referencia a la postura exteriorizada el 14 de febrero de 2017 por la propia Corte en el marco del cumplimiento del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fontevecchia v. Argentina*. Ambas decisiones de la Corte no pueden justificarse sin presumir que este tribunal le asigna un lugar marginal al derecho internacional en general y al derecho internacional de los derechos humanos en particular, postura que tanto Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti han hecho explícita en sus trabajos académicos anteriores a su designación como miembros de la Corte Suprema argentina (19). El primero, en su rechazo

(19) Ver ROSENKRANTZ, Carlos F., “En contra de los “Préstamos” y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho

3°) Que contra el citado pronunciamiento, la defensa de Muiña dedujo recurso extraordinario federal, el cual fue declarado inadmisibles, lo que dio lugar al presente recurso de queja.

La parte recurrente objetó la decisión del *a quo* con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias y, al mismo tiempo, sostuvo que se encontraban afectados los principios de legalidad y de aplicación de la ley penal más benigna y el derecho a la igualdad, consagrados en la Constitución Nacional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

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 Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con remisión al derecho al debido proceso judicial y al principio de legalidad consagrados en los arts. 18, 19 y cc. de la Constitución Nacio-

nal; 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 (fallos: 307:493; 321:703; 327:5515; 329:1951; entre otros).

5°) Que la cuestión que esta Corte debe decidir es si el cómputo de la detención y de la pena efectuado en relación con el recurrente debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el art. 7° de la ley 24.390 —que modificó el art. 24 del Código Penal y reguló de modo más favorable al imputado el cálculo del tiempo cumplido de la prisión preventiva— o si dicha ley intermedia no es aplicable al presente caso, toda vez que el hecho fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia (B.O. 22/11/1994) y la imputación, el encarcelamiento preventivo y la condena ocurrieron una vez que el art. 7° ya había sido derogado, de conformidad con la ley 25.430 (B.O. 01/06/2001).

radical a la utilización de la jurisprudencia extranjera —que desde su perspectiva incluye la de los tribunales internacionales sin distinguir aquellos a los que Argentina reconoce jurisdicción como a los que no— y el segundo en su posición contraria a lo que define como “ultraconvencionalistas”. La decisión de no ver en el art. 7° de la ley 24.390 ninguna distinción en el tratamiento de crímenes de lesa humanidad solo puede entenderse si se interpreta que la mayoría asigna un lugar radicalmente marginal al derecho internacional de los derechos humanos, habiendo al menos dos precedentes claros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables al caso *Barríos Altos c. Perú y Ma-*

sacre La Rochela c. Colombia (20). Como señala Gullco, la mayoría en el caso *Bignone* contradice lo argumentado por la propia Corte en los casos *Arancibia Clavel* (21), *Simón y Mazzeo*, decididos entre 2004 y 2005, en torno a la relevancia de los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos para justificar la decisión de considerar inválidas normas que, más allá de quién o cómo se decidieron, impedían el juzgamiento y aplicación de sanciones penales a los perpetradores de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos (22). *Bignone* niega —a partir de ignorarla— esa zaga jurisprudencial y en particular *Simón*, lo que podría anunciar un apartamiento de la mayoría de la Corte y del Juez Rosenkrantz en particular de la doctrina de ese último fallo —como lo anticipó

extranjero”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 International Journal of Constitutional Law, 2003, pp. 269-295; Carlos F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 6, nro. 1 (2005); Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 13 de febrero, 2012, p. 1 y ss.

(20) Ver párrs. 192-198 sobre el principio de proporcionalidad de la condena de crímenes de lesa humanidad, en http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/masacre_la_rochela.pdf

(21) Fallos: 327:3294.

(22) GULLCO, Hernán V., “Caso ‘Muiña’: ¿Es verdad que la “ley” obligaba a la mayoría a resolver como lo hizo?”, Revista La Ley, 18 de mayo de 2017, p. 16.

6°) Que el art. 2° del Código Penal dispone: “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 tanto el art. 3° del mismo código establece: “En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado”.

A su vez, esta Corte Suprema ya ha reconocido el carácter material que ostentan las reglas referidas al cómputo de la prisión preventiva (fallos: 331:472 *in re* “Arce”, causa CSJ 671/2005 (41-C)/CS1 “Cano, Gustavo Germán s/ ejecución de sentencia - causa n° 1358/02/1”, sentencia del 5 de febrero de 2008 y CSJ 812/2011 (47-M)/CS1 “Montivero, Hugo César s/ causa n° 34.122/10”, sentencia del 24 de septiembre de 2013), las cuales —de acuerdo con la sistemática del Código Penal— se encuentran incluidas en el Título I del Libro I que lleva por título “Aplicación de la ley penal”.

7°) Que según se ha señalado en reiteradas oportunidades, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin violentar su significado específico,

máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente. Así, debe interpretarse que los términos utilizados en la redacción de la norma no son superfluos sino que han sido incluidos en ella con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos (fallos: 315:1256; 318:950; 324:2780); y que cuando esto no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones ajenas al caso que aquella contempla (allos: 313:1007).

