

# Prisión preventiva. Retroactividad de la ley penal más gravosa. Crímenes contra la humanidad

## CSJN, “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros”, 4 de diciembre de 2018

*Por Roberto M. Carlés<sup>1</sup>*

---

### **I. El fallo “Muiña” (Bignone, Benito A. y otro s/recurso extraordinario)**

El 3 de mayo de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió aplicar la regla del “dos por uno” a Luis Muiña, un condenado por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico-militar. Esta regla, que había sido fijada por el artículo 7° de la Ley N° 24390 y derogada en 2001, establecía una compensación para los imputados que hubieran transcurrido en prisión preventiva más de dos años sin condena firme. Esta compensación consistía en el cómputo doble del tiempo transcurrido en prisión una vez superado los dos años de prisión preventiva.

Para aplicar esta norma, la Corte fundó su decisión en la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna y entendió que no era relevante que los hechos que motivaron la condena hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia, ni que el encarcelamiento y la condena hubieran tenido lugar con posterioridad a que este beneficio fuera derogado.

---

<sup>1</sup> Docente (UBA). Presidente del Comité de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y secretario de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.

## II. El principio de legalidad y la retroactividad de la ley penal más benigna

El principio de retroactividad de la ley penal más benigna es uno de los corolarios del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional: “ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. En consecuencia, la ley penal es aplicable solamente a los hechos que tengan lugar una vez que esté vigente, lo que implica que: (i) nadie puede ser penado por un hecho que no estuviera tipificado como delito al tiempo de su comisión, y (ii) no se puede aplicar una pena más gravosa que la prevista legalmente al tiempo de la comisión.

El principio de legalidad es una garantía que integra nuestro derecho positivo y que tiene como fundamento, a su vez, el principio de culpabilidad, en tanto que a nadie puede exigírsele que ajuste su conducta a normas inexistentes. Por otro lado, razones de seguridad jurídica explican que la pena aplicable sea aquella prevista al tiempo de la comisión del hecho, la que por otra parte expresa la valoración social de la conducta al tiempo de su comisión.

La irretroactividad de la ley penal tiene una excepción, que es la retroactividad de la ley penal más benigna. Esta garantía –prevista expresamente en la Constitución de 1949, derogada por bando militar– integra nuestro derecho positivo en el artículo 2º del Código Penal, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía se vincula también con el principio republicano y el principio de igualdad, dado que sería irrazonable que se aplicaran penas diferentes por idénticas conductas por la sola razón de que fueron cometidas en distintos momentos.

Nuestro Código Penal prevé expresamente que debe aplicarse la ley más benigna incluso si esta tuvo vigencia solo durante el período intermedio entre la comisión del delito y el pronunciamiento del fallo, supuesto que era precisamente el del caso. Con todo, el caso planteaba otras particularidades que ya analizamos en otra oportunidad:<sup>2</sup> la aplicabilidad de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna respecto de normas procesales (sostuvimos que la regla del “dos por uno” no lo era, dado que regulaba una cuestión de derecho de fondo como el cómputo de la pena); si la ley más benigna debe o no implicar un cambio en la valoración del hecho para ser aplicada retroactivamente (sostuvimos que, pese a la jurisprudencia de la Corte Suprema en ese sentido, se trata de un requisito no previsto en el Código penal e implica un recorte por vía interpretativa de la garantía en cuestión); los problemas que presenta la ultraactividad de una ley intermedia entre los hechos y la condena en el caso de los delitos permanentes (consideramos aplicable la ley más benigna y no la vigente al tiempo del cese de la comisión porque el Código penal no prevé ninguna excepción para los delitos permanentes).

2 Carlés, R. M. (2017). Comentario a “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario”. *Debates sobre Derechos Humanos*, 2017(1), pp. 24-48.

### III. El deber de aplicar una pena proporcional a responsables por delitos de lesa humanidad

En nuestro comentario al fallo “Muiña” sosteníamos que se había ignorado lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia*), en particular respecto del deber del Estado de aplicar una pena proporcional. En ese caso, la Corte Interamericana sostuvo que para aplicar el principio de favorabilidad (ley más benigna)

debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención.

