

Debates II

**SOBRE LA INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE “LEY PENAL MÁS
BENIGNA” EN EL CASO “MUIÑA” DE LA CSJN**

Prof. Dr. Gabriel PÉREZ BARBERÁ *

Fecha de recepción: 10 de junio de 2018

Fecha de aprobación: 20 de junio de 2018

Durante el segundo semestre de 2017 actué como fiscal general subrogante ante la Cámara Federal de Casación Penal. En el ejercicio de esa función debí dictaminar en varios casos en los que las defensas pretendían que ese tribunal resolviera la situación de sus asistidos de conformidad con lo dispuesto por el voto mayoritario de la Corte Suprema en el fallo CSJ 1574/2014/RH1, “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro, s/recurso extraordinario” (conocido como el caso “Muiña”). En esa sentencia, del 3 de mayo de 2017, la Corte favoreció al condenado Luis Muiña, por considerar que la ley 24.390 (también llamada “ley del dos por uno”) era aplicable a delitos de lesa humanidad cometidos en la Argentina durante la última dictadura militar. Para ello se apoyó en lo dispuesto por el art. 2, CP (aplicación retroactiva y ultraactiva de la ley penal más benigna) y por el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aplicación retroactiva de la ley penal más benigna).

En mis dictámenes sostuve que la fundamentación de ese voto mayoritario de la Corte era incorrecta. Agradezco a la revista “En Letra: Derecho Penal” su interés por publicar en esta sección el argumento principal de mi disenso con la Corte, como introducción a esta sección especial en la que se presenta un debate que ha tenido lugar entre Tomás Fernández Fiks y Andrés Rosler sobre el tema —a raíz, a su vez, de un artículo publicado por este último en el número 5

* Profesor titular (catedrático) por concurso de Derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor de Derecho penal profundizado en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Contacto: gperezbarbera@gmail.com.

de esta revista—. Lo reproduzco a continuación tal como fue escrito en su momento. Debe ser leído, por tanto, no como un aporte académico, sino como lo que fue: una presentación de un fiscal para emitir opinión acerca de un caso concreto de la praxis. El texto en cuestión es el siguiente.

Un requisito obvio de que la ley 24.390 —y en particular su art. 7— pueda ser considerada como más benigna que otra en un caso, es que aquella sea aplicable a ese caso. Por algo el CP, en su art. 2, expresamente dice “se *aplicará*... la más benigna”. Hay dos requisitos básicos para que una norma jurídica sea aplicable a un caso: (i) que esté vigente; y (ii) que estando vigente se dé, en el mundo, el hecho previsto en abstracto en la norma como condición empírica de su aplicación. El primer requisito no requiere mayor explicación. En cuanto al segundo, hay que diferenciar dos cuestiones: la relativa a que el hecho ocurra, y la relativa a que, cuando ocurra, esté vigente la norma.

Que el hecho ocurra para que pueda aplicársele una norma vigente es un requisito que viene determinado por razones de naturaleza lógica, en virtud de la estructura bicondicional propia de estas normas: “si p , entonces, y solo entonces, q ”. O expresado de otro modo: “ q si y solo si p ”. Donde q es la consecuencia que la norma prevé para el caso (ejemplos: imponer de 8 a 25 años de prisión, computar dos días de prisión por uno de prisión preventiva, etc.) y p es el caso o hecho que la norma prevé como condición empírica de esa consecuencia (ejemplos: matar a otro, estar en prisión preventiva más de dos años, etc.). Por ser de naturaleza lógica, no se puede “renunciar” a este requisito. Si no ocurre en el mundo la condición empírica prevista en abstracto por la norma, no es posible aplicar esa norma.

El requisito relativo a que el hecho ocurra estando vigente la norma que lo rige tiene su fundamento, por su parte, en razones jurídicas de garantía individual o de protección de derechos fundamentales (en este caso, en el principio de legalidad). Puede, por lo tanto, ser dejado de lado cuando otras razones de esa índole pesan más. Esto último es precisamente lo que permite el art. 2, CP. Esta norma, en aras de garantizar la igualdad y la menor lesividad penal, tiene por finalidad tornar aplicable a un caso (por razones de mayor benignidad) una ley que, en principio, no es aplicable a él porque no estaba vigente al momento del hecho, sea porque, antes del fallo, comenzó a regir después del hecho (retroactividad), sea porque, antes del fallo, comenzó a regir después del hecho y fue luego derogada (ultraactividad).

Ahora bien, una norma como la del art. 2, CP no solo permite que se apliquen a un caso leyes no vigentes al momento del hecho que esta prevén como su condición empírica, sino que, además, impacta de modo decisivo respecto de la cuestión del tiempo en el que debe haber ocurrido ese hecho para que se lo pueda tener como condición empírica dada.