8°) Que a partir de lo dicho puede afirmarse que el razonamiento del *a quo*, en tanto excluye a las cuestiones relacionadas con la prisión preventiva —y su cómputo— de los principios que rigen la aplicación de la ley penal más benigna, por aducir que este tipo de normas no reflejan “la valoración social de la conducta para una comunidad”, soslaya indebidamente la aplicación de lo dispuesto en los arts. 2° y 3° del Código Penal, debiéndose recordar que cuando el legislador utiliza —en la primera de las cláusulas citadas— el adverbio “siempre” no deja lugar a dudas respecto

en sus escritos académicos (23)— y un posible alejamiento de ese precedente también del Juez Rosatti, aunque su posición hiper-deferente hacia el Poder Legislativo podría hacer variar su postura de acuerdo con los mensajes que los legisladores envíen en sus decisiones, tal como lo que podría suceder con la aplicación de la ley del 10 de mayo distinguiendo entre delitos comunes y de lesa humanidad respecto de la aplicación del 2x1.

VI. La Corte Suprema y la construcción de una “cultura constitucional”

Rosenkrantz ha defendido en sus escritos académicos anteriores a su designación como juez de la Corte una postura contraria a la incorporación de referencias a decisiones de tribunales extranjeros e internacionales —incluso de aquellos a los que Argentina reconoce jurisdicción— como parte de la fundamentación de sentencias de tribunales nacionales para interpretar el sentido de la Constitución Nacional. Según este autor, la Argentina ha sido incapaz de desarrollar una “cultura constitucional”, entre otras razones, por haber recurrido desde la sanción de

su norma fundamental en 1853 a la importación de instituciones y jurisprudencia de tribunales extranjeros, particularmente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En este sentido, critica las conocidas posturas del autor del proyecto de Constitución Nacional, Juan B. Alberdi, y de figuras históricas como Domingo F. Sarmiento, quién defendía la adopción incluso de la jurisprudencia de ese tribunal como propia para construir las bases de nuestra tradición constitucional (24). Si bien afirma que no argumenta a favor de la desobediencia de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, su postura contraria a la incorporación de decisiones de tribunales internacionales al tener que interpretar la Constitución parece llevarlo a optar por asignarle al derecho internacional un lugar marginal en la cultura constitucional. Sin embargo, nuestra historia y tradición constitucional siempre le ha reconocido, desde el siglo XIX, un lugar sumamente relevante a los tratados internacionales en la construcción y preservación de los propios principios constitucionales. El proyecto constitucional argentino nace, en palabras

(23) Ver ROSENKRANTZ, Carlos F., “Advertencias...”

(24) SARMIENTO, Domingo, “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina”, 1856.

de su intención de extender la benignidad normativa para todos los supuestos.

De modo que no se trata aquí de que la judicatura se arroge la representación de la comunidad en la valoración social de una conducta, función propia del legislador en un Estado de Derecho, 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.

9°) Que tal como ha dicho Francesco Carrara, “...cuando la ley penal posterior es más benigna, es aplicable también a los delitos anteriores todavía no juzgados de manera definitiva... Esta regla inconcusa se extiende también al caso en que se repitan las variaciones de una ley. 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, a pesar de la tercera ley, porque al ser publicada la segunda, el delincuente había adquirido el derecho a la benignidad de ella, y ni el retardo en juzgarlo debe ponerse en su contra, ni ese derecho puede arrebatárselo la tercera ley...” (Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Tomo II, ed. Temis, Buenos Aires, 1977, ps. 217/218, el resaltado es propio).

En el presente caso, se encuentra fuera de discusión que en el tiempo intermedio entre la fecha de comisión de los hechos y el dictado de la sentencia condenatoria estuvo vigente la ley 24.390 —puntualmente, su art. 7°, que contemplaba una modalidad del cómputo más favorable al condenado— la que fue derogada, en lo que interesa, por la ley 25.430.

De tal modo, la resolución de la causa exige, a los fines de examinar la alegada benignidad de la ley intermedia, tener en cuenta tanto las claras disposiciones de la ley penal de fondo como el carácter material de las normas relacionadas con el cómputo de prisión preventiva.

de Juan B. Alberdi, con plena conciencia de la íntima relación que existe entre el compromiso de una comunidad política asumido en su norma fundamental y el paralelo compromiso asumido por el estado argentino respecto de esos mismos principios y derechos con otros Estados por medio de tratados internacionales. Alberdi no veía ambos compromisos como esferas aisladas y desconectadas entre sí, sino como dos expresiones de una misma y única adhesión a los mismos principios fundamentales que nos dan identidad como comunidad:

“Firmad tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición y de tránsito, les serán respetados. Esos tratados serán la más bella parte de la Constitución (...) Para que esa rama del derecho público sea inviolable y duradera, firmad tratados por término indefinido o prolongadísimo. No temáis encadenaros al orden y a la cultura. Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo (...) (25).

Alberdi, lejos de ver a los tratados o al derecho internacional como una amenaza a la consolidación de nuestra cultura constitucional, los veía como un reaseguro de su estabilidad y un mecanismo para reforzar los compromisos constitucionales:

“Nuestra política (...) debe promover y buscar los tratados de amistad y comercio con el extranjero, como garantías de nuestro régimen constitucional. Consignadas y escritas en esos tratados las mismas garantías de derecho público que la Constitución dé al extranjero espontáneamente, adquirirán mayor fuerza y estabilidad. Cada tratado será un ancla de estabilidad puesta a la Constitución. Si esta fuese violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias de ello; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra. Nada más erróneo, en la política exterior de Sud América, que la tendencia a huir de los tratados” (26).

