

El huracán *Muiña* y un nuevo capítulo de la discusión entre reglas y principios

por Alejandro Carrió (*)

I. Introducción

A principios de mayo de 2017 un huracán se desató en todos los confines del mundo jurídico argentino. La Corte Suprema, mediante una ajustada mayoría de tres votos contra dos, había resuelto un caso llegado a sus estrados¹. A raíz del fallo dictado, una persona condenada en su momento por delitos considerados de “lesa humanidad” se hacía acreedora a un cómputo más beneficioso de los años transcurridos por él en prisión preventiva, por aplicación de la ley 24.390 conocida como del “2x1”².

El “huracán” al que he hecho referencia se manifestó de distintas formas. Se sucedieron multitudinarias manifestaciones de protesta por las calles. Los programas de televisión fueron visitados por distintos letrados que no ahorraron críticas a lo que la Corte había resuelto. Se hicieron presentaciones frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que encontrara algún remedio al supuesto “dislate” que la Corte acababa de consagrar. En tiempo “record”, el Congreso dictó una ley destinada a impedir los beneficios de esta ley del “2x1” mediante el extraño mecanismo de pretender interpretar, en 2017, lo que los legisladores pudieron haber querido significar cuando sancionaron, en 1994, la referida ley que acordaba el citado beneficio³. Los jueces de la Corte que dictaron el fallo mayoritario fueron denunciados penalmente por el delito de prevaricato y un fiscal federal de la Capital llegó al extremo de impulsar la investigación. Los jueces fueron acusados de haber hecho algo cercano a la destrucción del “contrato social” que une al pueblo argentino, y el disgusto respecto de lo que habían firmado pareció no tener fin.

(*) Agradezco especialmente a Alberto F. Garay sus comentarios y su colaboración en la preparación de este artículo. También agradezco a Martín Farrell sus generosos aportes al primer borrador.

¹ El caso se llamó “Bignone”, por ser el imputado que encabezó la carátula del juicio. “Muiña”, a su vez, fue la persona beneficiada por fallo del Alto Tribunal y quien desató, metafóricamente, el huracán al que se refiere el título de este artículo. El fallo es de fecha 3/5/2017, su publicación completa puede verse en www.laleyonline.com.ar.

² Luego veremos en más detalle los alcances de esta ley.

³ La ley en cuestión es la N° 27.362 (B.O. 12/5/2017).

Este trabajo constará de dos partes. En una primera, explicaré qué fue realmente lo debatido en “Muiña”, pues es altamente probable que buena parte de las airadas críticas dirigidas al fallo se deban a la falta de comprensión respecto del concreto punto de derecho que la Corte fue llamada a resolver. En esta empresa, haré desde ya algunas evaluaciones personales que me llevan a sostener que las reglas jurídicas del derecho argentino no daban mayor espacio para resolver de una forma distinta de cómo lo hicieron los jueces que firmaron el voto de la mayoría del Alto Tribunal.

La segunda parte del trabajo se relaciona con lo que acabo de señalar. Esto es, analizaré desde una óptica algo diferente las razones de por qué entiendo que la solución dada por la mayoría al caso venía como predeterminada por las “reglas jurídicas”. Esta expresión, utilizada de manera consciente, es particularmente relevante. Veremos así que, según cómo delimitemos el concepto de “reglas jurídicas”, estaremos realmente argumentando de una manera sólida o no.

Y en esta difícil empresa, intentaré explicar qué es la pretensión de hacer ingresar en la categoría de “reglas jurídicas”, o “reglas de derecho”, ciertos postulados genéricos o “principios” (en una terminología más reciente, “estándares”), donde radica a mi entender el núcleo central del problema. Ello, al pretender elevar en este caso a la categoría de “regla jurídica” ciertas fórmulas de contornos imprecisos, y además, haberlo hecho con un muy escaso rigor conceptual.

Veremos igualmente que tales “principios” han sido extrapolados de casos judiciales donde la materia sometida a decisión era bien distinta de aquella de la que se buscó extraer conclusiones con contenido jurídico.