Criticábamos, además, que una decisión de tanto impacto para el proceso de Memoria, Verdad y Justicia no se hubiera tomado de cara a la sociedad, con una amplia deliberación pública y luego de la realización de audiencias en las que se hubiera escuchado a los interesados. Lo que estaba en juego –no solo para buena parte de nuestra sociedad, sino de acuerdo a los estándares internacionales mencionados antes– era la efectividad de la pena por delitos de lesa humanidad.

Concluíamos que las garantías constitucionales amparan a todos, también a los genocidas. Lo contrario implicaría admitir la validez de un derecho penal de excepción o “del enemigo”, antiliberal, contrario al principio de igualdad. Pero observábamos que, frente a la cuestión particular de los delitos de lesa humanidad, en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, es necesario observar que la aplicación de beneficios derivados de garantías constitucionales no torne ilusorias o desnaturalice las penas. Reitero: no se discute aquí la aplicación de garantías constitucionales, que, como el debido proceso, el principio de inocencia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, deben aplicarse en todos los casos, sin excepciones. Lo que se discute aquí es la aplicabilidad de beneficios derivados de esas garantías. Dicha aplicabilidad, claro está, debería ser objeto de análisis en cada caso en particular. Esto no significa que cada imputado deba superar un *test moral* para acceder a un beneficio derivado de una garantía constitucional, sino que la aplicabilidad de ese beneficio debe ser objeto de ponderación frente a las obligaciones impuestas por nuestro bloque de constitucionalidad, que contiene tratados internacionales de derechos humanos los cuales, en las condiciones de su vigencia, también son parte de nuestro derecho positivo.

#### **IV. Beneficios derivados del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna: la necesidad de evaluar su procedencia en el caso concreto**

Se ha pretendido justificar la inaplicabilidad del “dos por uno” a casos como el presente a partir de la idea de que ello implica una interpretación *literalista* del texto legal. No parece una crítica acertada toda vez que lo que el Código Penal dispone respecto de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna es claro y taxativo. Por otra parte, si bien no parece razonable que un imputado se beneficie con una norma que no regía al tiempo de la comisión de los hechos, ni cuando fue detenido, ni tampoco cuando fue condenado y ni siquiera durante el proceso ya que gozaba de la impunidad conferida por las leyes de obediencia debida y punto final, lo cierto es que dicha ultraactividad está reconocida por el artículo 2º del Código Penal en forma taxativa. Considerar que esta norma debe ser desplazada a partir de una interpretación sustentada en criterios de justicia procedimental y “valores comunitarios propios del liberalismo político” es tan inconsistente (y punitivista) como la postura de quienes sostienen que el deber irrenunciable de castigar justifica el desplazamiento del principio de legalidad.

No se trata de establecer excepciones, en virtud de la naturaleza de los delitos, a las garantías constitucionales con las que cuentan todos los imputados. Estas excepciones violarían, además, el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. El punitivismo es una tendencia global que ha permeado las prácticas de nuestros operadores judiciales también en materia de lesa humanidad. Las garantías individuales deben ser respetadas siempre y no pueden ser objeto de ponderación en nombre de beneficios colectivos. Lo contrario implicaría asumir que los jueces pueden ejercer un control de constitucionalidad a partir de fines morales o de políticas públicas y pondría en crisis la integridad constitucional.

En el campo del derecho penal no hay derechos fundamentales en conflicto, dado que lo que se contrapone a los derechos del imputado no son los derechos de otro individuo, sino la pretensión punitiva del Estado. El imputado en un proceso penal, por otra parte, no tiene que convencer a nadie de que merece gozar de las garantías constitucionales, dado que su goce es una precondition para la vida en común organizada en un Estado. Si existe en los pueblos algo así como una voluntad o mandato de castigar que deposita en manos del Estado, ese poder está reconocido y limitado por la Constitución.

Lo que aquí postulamos es la necesidad de evaluar, en cada caso concreto, si la aplicación de un beneficio derivado de una garantía incide en la efectividad de la pena de un modo incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. No se trata de un conflicto entre los derechos del imputado y una pretensión punitiva de orden supranacional, sino del que se plantea entre aquellos y el derecho a la memoria, la verdad, la justicia y la debida reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Y este es un deber moral, pero ante todo jurídico, pues se deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es derecho positivo en nuestro país, que vale por su fuente, no por su contenido. Las obligaciones explicitadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que

delimitan el alcance de la vigencia de la Convención, valen no por expresar la interpretación de los jueces de ese tribunal, sino por imperio del artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional.