(25) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases”, párr. XV.

(26) *Ídem*, párr. XXXIV. Para un punto similar al aquí presentado ver FILIPPINI, Leonardo, “El derecho inter-

10) Que lo señalado precedentemente lleva a concluir que el criterio que informa la sentencia impugnada se aparta de las normas conducentes para la debida solución de la causa, lo que impone su descalificación como acto jurisdiccional válido. Técnica-mente corresponde apartarse del pronunciamiento con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, pues la pieza en revisión no constituye una derivación razonada del derecho vigente al prescindir de la solución normativa prevista expresamente para el caso (CARRIÓ, Genaro, “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, segunda edición, p. 167 y ss., el resaltado es propio; fallos: 333:1325, entre otros).

11) Que esta 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 apli-

cabilidad 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 CSJ 210/2005 (41-V)/CS1 “Véliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640”, 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. 2° y 3° 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 constitucional de división de poderes e incurriéndose en una nueva causal de arbitrariedad de sentencia (SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 2, p. 161 y ss.).

Esta Corte ha destacado desde antiguo que “siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres departamentos, el

Más allá de la aparente disputa sobre el uso de jurisprudencia internacional o extranjera, ni Rosenkrantz, ni Scalia, ni el histórico contradictor de este último en la Corte de Estados Unidos, Breyer, creen que la jurisprudencia extranjera o internacional —de tribunales a los que el Estado no reconoce jurisdicción— deba ser autoritativa. No existen hoy voces que sostengan la existencia de beneficio alguno en el trasplante total que proponía Sarmiento en el Siglo XIX para los momentos fundacionales de nuestra cultura constitucional. La única diferencia entre las posiciones de Rosenkrantz y Scalia, por un lado, y la de Breyer, por otro, radica en el rechazo de la simple *cita* de esa jurisprudencia por parte de los primeros y la aceptación por parte del último (27). Sin embargo, el debate más interesante por sus consecuencias concretas para la construcción de una sólida cultura constitucional es el

que se refiere a la utilización de las sentencias emanadas de tribunales internacionales a los que el Estado reconoce autoridad o jurisdicción. En materia de derecho internacional es importante resaltar que éste es justamente el único punto en el que el propio líder de esta postura, el juez Scalia, hacía una excepción a su férrea oposición a los préstamos autoritativos. En efecto, respecto de la jurisprudencia de tribunales extranjeros conteniendo interpretaciones de tratados internacionales de los que Estados Unidos es parte, incluso el propio Scalia estaba de acuerdo con citar esos fallos en la propia jurisprudencia de la Corte de la que formaba parte (28). En 2004 se discutía en la Corte Suprema de los Estados Unidos un caso en el que debía aplicarse la Convención de Varsovia sobre responsabilidad de las compañías aéreas. La controversia versaba sobre una demanda interpuesta contra Olympic Airways por un pasajero asmático que había muerto supuestamente por inhalar el humo de los fumadores que compartían con él el avión. Allí Scalia votó en disidencia y le reprochó en

nacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

(27) Ver DORSEN, “The relevance of foreign legal materials...”, p. 523.

(28) Ver DORSEN, “The relevance of foreign legal materials...”, p. 521.

Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues su uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno” (fallos: 1:32; 338:1060, entre muchos otros), agregando asimismo que —en ese contexto— la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar (fallos: 155:248; 272:231; 311:2553; 328:3573; 329:1675, 3089; 338:488; 339:1077, entre muchos otros).

12) Que lo dicho no supone desconocer que los delitos de lesa humanidad expresa 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, tal como se describiera en las causas CSJ

203/2012 (48-V)/CS1 “Villamil, Amelia Ana c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios” del 28 de marzo de 2017 y CFP 14216/2003/TO1/6/1/CS1 “Alespeiti, Felipe Jorge s/ incidente de recurso extraordinario”, del 18 de abril de 2017 (considerandos 8° y 9° y 5° y 6°, respectivamente, de los votos del juez Rosatti).

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 establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes. En referencia a este tema, se ha dicho con razón que “cuando los juicios tienen lugar ante tribunales imparciales, con una amplia oportunidad para que el acusado sea escuchado, con profunda consideración de sus defensas, y el estricto cumplimiento de los procedimientos gobierna la prueba y la imposición del castigo, los beneficios del Estado de Derecho se demuestran públicamente. En el marco de un juicio, el valor del Estado de Derecho es aún más contrastante cuando se contraponen a la conducta ilegal de los imputados” (NINO, Carlos S., “Juicio al mal absoluto”, ed. Emecé, Buenos Aires, 1997, p. 228).

los fundamentos de su voto a sus colegas por haber ignorado las decisiones tomadas por los tribunales de apelación de Australia y de Gran Bretaña interpretando la convención de Varsovia de un modo muy diferente (29). Es interesante observar que el máximo detractor de la cita de precedentes extranjeros sostiene que en materia de interpretación de normas de derecho internacional es no solo recomendable, sino debido, recurrir a las interpretaciones de otros tribunales nacionales de una norma de derecho internacional que ata a los Estados Unidos. Si Scalia cree justificado este uso autoritativo particular de la jurisprudencia extranjera, ¿no resultaría lógico suponer que un argumento similar podría justificar utilizar autoritativamente la jurisprudencia de un tribunal internacional al que se le reconoce autoridad, mucho más si se trata de una sentencia que condena al propio Estado como sucedió en *Fontevicchia* o a Estados que suscriben el mismo tratado, como Perú en *Barrios Altos* o Colombia en *Masacre La Rochela*?