Si el hecho en cuestión ocurre estando en vigencia una ley más severa, que luego es derogada por una ley más benigna que es puesta en vigor antes del fallo, el art. 2, CP permitirá decir que, respecto de la ley más benigna, se dio su condición empírica, a la que se le aplicará dicha ley retroactivamente. Y si el hecho en cuestión ocurre estando en vigencia una ley más severa, que luego, antes del fallo, es derogada por una ley más benigna, la cual es a su vez luego derogada, siempre antes del fallo, por otra ley más severa, también allí el art. 2, CP permitirá decir que, respecto de la ley más benigna, se dio su condición empírica, a la que se le aplicará dicha ley ultraactivamente.

Pero si durante la vigencia de la ley más benigna no se da el hecho previsto por ella como condición empírica de su aplicación, sino que ese hecho ocurre después de la derogación de esa ley, estando ya vigente una ley más severa que derogó a la más benigna y que se mantiene vigente hasta el momento del fallo, es obvio que la ley más benigna no podrá ser considerada aplicable. Y no lo será porque su condición empírica no se habrá dado ni mientras estuvo vigente ni en un tiempo que hubiese permitido de todas formas su aplicación por imperio del art. 2, CP.

¿Es aplicable entonces, a este caso, el art. 7 de la ley 24.390 por ser más benigna? Claramente, no. Porque la ley 24.390 no prevé en abstracto, como presupuesto fáctico para su aplicación, la comisión de un delito (que es lo que sí hace, por ejemplo, un tipo penal), sino el hecho de que su destinatario esté o haya estado sometido a un régimen de prisión preventiva por más de dos años. Y lo cierto es que en supuestos como los aquí analizados ese hecho comenzó después de la derogación de la ley 24.390 y de su reemplazo por una ley más severa, que se mantuvo vigente hasta el momento del fallo.

El art. 7 de la ley 24.390 sería aplicable a un caso como ley más benigna, precisamente por imperio del art. 2, CP, si el hecho previsto como condición empírica de su aplicación (a saber: una prisión preventiva mayor a dos años) se hubiera dado, antes del fallo, en alguno de los momentos que habilitan la aplicación del principio de mayor benignidad, detallados más arriba. Pero como ello no ocurrió en estos supuestos, sino que la prisión preventiva comenzó después de derogada dicha ley y estando vigente ya una más severa, que mantuvo su vigencia hasta el momento del

fallo, su aplicación queda descartada. ¿O acaso algún juez aplicaría un tipo penal más benigno ya derogado a un hecho cometido tras esa derogación y encuadrable ya en un tipo penal más severo que se mantiene vigente al momento del fallo? De ninguna manera. Pues bien, la situación no puede ser diferente si se trata de la ley 24.390.

Es verdad que el art. 2, CP dice: “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”. Pero de ello no cabe inferir que, si se trata de una ley que no se refiere a un delito (sino, como en estos supuestos, a la prisión preventiva por ejemplo), debe no obstante considerarse el momento de comisión de un delito como su punto de referencia temporal a los efectos de la aplicación del principio de ley más benigna, que es lo que hizo la mayoría de la Corte en “Bignone”/“Muiña”.

El legislador se ha expresado aquí de esta manera porque, como es de rigor, ha tenido en cuenta los casos paradigmáticos de aplicación del art. 2, CP, que son aquellos en los que la “ley” a considerar más benigna es un tipo penal que prohíbe una conducta y que respalda esa prohibición con la amenaza de una pena. En esos supuestos paradigmáticos no es esperable que se planteen dificultades respecto de la aplicabilidad al caso de la ley en cuestión, porque se trata, precisamente, de tipos penales respecto de los cuales se ha dado la condición empírica prevista por ellos para su aplicación, que es la comisión de un delito (precisamente por eso hay un proceso penal en marcha). Esa situación coincide exactamente, de hecho, con lo que prevé la letra del art. 2, CP.

Diferente es la cuestión, en cambio, si la ley cuya mayor benignidad debe ser examinada no prevé un delito como su condición empírica, sino otra cosa, como por ejemplo el hecho de estar en prisión preventiva más de dos años. Esa situación ya no coincide exactamente con la letra del art. 2, CP. Frente a ello, entonces, hay dos opciones. La más restrictiva sería negar en ese supuesto la aplicación del art. 2, CP con el argumento de que él, con la palabra “ley”, se refiere únicamente a tipos penales de la ley sustantiva. La más amplia, por su parte, sería aceptar una aplicación analógica *in bonam partem* de ese art. 2, CP a casos en los que la ley en cuestión no es un tipo penal.

Esto último es lo que —sin explicitarlo— hizo la mayoría de la Corte en “Bignone” (pese a que sus firmantes manifiestan una especial preferencia por la interpretación literal de la ley). No obstante, como se trata de una analogía que favorece al interés individual, no hay, en mi opinión,

objeciones de peso contra este movimiento de la mayoría del alto tribunal. Pero del hecho de que, por esta aplicación analógica, se puedan cotejar —en los términos del art. 2, CP— leyes que no son tipos penales, no se sigue que, respecto de esas leyes, sea indiferente que se dé o no la condición empírica de su aplicación, o que la condición empírica que se considere relevante sea una diferente a la prevista por la norma cuya mayor benignidad debe ser examinada. Este último paso errado, sin embargo, es el que también da el voto mayoritario en “Bignone”.