Por último, cerraré todas estas disquisiciones con la descripción de lo que constituye, a mi juicio, una verdadera “paradoja conceptual”.

II. Primera parte: lo planteado y resuelto en “Muiña”

A. Los hechos relevantes

Luis Muiña había sido sometido a proceso penal, imputándosele delitos de suma gravedad tales como privación ilegal de la libertad e imposición de torturas, para los cuales el Código Penal contempla penas tanto de reclusión, como de prisión.

Tales hechos tuvieron inicio (y algunos, como veremos, se prolongaron en el tiempo), en los años de la represión ilegal que caracterizó al gobierno de facto surgido del golpe militar de marzo de 1976. Muiña fue detenido y constituido en prisión preventiva el 1° de octubre del año 2007, por lo cual es un hecho no disputado que el 30 de septiembre de 2009 había cumplido ya dos años de prisión preventiva, sin haber sido aun juzgado por el hecho imputado.

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

Luego de ello, debió establecerse la fecha de cumplimiento de la condena. En un fallo dictado el 9 de septiembre de 2013, el Tribunal Oral decidió que, a partir del 1° de octubre de 2009, los días transcurridos en prisión preventiva por el imputado debían computarse de acuerdo al sistema establecido en el art. 7° de la ley 24.390⁴. Se sabe que dicha norma vino a modificar el art. 24 del Código Penal que legisla justamente sobre la manera en que debe computarse la prisión preventiva del imputado, a los fines del cálculo de la pena a cumplir. En lo que aquí interesa la ley 24.390 dispuso que:

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

En base a esa norma, y siguiendo el criterio imperante en la jurisprudencia, el Tribunal Oral decidió que ese “descuento” de los días transcurridos en prisión preventiva debía extenderse hasta la fecha en que la condena quedó firme, lo que dio una fecha de cumplimiento que provocó el agravio del Ministerio Público.

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

El motivo por el que el Tribunal Oral entendió que correspondía aplicar el sistema de cómputo dispuesto por esta ley 24.390 a los fines de la fijación de la pena definitiva, resulta simple. La invocación en el pronunciamiento del art. 2º del Código Penal muestra que ese Tribunal Oral entendió que debía aplicar en esta materia la ley penal más beneficiosa para el imputado, Ello, por la razón de que aunque esa ley (la 24.390) no estuviera ya vigente al momento de pronunciarse el fallo, sí lo había estado en un momento anterior⁵.

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

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

Finalmente, basta leer el articulado de la ley 24.390 para advertir que ella contenía una única categoría de delitos exceptuados de sus beneficios, que eran ciertos delitos previstos en la ley 23.737 sobre tráfico de estupefacientes⁷. Vale decir, nada había en el texto de esta ley, reglamentaria de una norma de la Convención Americana de Derechos Humanos, que permitiera excluir los delitos atribuidos a Muiña del amparo de este cómputo “privilegiado”.

⁵ El texto del art. 2 del Código Penal es claro al respecto: *“Si la ley vigente al momento de cometerse el delito fuera distinta de la que existe al dictarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”*. Luego veremos la trampa en la que parecen caer los jueces que votaron en disidencia en “Muiña”, respecto del efecto que tendría, en la correcta aplicación de esta norma, la posible caracterización de “permanente” de alguno de los delitos por los que se condenó al imputado.

⁶ Este carácter de “reglamentario” de la ley 24.390 respecto del citado art. 7, punto 5, de la Convención Americana surge inequívocamente del art. 9 de la ley.

⁷ Aun a riesgo de desordenar la exposición, cabe aclarar que la Corte Suprema, según lo hacen notar los votos de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz, se había pronunciado ya sobre esta excepción consagrada en la ley, tachándola de inconstitucional. De esto me ocuparé también más adelante.

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

Refiriéndose ya a la concreta aplicación de la ley 24.390, que era la considerada por el Tribunal Oral como “más benigna”, la Casación dijo que: *“la norma que preveía la aplicación del ‘2 x 1’ no fue la expresión de un cambio en la valoración social de la clase de delitos que han sido atribuidos en este proceso, sino que solo adoptó, durante un corto período de tiempo, un mecanismo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos”*⁸.