(29) “Olympic Airways v. Husain”, 124 S. Ct. 1221 (2004).

VII. La preocupación de fondo: evitar la discreción del juez

El problema que parece preocupar a Rosenkrantz, y también a Scalia, no es precisamente el uso autoritativo de la jurisprudencia extranjera o internacional, sino la probable selectividad o manipulación de esa jurisprudencia al abrir la posibilidad de que los jueces hagan una especie de *shopping* de precedentes en beneficio de sus argumentos —o mejor, de sus decisiones tomadas *a priori*—, buscando en el mundo la sentencia extranjera que mejor respalde su decisión, sin que medie ninguna razón para haber hecho esa elección de un precedente foráneo que su uso estratégico y retórico. Eso es lo que Rosenkrantz cree que la Corte Suprema argentina hizo en *Simón* cuando fundamentó su decisión en la sentencia de *Barrios Altos* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, este autor afirma que “El peligro de que las decisiones de nuestros jueces sean vistas como discrecionales aumenta cuando ellos usan o se refieren en sus sentencias al derecho extranjero por la sencilla razón de que hay tantas fuentes de derecho extranjero como países y, por lo tanto, tantas posibilidades de decisión

La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes referidas a su juzgamiento, pues de lo contrario se correría el riesgo de recorrer el mismo camino de declive moral que se transitó en el pasado.

13) Que, finalmente, en línea con lo expresado, cabe poner de manifiesto que 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, cuya rigurosa observancia no se pone en tela de juicio, debe ser cumplida por los tribunales argentinos sin vulnerar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso, cuyo incumplimiento también puede acarrear responsabilidad internacional.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al

tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Hágase saber y remítase. — *Horacio Rosatti*.

Disidencia del doctor *Lorenzetti*

Considerando:

1°) Que, por sentencia firme del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2, Luis Muiña fue condenado a la pena de trece años de prisión por ser considerado coautor penalmente 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 oportunidades; hechos cometidos durante la última dictadura militar y fueran calificados como delitos de lesa humanidad.

2°) Que, una vez firme el fallo condenatorio, se practicó el cómputo de pena. En dicha oportunidad, se esti-

como fuentes” (30). En el mismo sentido ha argumentado Scalia movido por su aversión a la manipulación judicial del derecho comparado como herramienta para justificar en forma encubierta su gran enemigo: el activismo judicial (31). Rosenkrantz conoce y señala la diferencia entre recurrir al derecho extranjero o al derecho internacional de los derechos humanos, pero igual sostiene su posición: “El uso o la referencia al derecho internacional de los derechos humanos no produce resultados tan dramáticos como el uso o la referencia al derecho extranjero pero, según yo entiendo, igualmente pone la discrecionalidad en un lugar donde no debería haberla” (32). Pero esto tampoco es lo que sucede con una sentencia de la Corte Interamericana —como por ejemplo la de *Barrios Altos c. Perú* o en *Masacre La Rochela c. Colombia*— y mucho menos cuando se trata

de un fallo en el que se condena a Argentina, como la de *Fontevéchia c. Argentina*.

Desde mi punto de vista, Rosenkrantz tiene razón en varios aspectos de su tesis. En primer lugar, asume que la Constitución no se limita al texto por medio del cual la conocemos y, por lo tanto, su aplicación no puede ser automática y no es posible sin recurrir al proceso interpretativo. Por el contrario, el Magistrado entiende, y coincide, que la Constitución es una práctica social que comprende, entre muchos otros aportes, la interpretación de ese texto, especialmente la realizada por los jueces. En segundo lugar, afirma también —y coincide— que esa práctica requiere que los magistrados, y en especial la Corte Suprema, argumenten a favor de las interpretaciones constitucionales que adoptan en sus decisiones y que lo hagan tomando como referencia interpretaciones anteriores en casos similares decididos por el tribunal o incluso por otros jueces del poder judicial nacional —sus propios precedentes—. En la audiencia en la que fue interrogado por los Senadores para lograr la aprobación de su pliego, Rosenkrantz, en referencia al recurrente cambio de doctrina jurisprudencia del tribunal en muchos temas,

(30) Ver ROSENKRANTZ, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nro. 1 (2005), p. 210.

(31) DORSEN, Norman, “The relevance of foreign legal materials ...”

(32) Ver ROSENKRANTZ, “Advertencias ...”, p. 210.

puló que Muiña se encontraba detenido desde el 1° de octubre de 2007, que resultaba de aplicación la disposición prevista por el art. 7° de la ley 24.390 en su versión original por resultar ley penal más benigna y que, en consecuencia, correspondía computar en forma diferenciada la totalidad del tiempo en detención posterior al 30 de septiembre de 2009, fecha en que se cumplieron los primeros dos años de prisión preventiva en esta causa hasta la fecha en que quedó firme su condena.