## **V. La Ley N° 27362 de reforma de los efectos de la regla del “dos por uno”**

Como consecuencia de la masiva reacción social en contra del fallo “Muiña”, el Congreso sancionó la Ley N° 27362 en forma prácticamente unánime. Según afirma su propio texto, se trataría de una ley interpretativa de la regla del “dos por uno”. Su artículo 3° establece que lo allí dispuesto “es la interpretación auténtica del artículo 7° de la Ley N° 24390 –derogada por Ley N° 25430– y será aplicable a las causas en trámite”.

El artículo 1° de esta nueva ley establece que

[d]e conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por la ley 25.430– no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional.

Al respecto, cabe destacar que el artículo 1° de la Ley N° 27156 establece que

[l]as penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga.

La conmutación de penas es una facultad del Poder Ejecutivo, nacional y provinciales, dentro de su jurisdicción. La regla del “dos por uno” no implicaba la conmutación de la pena, sino que establecía el modo en que esta debía fijarse: computando doble el tiempo transcurrido en prisión preventiva luego de superado el plazo de dos años bajo esa medida de coerción procesal.

En rigor de verdad, la Ley N° 27362 impuso una reforma sobre los efectos presentes y futuros de una norma derogada. Al afirmar lo contrario, lo que establece esta nueva ley es que la norma en cuestión siempre tuvo el alcance que ahora ella viene a precisar.

Como ya hemos sostenido, no se trata de una ley interpretativa, sino de una ley penal más gravosa para los imputados. Una ley interpretativa es aquella que echa luz sobre aspectos ambiguos u oscuros de una norma, no la que altera su alcance cuando este no deja lugar razonablemente a ningún

tipo de duda. En efecto, en la Ley N° 24390 no había ninguna ambigüedad que requiriese una aclaración legislativa. Por otra parte, la Ley N° 27362 tampoco señala cuáles serían esos aspectos que habrían requerido de una interpretación.

Nunca una omisión puede ser considerada como una “ambigüedad” o punto oscuro, en la medida en que lo que el legislador omite es –se entiende– parte de su voluntad. Si posteriormente considera que ha olvidado incluir alguna disposición específica o considera posteriormente la conveniencia de contemplarla, deberá reformar la ley. En este caso en particular, la Ley N° 24390 contempló excepciones a la aplicación de la regla del “dos por uno” para delitos de estupefacientes, que fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema en el fallo “Véliz”.

En efecto, lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley N° 24390 (regla del dos por uno) no ofrecía ninguna complejidad para ser comprendido ni contenía oscuridad o ambigüedad alguna que requiriera una interpretación. Con todo, si ese hubiera sido el caso, no está de más recordar que en un Estado constitucional de derecho la ley penal debe ser interpretada en forma limitativa del poder punitivo, por el principio de interpretación restrictiva de la ley penal que se deriva del principio de inocencia, que no es un mero criterio procesal de valoración de la prueba, sino una regla general interpretativa del derecho penal.

La posibilidad de aplicar retroactivamente cualquier ley que se califique de interpretativa no es sino un fácil y burdo recurso para violar el principio de irretroactividad de la ley penal. Y este es el caso de la Ley N° 27362, que contiene una norma que modifica la Ley N° 24390 en forma más gravosa para los imputados, por lo que su aplicación retroactiva es inconstitucional.

## VI. El fallo “Batalla”

El fallo “Batalla” carece de una mayoría que sustente la decisión. Los jueces Lorenzetti y Maqueda confirmaron la sentencia recurrida con los argumentos que ya habían sostenido en sus respectivas disidencias en el fallo “Muiña”, aunque en esta oportunidad los condensaron en un voto conjunto. Con respecto a lo establecido por la Ley N° 27362, entendieron que “coincide en sus efectos” con el alcance que le asignaron al artículo 7° de la Ley N° 24390 en sus disidencias en el mencionado fallo. En consecuencia, sostuvieron que no era necesario tratar el planteo del recurrente que consideraba a la ley como lesiva del principio de legalidad y de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna.