También consideró la Casación relevante que durante la vigencia de la ley 24.390 (entre noviembre de 1994 y junio de 2001) Muiña no había estado en prisión preventiva, circunstancia que, dijo, hacía este caso diferenciable del precedente “Arce”, de la Corte Suprema⁹. Todo ello la llevó a revocar el pronunciamiento del Tribunal Oral apelado y a rechazar la aplicación de la ley 24.390 como ley penal más benigna.

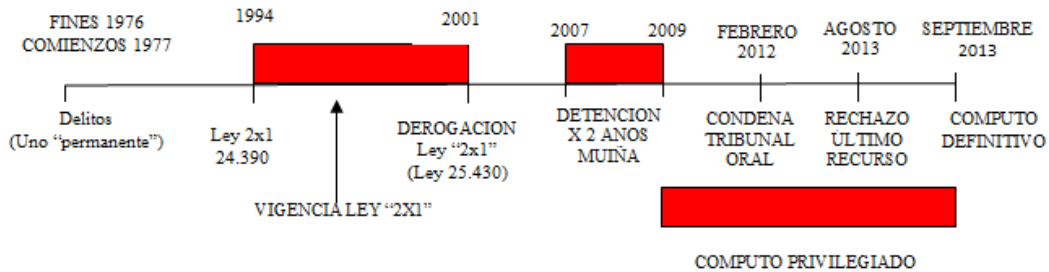
Con este telón de fondo, la defensa de Muiña llevó su caso a la Corte Suprema. Adelanto que el fallo de la Cámara de Casación fue revocado por la Corte, mediante el voto conjunto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz, más la concurrencia del juez Rosatti. Los jueces Lorenzetti y Maqueda votaron en disidencia.

Por entender que esto facilitará bastante la comprensión de los temas centrales sobre los que debió fallar la Corte Suprema, incluyo a continuación una línea de tiempo que muestra los hitos centrales de la cronología que acabo de reseñar.

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

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

LÍNEA DE TIEMPO



B. Las cuestiones sometidas a decisión de la corte y las respuestas de los jueces

II. B. a. El art. 24 del Código Penal (según ley 24.390) y su naturaleza. La posición de los jueces en "Muiña"

Una primera cuestión a resolver se vincula con la naturaleza de esta norma del Código Penal. Como veremos, el juez Lorenzetti sostuvo que no se estaba realmente ante una ley penal, pues ella solo buscó reglamentar un instituto de entidad procesal, como es la prisión preventiva. De allí, en su criterio, la inaplicabilidad al caso del mandato del art. 2º del Código Penal, en cuanto impone recurrir a la ley más benigna.

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

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

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

Primero: Que la aplicación retroactiva al caso de la ley 25.430 (la derogatoria del cómputo del “2 x1”), en vez de la 24.390, “*se halla vedada por el principio constitucional mencionado* (se refiere al de legalidad del art. 18 de la Constitución) *en atención al carácter material que -en mi opinión- ostentan las reglas de cómputo de la prisión preventiva*”¹⁰.

Segundo: Que en materia de la aplicación de la ley más benigna del art. 2, Código Penal, ella debe proyectarse a la materia del cómputo de la prisión preventiva. El Procurador dijo así que “*tratándose de normas que afectan la libertad ambulatoria, la prohibición de retroactividad regiría incluso si se considerara que revisten carácter procedimental*” (Ver estas citas en el dictamen del Procurador General, Apartado IV, últimos dos párrafos, Fallos: 331:472, 475). Este fallo “Arce” contó con los votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. La juez Argibay propició la desestimación del recurso con invocación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

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

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

¹⁰ Este carácter “material”, y “de fondo”, de lo dispuesto por el art. 24 del Código Penal según el texto de la ley 24.390, como fundamento para su aplicación “ultractiva” pese a su derogación, fue confirmado por la Corte en el fallo “Bocazzi”, sentencia del 12 de mayo de 2015, votos de los jueces Lorenzetti, Highton y Maqueda, por remisión al dictamen del Procurador General. Causa “B-412, L XLIX”. Agradezco especialmente a Pablo Hirschmann haber llamado mi atención sobre este fallo, confirmatorio de los principios del caso “Arce”.