3°) Que el Tribunal Oral rechazó la observación al cómputo de pena que había formulado el Ministerio Público Fiscal. Para ello, se basó en el precedente “Arce” (fallos: 331:472) —cuya aplicación al caso había sido expresamente cuestionada por el acusador— y en el entendimiento que, contrariamente a lo sostenido por esa parte, el carácter permanente de los hechos por los que se dictó condena en esta causa no obstaculizaba a la aplicación ultra activa de la ley 24.390 en su redacción original.

4°) Que contra dicho decisorio, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación que fue acogido favorablemente por la sala 4ª de la Cámara Federal

de Casación Penal al entender que no era aplicable al condenado Muiña el cómputo privilegiado de pena previsto por la ley 24.390 —sancionada el 2 de noviembre de 1994— en su art. 7° —derogado por la ley 25.430 sancionada el 9 de mayo de 2001— por no constituir ley penal más benigna. Para ello, en lo que aquí interesa, sostuvo que el citado precepto no implicó la consagración de una nueva valoración de la conducta imputada sino que constituyó, meramente, un mecanismo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos. Asimismo, entendió que no se verificaban los supuestos tenidos en cuenta por este Tribunal en el precedente “Arce” (fallos: 331:472) por cuanto en el presente, a diferencia de la situación valorada en el citado caso, la ley 24.390 no era ley vigente al momento del hecho. Contra esta sentencia, la defensa oficial de Muiña interpuso recurso extraordinario, cuyo rechazo dio lugar a esta presentación directa.

5°) Que en su recurso extraordinario, el recurrente sostiene que el pronunciamiento impugnado consagra un criterio lesivo del principio de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna y del de-

como por ejemplo el de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, sostuvo acertadamente que no es admisible que la Corte modifique tanto sus propios precedentes. Argumentó que desentenderse de los precedentes relevantes no debería ser tan sencillo para el Tribunal, sino que los jueces deberían demostrar el error de una interpretación pasada y fundamentar la nueva postura. Remató destacando la reforma Constitucional de 1949 que establecía la obligatoriedad de los precedentes (33). Lamentablemente esto no es lo que sucedió en *Bignone* respecto de *Aranibia Clavel*, *Simón* y *Mazzeo*.

Según Rosenkrantz, la construcción progresiva de esta Constitución por medio de la interpretación constitucional —que Ronald Dworkin asimiló a la redacción colectiva de una novela encadenada (34) y que Carlos S. Nino comparó

con la construcción intergeneracional de una catedral (35)— no puede, y aquí disiento con el sendero que toma su teoría, estar contaminada por la incorporación “autoritativa” de decisiones de tribunales extranjeros o internacionales, pues ellos responden a otras prácticas, otros contextos sociales o históricos, y a otras tradiciones ajenas a la que la sociedad argentina en general y la Corte Suprema en particular, se encuentran construyendo en su propio contexto histórico y nacional. Debemos detenernos aquí en dos cuestiones fundamentales para comprender con precisión el pensamiento del profesor Rosenkrantz. En primer lugar, el autor no se opone a la utilización de fallos de tribunales de otros países o de derecho extranjero siempre que sea sólo a título de ilustración del modo en que una comunidad jurídica distinta de la de uno ha resuelto o tratado un cierto problema jurídico, aunque, como Scalia, preferiría que no se hiciera. Ese uso propio del derecho comparado no es impugnado por esta perspectiva. Lo que sería un movimiento prohibido en el juego interpretativo de Rosenkrantz es la utilización

(33) ANDÍA, María Gracia, “La audiencia de Rosenkrantz”, Bastión Digital, 15 de marzo de 2016, en <http://ar.bastiondigital.com/notas/la-audiencia-de-rosenkrantz>.

(34) DWORKIN, Ronald, “Law’s Empire”, Cambridge, Belknap Press, 1986.

(35) NINO, Carlos N., “The Constitution of Deliberative Democracy”, New Haven, Yale University Press, 1996.

recho a la igualdad, y denuncia asimismo arbitrariedad en lo resuelto, la que “se presenta derivada del alcance restrictivo y carente de fundamentación, que le fue otorgado... al art. 7 de la ley 24.390 y a las normas que regulan el plazo de prisión preventiva (art. 24 del C.P.), incurriendo en una interpretación *in mala partem* lo que implica una prohibición automática de la normativa en cuestión para situaciones como las de autos —imputación de delitos de lesa humanidad—... con afectación del derecho de igualdad”.