Si la ley cuya mayor o menor benignidad corresponde analizar es una que, como condición empírica de su aplicación, prevé un hecho que consiste no en un delito sino en una prisión preventiva mayor a dos años, entonces es este último hecho, y no un delito, el que debe ser tomado como referencia a los efectos de la aplicación (analógica *in bonam partem*) del art. 2, CP. De lo contrario, se rebasan los límites de una aplicación analógica aceptable de esta última norma, que es exactamente lo que cabe reprocharle a la mayoría en “Bignone”.

Podría resumirse el argumento aquí sostenido en una frase sencilla: el art. 7 de la ley 24.390 no es aplicable en este caso. Pero, por la ambigüedad de la palabra “caso”, no sería esta una frase del todo clara. Procesalmente, por ejemplo, “caso” es la persecución penal contra el imputado desde que se lo acusó como tal hasta el fallo; para la norma de fondo aplicable, por su parte, “caso” es el delito que aquella prevé; para el art. 7 de la ley 24.390, “caso” es una prisión preventiva mayor a dos años; y para el art. 2 del CP, “caso” es una vigencia sucesiva de leyes entre el hecho previsto por esas leyes como condición empírica de su aplicación y el fallo. Y habría que distinguir siempre, además, entre caso genérico (el previsto en abstracto en la norma) y caso individual (el que se da empíricamente en el mundo).

Con todo eso en mente sí puede afirmarse, ahora, que el art. 7 de la ley 24.390 no es aplicable en estos casos porque no se dio en el mundo el hecho previsto por esa norma como condición empírica para su aplicación (es decir, una prisión preventiva mayor a dos años) en un tiempo tal que torne aplicable el art. 2 del CP, por generarse una sucesión de leyes entre hecho y fallo.

En efecto, el art. 2, CP requiere tomar como referencia el hecho previsto como condición empírica en la ley cuya mayor benignidad se examina, y siempre que ese hecho no haya ocurrido después de la derogación de esa ley y de su reemplazo por otra más severa que no se deroga hasta el momento del fallo. Porque si lo que ocurre es esto último —que es exactamente lo que sucede

en estos supuestos— no habrá sucesión de leyes entre hecho y fallo, y por tanto no habrá “caso” en los términos del art. 2 del CP.

Lo argumentado es válido, asimismo, respecto del art. 3, CP. Recuérdese que prescribe que en “el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado”. Pues bien, es claro que esa “ley” más favorable, en la medida en que es una ley, podrá ser tenida en cuenta a los efectos de este art. 3 si y solo si es aplicable al caso de que se trate, lo que aquí significa: si está vigente al momento en que se produce el hecho previsto por esa ley como condición empírica de su aplicación. Como se trata de una ley que establece un cómputo para la prisión preventiva, ese hecho es una prisión preventiva. Y si ese hecho no ocurre mientras está vigente esa ley, entonces esta no le es aplicable.

El art. 3, CP, a diferencia del art. 2, no prevé como lapso a considerar para la sucesión de esas leyes sobre cómputo el que va desde que comienza la prisión preventiva hasta el momento del fallo. El lapso en cuestión, por tanto, solo puede ser el que va desde que comienza hasta que termina la prisión preventiva.

En casos como “Muiña”, la prisión preventiva comenzó después de derogada la ley 24.390, y por lo tanto esta no le es aplicable a los efectos del art. 3, CP. Y tampoco lo es en función del art. 2, CP considerado en conjunto con el art. 3. Precisamente porque el hecho (la prisión preventiva) ocurrió después de derogada la ley más benigna y mientras regía en su reemplazo una más severa, que no fue derogada hasta el momento del fallo y que, por tanto, rige el caso, que por lo dicho no es un caso propio del art. 2, CP.

Un punto de vista similar al desarrollado aquí había sido ofrecido ya hace tiempo, también en relación con la ley 24.390, por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en autos “García” (S. n.º 358 del 23/12/2008). Allí, en verdad, no se desarrolla un argumento, sino que, antes bien, directamente se aplica la solución correcta. Era quizá todo lo que se necesitaba para resolver en contra de la solicitud infundada de la defensa (que pretendía lo mismo que en “Muiña”).

La carga argumental adicional que aquí se ha brindado tiene su razón de ser en que, años después, una parte de la Corte consideró plausible un planteo que, por las razones expuestas, nunca debió merecer recibo, por su evidente irrazonabilidad. En efecto, sostener que la ley 24.390 es aplicable en estos supuestos resulta fuertemente contraintuitivo y choca, por ende, contra el sentido común. Lo argumentado hasta aquí quizá sea útil para comprender por qué se

produce ese rechazo intuitivo: básicamente por los serios errores de la fundamentación jurídica del voto mayoritario de la Corte Suprema.