Por su parte, los jueces Highton y Rosatti entendieron que la aplicación retroactiva de la Ley N° 27362 era conforme a derecho. Ambos jueces habían votado a favor de la aplicación de la regla del dos por uno en el fallo “Muiña” (*Fallos* 340:549).

Estos jueces entendieron que la existencia de leyes interpretativas como la Ley N° 27362 ha sido pacíficamente reconocida por la Corte (doctrina de *Fallos* 134:57; 187:352, 360; 267:297; 311:290 y 2073), a condición de que dicha norma pueda ser objeto de control judicial. Dicho control abarcaría, según entendieron, en determinar si, más allá de la denominación que le asignen los legisladores, la ley

califica como “interpretativa” (test de consistencia) y si su contenido es razonable y no violenta ningún derecho fundamental (test de razonabilidad).

Con respecto al primero de los test (consistencia), los jueces Highton y Rosatti entendieron que la Ley N° 27362 es una ley interpretativa de la Ley N° 24390 porque: (i) no modifica retroactivamente la legislación penal en materia de tipificación delictual o de asignación de la pena, sino que aclara cómo debe interpretarse la ley aplicable al caso y (ii) no alarga la sanción de quien ya está condenado, porque el monto de la pena queda incólume, sino que se establece cómo se computa el tiempo recaído en prisión preventiva para definir cuándo se cumple la condena.

Concluyen que ambas leyes, la interpretada y la interpretativa, se aplican de manera conjunta, es decir, que la norma interpretada ha regido desde su entrada en vigencia en los términos y con igual significado que el establecido en la disposición interpretativa, con lo cual no habría aplicación retroactiva de la segunda disposición.

En cuanto al “test de razonabilidad”, entendieron que la Ley N° 27362 no es arbitraria ni discriminatoria en la medida en que está dirigida a un universo de personas que se encuentra en la misma situación jurídica (condenados por delitos de lesa humanidad). Tampoco resulta estigmatizante para un sector de la población o para actividad alguna, pues está dirigida al circunscripto núcleo de quienes cometieron los delitos más aberrantes que registre el comportamiento humano, y que no afecta a quienes –dentro de la misma actividad– cumplieron adecuadamente con su función.

El juez Rosatti afirma que los delitos de lesa humanidad poseen una “ilegalidad propia e inherente”, lo que se asemeja a la afirmación de que existen conductas *mala in se* (criminales en sí mismas, aunque no estén prohibidas), una terminología que se ha difundido mucho en la década pasada para justificar la persecución de conductas etiquetadas con el inasible rótulo de *terroristas*.

Por otra parte, consideraron que la aplicación de la Ley N° 27362 no viola ningún estándar internacional en materia de derechos humanos, dado que la oportuna determinación de la pena estuvo precedida por el cumplimiento del debido proceso y porque antes de la aplicación de la “ley aclaratoria” el condenado tuvo oportunidad de ejercer su defensa técnica.

El juez Rosenkrantz resolvió, en disidencia, que la solución del fallo “Muiña” regía también para este caso. Con respecto a la Ley N° 27362, entendió que es inconstitucional porque: (i) no se trata de una ley genuinamente interpretativa y (ii) si así lo fuera, sería inaplicable por violar el principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Recordó que, al pronunciarse sobre leyes interpretativas no penales, la Corte Suprema tuvo el cuidado de recalcar que en materia penal el artículo 18 de la Constitución Nacional impide la aplicación retroactiva de la ley más gravosa (*Fallos* 184:260; 287:104). En consecuencia, dado que el principio de irretroactividad de la ley penal es uno de los principios fundamentales que hace posible una democracia constitucional y republicana como la nuestra y que dicho principio está violado por la Ley N° 27362, dicha ley es manifiestamente inconstitucional.

Rosenkrantz consideró que una ley interpretativa es aquella que se limita a despejar dudas sobre conceptos equívocos, oscuros o dudosos de la ley interpretada, lo que no es el caso de la Ley N° 27362 la cual, por el contrario, presupone que la Ley N° 24390 es perfectamente clara: al establecer que la ley interpretada no se aplica a ciertos casos lo que presupone es que se entendió claramente que la ley interpretada era aplicable a dichos casos.