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 de la Constitución y en los arts. 9 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— y la decisión ha sido contraria al

derecho que fundaron en ellos (art. 14, inciso 3, de la ley 48) (Fallos: 329:5266 y 331:472). 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 (fallos: 330:3685, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

Por último, cabe recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del *a quo* ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

7°) Que la decisión judicial debe tener en consideración el sistema de fuentes que conforman la Constitución, los tratados de derechos humanos, las leyes penales y procesales, de manera de llegar a una conclusión coherente, basada en la comunicabilidad de principios entre fuentes diversas.

de esas interpretaciones o argumentos como si provinieran de un tribunal con autoridad para decidir en el contexto argentino, como lo proponía abiertamente Sarmiento respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sin embargo, aquí cobra especial relevancia la asimilación que realiza el autor del derecho y de la jurisprudencia extranjeros al derecho internacional y las interpretaciones que de él hacen los tribunales internacionales cuya jurisdicción aceptan los Estados firmantes de los tratados internacionales. Admite abiertamente “ni la constitucionalización de los tratados de derechos humanos ni nuestra pertenencia a la comunidad internacional blindan el uso del derecho internacional humanitario por parte de los jueces. [...] los tratados de derechos humanos son en un sentido importante, y aún a pesar de su constitucionalización, derecho de otro”; y agrega que “no obstante la pertenencia de nuestro país a la comunidad internacional, nosotros no ‘somos’ la comunidad internacional por lo que el derecho internacional no puede ser visto como un derecho hecho por nosotros cuya aplicación está a salvo totalmente del problema de la validación. Si bien es cierto que nuestros países pertenecen a la comunidad internacional

de ello no se sigue que las normas internacionales sean normas que ‘nosotros’ adoptamos. Ello es así, en virtud de que nuestra membresía a la comunidad internacional es remota o indirecta” (36). Para Rosenkrantz, el único derecho que puede considerarse autoritativo es el que es producido por la propia comunidad a la que se le aplica, y el derecho extranjero y el derecho internacional son generados por *otros* por una comunidad diferente a la *nuestra* (37).

Insisto, creo que Rosenkrantz está en lo cierto en dos aspectos de su teoría constitucional y de la consecuente teoría interpretativa que adopta: por un lado, el derecho constitucional no se limita al

(36) ROSENKRANTZ, “Advertencias a un internacionista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 6, nro. 1 (2005), p. 204-205.

(37) Es fundamental indagar en el concepto de comunidad que resulta determinante para Rosenkrantz al definir quiénes se encuentran facultados a intervenir en la gran conversación sobre la interpretación de las normas que expresan la protección de nuestros derechos. Ver SABA, Roberto P., “No huir de los tratados”, en Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en prensa.

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.

Que por esta razón es necesario calificar este caso, en primer lugar, como un aspecto de los delitos de lesa humanidad, tipificados por esta Corte (fallos: 328:2056). Respecto de esta categoría este Tribunal ha señalado que 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).

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.

Cabe señalar 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, no solo de esta Corte Suprema, sino de todo el Poder Judicial. 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.

8°) Que ingresados a la cuestión de los agravios vinculados con la vulneración del principio de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna, la defensa oficial de Muiña invoca en su provecho la vigencia del art. 7° de la ley 24.390 en función de lo resuelto por esta Corte Suprema en el precedente emanado *in re* "Arce" (Fallos: 331:472) y cuestiona el pronunciamiento del *a quo* cuando sostiene que aquel no resultaba aplicable.

Este planteo obliga a considerar "si se trató de una ley penal más benigna que estuvo vigente en algún momento desde la comisión del hecho y hasta el momento en que se dictó la sentencia condenatoria" (fs. 42).

texto, sino que es una práctica; por otra parte, el juez no tiene una discreción absoluta para tomar decisiones de interpretación constitucional, sino que se ve acotado y constreñido por esa práctica. Sin embargo, resulta llamativo que siendo ésta la teoría constitucional que defiende el magistrado, la mayoría de la Corte de la que forma parte haya decidido el caso *Bignone* desatendiendo la sostenida y sólida línea jurisprudencial de la Corte Suprema que va de *Arancibia Clavel* a *Simón*, sin haber fundamentado el apartamiento de esa jurisprudencia. La Corte Suprema argentina, y la comunidad política de nuestro país ha desarrollado una práctica constitucional que parece indicar que la Corte se equivocó al "leer" la Constitución tanto en *Fontevicchia* como en *Bignone*. Decidió contradiciendo esa práctica proyectando una imagen de posible manipulación y discrecionalidad que es justamente lo que la Rosenkrantz quiere evitar siguiendo los pasos de Scalia y exigiendo una marcada adhesión a los precedentes. La reconstrucción correcta de la práctica constitucional que limitaría la actividad interpretativa de la Corte —de acuerdo con los enunciados de la teoría interpretativa defendida por el magistrado— debería haber rescatado hitos fundamentales de la cultura constitucional argentina de las últimas tres décadas de vida democrá-

tica. En 1983 la elección de Raúl Alfonsín como Presidente de la Nación puso fin a la más sangrienta dictadura que haya tenido lugar en Argentina y en América Latina y la mayoría de los argentinos ungieron como primer mandatario a quien en la campaña electoral se había pronunciado contra la llamada Ley de Autoamnistía que los militares habían dictado antes de dejar el poder y a favor de impulsar juicios penales contra los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el gobierno *de facto*. Su vencido contrincante había hecho explícita su postura sobre el mantenimiento de aquel perdón auto-otorgado por los militares y perdió amargamente las elecciones. Apenas asumido, Alfonsín suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconoce la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego, el Congreso anuló por unanimidad esa ley de autoamnistía y la Corte Suprema presidida por Genaro Carrió respaldó esa decisión en 1984 con una doctrina inspirada en los trabajos de Carlos Nino sobre la presunción de invalidez de normas de gobiernos no democráticos (38). Años más tarde el Congre-

(38) Caso "Dufourq", fallos, 306:174. Ver NINO, Carlos S., "La validez del derecho", Astrea, Buenos Aires.