La forma en que este voto intenta diferenciar lo que se había firmado en “Arce” es insustancial para este punto concreto. En efecto, la diferenciación intentada se centra en que, en “Muiña”, y a diferencia de “Arce”, su detención preventiva no se había materializado durante la vigencia de la ley 24.390¹¹, sino varios años después de su derogación por la ley 25.430. También señaló el juez Lorenzetti que en esa norma derogatoria (la 25.430), expresamente se había aclarado en su art. 10 que “*la presente ley* (se refiere a la 25.430) *integra el Código Procesal Penal de la Nación*” (ver cons. 14).

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

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

II. B. b.- El art. 2 del Código Penal no ofrece dificultades de interpretación. Normas análogas en Pactos Internacionales y el valor del principio “pro homine”

II. B. b.1. La fuerza de “siempre” y la ley relevante para esta discusión

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

¹¹ Recuérdese que ella rigió hasta el 1° de junio de 2001.

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

Como justamente la norma del art. 2 se refiere a los supuestos de posible sucesión de leyes, el art. 3 del Código Penal aclara algo en verdad bastante único, y de especial pertinencia para el caso: Que “*en el cómputo de la prisión preventiva se observará **separadamente** la ley más favorable para el imputado*”¹².

La ley más benigna, cuya aplicación reclamó Muiña, **es la ley 24.390** que, justamente por su derogación en 2001, no era ya “*la ley que existe al pronunciarse el fallo*” (lenguaje del art. 2 del C. Penal).

Al dictar el Tribunal Oral su cómputo de pena en el auto del 9 de septiembre de 2013 (ver la línea de tiempo incluida más arriba), debió por imperativo legal elegir “*separadamente*” la ley más favorable, aplicando ultractivamente una ley derogada más benigna.

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

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

¹² El énfasis de “*separadamente*” es obviamente mío. Lo de “*bastante único*”, a su vez, responde a lo siguiente. En esta materia, “*el juez debe tomar a las dos leyes como hipotéticamente coexistentes, y efectivamente lo son durante un tiempo, pues unos casos resultan regidos por una ley y otros casos por la otra. El juez no resuelve cuál de las dos leyes es **vigente**, sino cuál de las dos **aplica a ese caso***”. Sebastián Soler, Tratado de Derecho Penal Tipográfica Editora Argentina, 1978, T. I, pag. 193. El énfasis, aquí, en el original.

ley penal más benigna” (lenguaje del pronunciamiento del Tribunal Oral del 9 de septiembre de 2013).

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

La ley no les daba ningún margen para dejar de aplicar esa ley 24.390, al eliminar la conjunción de los arts. 2 y 3 del Código Penal todo posible margen de discreción interpretativa. Recurrir ante un texto legal tan claro a pautas tales como los “deseos del legislador”, “el fin último de la ley”, “las consecuencias” a que conduciría su aplicación, cuando es la misma ley penal la que indica lo que debe hacerse “siempre”, es atribuirles a los jueces una prerrogativa que el sistema republicano no confiere. Los votos que menciono, por lo demás, lo explican elocuentemente.

II. B. b. 2. ¿Y los pactos Internacionales? La trascendencia del principio “pro homine”

Dos normas podrían citarse aquí, de idéntica redacción. Una es el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en lo pertinente dice: “*Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

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

La razón por la que debe descartarse este segundo párrafo es porque la Argentina suscribió este Pacto con la expresa reserva que surge del art. 4º de la ley 23.313. Esta dice:

“El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional”.

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

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

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

Y al tenerla, se vuelve enteramente operativa la norma de interpretación contenida en el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto señala que:

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

...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con cualquiera de las leyes de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados” (énfasis agregado).

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

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

II. B. c. El carácter “permanente” del delito de privación ilegal de la libertad y la necesidad de despejar un equívoco

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

II. B. c. 1. El planteo

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

El estado de “desaparición” de Roitman, prolongado largamente, implica la posibilidad de calificar a su privación de la libertad como un delito “permanente”. O sea, uno cuyo momento de comisión se prolonga por todo el plazo en que continúa ese estado de privación de la libertad¹³.