En el debate parlamentario de la Ley N° 24390, sancionada en 1994, se puso de manifiesto que, excepto por los delitos expresamente excluidos, la ley era aplicable a todos por igual. En la causa “Véliz” (sentencia del 15 de junio de 2010) la propia Corte declaró la inconstitucionalidad de la exclusión de delitos de la aplicación de dicha ley por cuanto el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

se inserta dentro de un conjunto de disposiciones que intentan garantizar el derecho a la libertad personal (art. 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos), las cuales no prevén restricción alguna para semejante derecho basada en el mero reproche o repulsa social que puedan tener determinadas conductas, por más graves que ellas puedan resultar.

A su vez, en el plenario “Molina”, dictado por la Cámara Nacional de Casación Penal en 1995, se determinó que la Ley N° 24390 se aplica también a personas que no hubieran estado privadas cautelarmente de la libertad durante su vigencia. El punto fue ratificado por la Corte en “Arce” (*Fallos*: 331:472).

Concluye Rosenkrantz que jamás hubo dudas sobre la aplicabilidad del dos por uno a delitos de lesa humanidad o a imputados que no hubieran sido privados de su libertad en forma preventiva durante su vigencia.

## **VII. Punitivismo, derecho penal de excepción y derecho internacional de los derechos humanos**

No hay fundamento jurídico alguno para excluir a los responsables de delitos de lesa humanidad de la aplicación de la garantía de irretroactividad de la ley penal más gravosa o de la ley más penal más benigna. Ningún argumento moral o político, basado en la gravedad de los hechos, en su carácter aberrante o sistemático, ni siquiera su caracterización jurídica como delitos de lesa humanidad, justifica considerar a estos imputados indignos de estar amparados por las garantías penales que protegen a todos los ciudadanos frente a eventuales arbitrariedades estatales.

Por ello entiendo que es desafortunado lo sostenido por el juez Rosatti en el fallo “Batalla” en cuanto afirma que los delitos de lesa humanidad están dotados de una “ilegalidad inherente”.

Cierto es que estos hechos han sido considerados por la comunidad internacional como actos que lesionan a la humanidad en su conjunto y ello es consecuencia directa de la trágica experiencia del siglo XX, donde quedó en evidencia que las leyes más ilustradas y liberales no eran barrera de

contención suficiente para el genocidio y la barbarie. Y esto es así no porque los autores de estos delitos sean enemigos del Estado, sino porque se trata de crímenes masivos y sistemáticos cometidos precisamente desde el aparato estatal.

Es por ello que, lejos de ser despojados de su condición de ciudadanos o sometidos a alguna clase de derecho penal del enemigo o de excepción, los imputados por delitos de lesa humanidad, cuando no han sido beneficiados por leyes de impunidad, fueron juzgados y condenados dentro de la ley, de acuerdo con las normas penales vigentes al tiempo de los hechos. Dicho de otro modo, no se los ha condenado porque sus conductas fuesen moralmente atroces, sino porque fueron responsables de conductas tipificadas como delitos al tiempo de su comisión: privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos, homicidios, sustituciones de identidad, etc.

Pero tampoco se puede ignorar que no son morales ni políticas sino estrictamente jurídicas –aunque de orden internacional– las normas que establecen el marco dentro del cual deben juzgarse los delitos de lesa humanidad. No se trata de hacer caso omiso al razonamiento jurídico, como han sostenido algunos autores, sino de reconocer que, en el presente, nuestro derecho positivo comprende tratados internacionales de derechos humanos que deben ser aplicados en las condiciones de su vigencia, lo que implica, esencialmente, la observancia de los criterios establecidos por el sistema interamericano para la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al denunciar una supuesta moralización del discurso jurídico o bien se omite esta realidad o, en forma velada, se la pretende descalificar. De este modo, se reduce al estatuto de literatura o filosofía a criterios que integran nuestro derecho positivo, no solo por su contenido sino por su fuente.

Por último, no podemos dejar de coincidir con quienes han señalado que el derecho penal liberal se encuentra en crisis en nuestro país –y más allá, también– eclipsado por un creciente punitivismo que implica, entre otras cosas, el avasallamiento de las garantías constitucionales. Se trata, en efecto, de un fenómeno en permanente expansión desde hace algunas décadas. Celebramos, en todo caso, que las vicisitudes en torno a la aplicación de la regla del dos por uno a responsables por delitos de lesa humanidad hayan servido para que muchos reparasen en la desnaturalización del derecho penal de nuestro tiempo.