9°) Que la sentencia a dictarse exige una ponderación justa del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, en relación a las normas invocadas y a los supuestos de los delitos de lesa humanidad.

10) Que el principio de legalidad, de rango constitucional, debe ser interpretado de modo que no son aplicables las leyes penales de modo retroactivo, excepto que sean más benignas.

La fuente de este principio es el bloque de constitucionalidad, conforme ha sido definido por esta Corte Suprema (fallos: 328:2056).

Por esta razón, a pesar de que la excepción solo estuvo mencionada expresamente estando vigente el art. 29 de la Constitución de 1949, y que luego de su abrogación existieran algunos debates doctrinarios, en la actualidad existen fundamentos jurídicos claros.

Ello es así, puesto que, en función el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9°) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15) integran el bloque de constitucionalidad.

Que los arts. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a los que remite la norma

del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, expresan con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna. Así el art. 9° de la CADH establece que: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de 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". Por su parte, el art. 15 del PIDCyP prescribe: "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá 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".

11) Que además del plexo. normativo descripto, la excepción al principio de irretroactividad se encuentra consagrada en el art. 2° del Código Penal que en este aspecto resulta claro cuando admite la aplicación de la ley más benigna sea que se haya sancionado antes de la sentencia o bien durante la ejecución de la misma.

Que, fundada jurídicamente la excepción, su interpretación y aplicación debe ser ponderada conforme

so de la Nación anuló las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, así como también los indultos a condenados por crímenes de lesa humanidad. Desde la Corte Suprema, se decidieron los casos *Simón y Mazzeo*, anulando los efectos de aquellas dos leyes y de los indultos. Casi a modo de confirmación de estos enormes acuerdos constitucionales, el Congreso sanciona, luego de decidido *Bignone*, el 10 de mayo de 2017 con el voto unánime en el Senado, la 27.362 una ley en la que expresa que los crímenes de lesa humanidad no pueden verse beneficiados por reducción de la condena efectiva. Desde 1983 a 2017, los tres poderes del Estado y la sociedad civil han dado señales prácticamente unívocas de una tradición constitucional coherente que distingue los delitos comunes de los crímenes de lesa humanidad, en sintonía con un legado de la comunidad internacional que se inicia en la mitad del siglo XX. En suma, si lo que constriñe al juez en su margen de discreción al interpretar la Constitución Na-

cional es la cultura constitucional de su país, que además es lo que debe fortalecerse por medio de sus decisiones, parece ser evidente que esa cultura constitucional obligaba a la Corte Suprema a identificar como material jurídico relevante para la resolución del caso *Bignone* mucho más que la ley 24.390, el art. 2 del Código Penal y el art. 16 de la Constitución. La doctrina que defiende una marcada autolimitación del juez en el proceso interpretativo y la deferencia al legislador, también conducen en la misma dirección y la mayoría de la Corte debería haber resuelto el caso en consecuencia.

El Profesor Owen Fiss visitó por primera vez la Argentina en 1984, invitado por su amigo Carlos S. Nino cuando éste último era asesor del Presidente Alfonsín en materia de derechos humanos. Fiss siguió de cerca el derrotero de nuestra sociedad y de sus gobiernos en su difícil tarea de lidiar con un pasado atroz. En un trabajo espe-

con los otros principios del mencionado bloque de constitucionalidad.

Esta ponderación, en primer lugar, exige una comparación de cada una de las leyes respetando su integridad, y por separado, lo que excluye tomar preceptos aislados de una y otra ley, pues de ser así, se aplicaría una tercera opción, legalmente inexistente, y de creación pretoriana.

En segundo lugar, cabe examinar si ese cambio ha implicado una mudanza en la valoración del delito en cuestión, máxime tratándose de delitos de lesa humanidad.

12) Que la interpretación contextual de la excepción, en los términos con que ha sido redactada la ley 24.390 y su modificatoria 25.430, nos lleva a la conclusión de que no es admisible que pueda ser aplicable en el presente caso.

En efecto, la regla de cómputo “dos por uno” de la ley 24.390, en el presente caso, no podría fundarse en el derecho a la retroactividad de la ley penal más benigna que reconocen los arts. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2° del Código Penal.

El principio que esas normas garantizan asegura, tal como lo ha sostenido esta Corte *in re* “Torea” y el dictamen del Procurador en aquella oportunidad

cialmente dedicado a sus reflexiones sobre este proceso confiesa, en referencia al caso contra las juntas militares en la década de 1980: “Antes del juicio de Buenos Aires, siempre consideré a los derechos humanos primariamente como imperativos legales: como expresión de aquello que las personas deben recibir de terceros y, aún más importante, aquello que alguna agencia del gobierno está obligada a hacer respetar o implementar por medio de los poderes coercitivos (...). Sin embargo, el juicio de Buenos Aires me llevó a pensar que lo que estaba en juego era una dinámica más sutil. Los derechos humanos deberían ser entendidos como ideales sociales en lugar de como imperativos legales” (39).