El voto del juez Maqueda, entonces, y a partir del considerando 9º, explica que esta caracterización de “permanente” impide la aplicación pretendida del art. 2 del Código Penal. En sus palabras:

“El carácter permanente de un delito implica que si durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del art. 2º del Código Penal, donde se debe aplicar siempre la más benigna), sino de un supuesto de

¹³ A los fines del análisis que efectuaré daré por válida la caracterización de “delito permanente” asignada a lo sucedido con esta víctima, aun cuando existen autores que tildan a este criterio de “ficción”, dado el muy extenso tiempo transcurrido entre la desaparición en cuestión y el momento del dictado del fallo. En esa línea, Roberto Gargarella añade una crítica conceptual de peso. Concluir que Muiña siguió privando de la libertad al Sr. Roitman durante la vigencia de la ley 24.390 (entre los años 1994 y 2001), lleva inexorablemente a que ésta sea la “ley vigente” al momento de cometer el delito. Ello refuerza entonces la imposibilidad de eludir su aplicación, en base al principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional. Ver su trabajo “Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna. El caso ‘Bignone’ y el test de la mirada”, en Revista La Ley, Edición Especial del 18 de mayo de 2017, pág. 14.

coexistencia de leyes y siendo que solo una de ellas es la que se debe aplicar -porque es uno el delito cometido- debe aplicarse la vigente en el último tramo de la conducta punible, aun cuando sea la más gravosa” (Cons. 9º del voto, 2º, párrafo; citas omitidas, el énfasis, por las importantes razones que se verán, es mío).

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

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

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

II. B. c. 2. La confusión

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

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

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

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

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

La idea que subyace a este razonamiento es la siguiente. Si durante la comisión de un delito cuya comisión se prolonga en el tiempo se sanciona una nueva figura penal más grave, o bien a la existente se le agrava su penalidad, la aplicación de la nueva figura penal (antes inexistente) o la aplicación de la mayor pena contenida en la nueva ley, no hace que estemos ante la violación del principio de legalidad.

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

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

La idea subyacente, reitero, es que el continuado desprecio por lo que las leyes indican impide que el imputado pueda invocar la tipificación anterior menos gravosa, o la pena anterior más benigna.

Dicho todo esto, sostengo que esta cuestión, que trata de nuevas tipificaciones de delitos o agravamientos de pena, no tiene en verdad ninguna conexión con lo planteado en “Muiña”. Aquí, lo debatido no fue la sanción de una ley más gravosa referida al específico delito que se había empezado a cometer (la privación ilegal de la libertad), **sino algo muy diferente, como es la forma del cómputo de la prisión preventiva.**

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

En suma, hacer el esfuerzo de caracterizar como “permanente” a la ley **de fondo** por cuya infracción se condenó a Muiña (una privación ilegal de la libertad de quien jamás apareció), nada agrega a la discusión sobre si la manera de computar una prisión preventiva al amparo de una ley (la del “2 x 1”), podía ser válidamente reclamada por el imputado pese a no estar vigente al momento de efectuarse el cómputo final de su condena. Ello, por el sencillo hecho de ser la misma más benigna.

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

Y en este punto, es bueno recordar otra vez que la resolución que debía dictar el Tribunal Oral, y que motivó la posterior intervención de la Corte Suprema, se limitó a establecer el “*Cómputo de detención y pena de Luis Muiña*”¹⁴. Para ese momento, la concreta determinación de los delitos cometidos, la elección de la ley penal de fondo que rigió el caso y la asignación de la pena específica adjudicada a Muiña eran temas ya establecidos por el Tribunal Oral en su sentencia condenatoria, la cual había adquirido firmeza.

¹⁴ Así se titula el breve auto de cómputo del Tribunal Oral, de fecha 9 de septiembre de 2013, obrante a fs. 4435 del expediente que llegó a la Corte en apelación.