(39) FISS, Owen, “Los derechos humanos como ideales sociales”, en “Los mandatos de la Justicia”, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 25, trad., SABA, Roberto P., Versión original, “Human Rights as Social Ideals”, en *Mandates of Justice. Essays on Law and Human*

a la que ese fallo remite (fallos: 330:5158, disidencia parcial del juez Lorenzetti, considerando 8°), que no se impondrán o mantendrán penas cuando la valoración social que pudo haberlas justificado en el pasado ha variado, en el sentido de que lo que antes era juzgado reprobable ya no lo es, o lo es solo en menor medida.

Por ello, 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 11 y sgtes., a los que se remite en fallos: 329:1053). Solo en ese caso tiene, el imputado por la comisión de un delito, un derecho federal a la aplicación de la ley posterior más benigna.

Expresado en términos de una tradicional doctrina de esta Corte, cabe decir 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 infracción cometida” (fallos: 211:443, y disidencia del juez Petracchi en fallos: 321:824, considerando 90).

13) Que la 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

Luego de aclarar que su postura se aleja tanto del iuspositivismo como del iusnaturalismo, Fiss concluye que “la búsqueda de la verdad en el campo de los ideales sociales es casi conversacional. Sin llegar a ser infinita, esa búsqueda consiste en un proceso de deliberación y discusión que alcanza conclusiones incrementales de a poco, pero sólidamente” (40). La mayoría de la Corte cometió un error: decidió el caso apartándose de esa deliberación que ya lleva más de tres décadas y que, con avances y retrocesos, ha dado forma al ideal social de los derechos humanos de nuestra comunidad nacional y regional. El Tribunal está aún a tiempo de retomar su crucial lugar en esa discusión sobre la identidad que nos constituye como comunidad política. ♦

Rights, Republic of Letters Publishing, Dordrecht, 2001.

(40) *Ibidem*, p. 35.

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. 7° de la ley 24.390 no fue el resultado de un cambio en la reproblación 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.

Resulta ilustrativo al respecto, el informe de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, que acompañó el proyecto de ley finalmente aprobado, y las exposiciones de los diputados Gauna y Pichetto, presidente y vicepresidente, respectivamente, de esa comisión, y del senador Alasino, en las sesiones del 26 de octubre de 1994 de la Cámara Baja (cfr. Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación, 28a Reunión - continuación de la 10ª Reunión Ordinaria, págs. 2651 y ss.) y del 2 de noviem-

bre del mismo año del Senado (Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación, 42ª Reunión, 16ª Sesión Ordinaria, págs. 4017 y ss.). El mecanismo elegido —el cómputo de dos días de prisión en cumplimiento de pena por cada día de prisión preventiva si es que esta ha superado el plazo de dos años—, sin embargo no obtuvo los recaudos buscados y fue derogado, poco más de seis años después, mediante la ley 25.430 (cfr. las exposiciones de los legisladores en las sesiones del 14 de marzo de 2001 de la Cámara de Diputados [Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación, 3ª Reunión - continuación de la 1ª Sesión Ordinaria] y del 3 de mayo del mismo año del Senado [Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación, 24ª Reunión, 6ª Sesión Ordinaria]).

14) Que en virtud de la calificación de los delitos de lesa humanidad que efectuara esta Corte, 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.

La validez sociológica de los fallos de la Corte

Análisis del caso “Bignone”

POR PATRICIO A. MARANIELLO

Sumario: I. Introducción. — II. Caso “Bignone”. — III. Ley 27.362. — IV. Interpretación auténtica. — V. Comunicado de la CIDH. — VI. Validez jurídica. — VII. Validez sociológica. — VIII. Análisis de la validez sociológica del fallo “Bignone”. — IX. A modo de reflexión final.

I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el día 3 de mayo de 2017, resolvió el controvertido caso “Bignone”, con el voto por la mayoría constituida por los jueces Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti, declarando aplicable la ley 24.390 (conocida como 2 x 1), que estuvo vigente entre los años 1994 y 2001 —hoy derogada—,

que reduce el cómputo de la prisión a Luis Muiña, por tratarse de la ley más benigna.

En disidencia, votaron los jueces Lorenzetti y Maqueda, quienes señalaron que esa reducción no era aplicable al caso.

Además de analizar el contenido interno de los votos desarrollados en el caso, resulta muy interesante estudiar los aspectos externos del fallo, que no resulta una cuestión menor sino todo lo contrario nos posiciona en un punto diferente, donde tenemos desde una masiva movilización ciudadana, como el dictado, en tiempo expés (1), de la ley 27.632, aprobada tanto por toda la oposición como el oficialismo —con excepción de un solo diputado (2)—, que considera que el cálculo del 2x1 “no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o

(1) En menos de 24 horas el congreso nacional sancionó dicha ley. Desde que comenzó a sesionar la Cámara de Diputados, el martes a las 15.18 hs., hasta que se levantó la sesión del Senado, el miércoles a las 15.02 hs. sólo transcurrieron 23 horas y 44 minutos.

(2) En una soledad absoluta el diputado Alfredo Olmedo voto en contra de la ley.