Esta “confusión” entre la única cuestión que debía resolverse en Muiña y los tipos delictivos que pudieron haberse infringido, desdibuja notoriamente la utilidad de los ejemplos que propone Gargarella en su trabajo citado en nota 13, *infra*. En efecto, su clasificación entre: (i) “casos arquetípicos” de aplicación del fundamento de la ley penal más benigna (una comunidad ha dejado de considerar “falta grave” lo que antes se reputaba como tal); (ii) “casos complicados” (la valoración social de lo que debe ser delictivo es variable, considerándose primero a una determinada conducta como “falta grave”, luego no, y en un tercer momento, otra vez sí); y (iii) “casos inaceptables” (una conducta muy grave es despenalizada por un gobierno irracional que, afortunadamente deja el poder y su sucesor retoma la senda de lo razonable), poco agrega a la discusión del caso “Muiña”. Es que, como dije, al momento de determinarse el cómputo final de la pena no existía ya discusión alguna acerca de los delitos asignados a Muiña, ni era entonces necesario hacer fincar el análisis en la mayor o menor reprobación social de los delitos efectivamente cometidos.

II. B. c. 3. La respuesta de la mayoría en “Muiña”

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

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

Pero lo que también se hace más adelante, correctamente, es explicar que la Corte Interamericana no se expidió puntualmente sobre el mismo tema que la Corte debió resolver en este caso (Ver el desarrollo en el considerando 13 del voto). Se recuerda ahí entonces que en el caso “Gelman vs. Uruguay”, invocado por el juez Maqueda en su

disidencia, “*se decidió una cuestión diferente a la debatida en esta causa, más precisamente, que la tipificación sobreviniente de la conducta punible mediante la figura de la desaparición forzada de personas, no era violatoria de la garantía de la irretroactividad de la ley penal en tanto dicha nueva tipificación, por un lado, era requerida por la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta punible...y, por el otro, era consecuencia de la obligación de investigar y sancionar hechos de tal especie sí requerida por el ius cogens*” (El énfasis es mío).

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

Hay además en este voto un esfuerzo por explicar cómo los casos previos llegados a la Corte no habían permitido conformar una mayoría clara acerca de cómo resolverlos. En este punto, es relevante señalar que **en ninguno de ellos se había consagrado el criterio de que en los delitos permanentes resulta inválida la aplicación de la ley 24.390, a los fines de determinar el cómputo de la pena**. Incluso, en casos donde sí se había aplicado dicho beneficio, y que motivó el agravio del Ministerio Público así como un expreso pedido del Procurador General para que se restringiera la aplicación de los beneficios de la ley 24.390 a casos de delitos de “lesa humanidad”, la Corte desestimó el recurso del Ministerio Público por aplicación de la fórmula del art. 280 del Código Procesal Civil de la Nación¹⁵.

En dos casos relevantes originados en un mismo imputado, de nombre “Rei”, la Corte volvió a dejar pasar la oportunidad de sentar jurisprudencia clara sobre la incidencia de los delitos permanentes en los cambios legislativos. En “Rei” (1)”¹⁶, se había denegado la excarcelación del imputado, en un caso que versaba sobre ocultación de menores de edad. Este fue considerado un delito permanente, “*pues la acción típica cesa cuando se descubre*

¹⁵ El caso es “Simón”, Corte Suprema, sentencia del 6 de agosto de 2013. S.1 XLIX. La desestimación del recurso fue firmada por los jueces Lorenzetti, Highton, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda.

¹⁶ “Fallos”: 330:2434, sentencia del 29 de mayo de 2007.

la verdadera identidad de la víctima” (del dictamen del procurador General, capítulo II). La denegatoria de la excarcelación se apoyó en la mayor pena resultante de una ley posterior al comienzo de ejecución del delito (ley 24.410, que agravó las penas del art. 146 del Código Penal). Ello fue cuestionado por la defensa con invocación, entre otras normas, de lo dispuesto por el art. 2 del Código Penal y de lo dispuesto en los Pactos Internacionales a los que ya me he referido .

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

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

En “Rei” (2)¹⁷, que había llegado a la Corte por invocación del imputado del cómputo privilegiado de la ley 24.390 del “2x1”, el cual había sido rechazado en las instancias previas, sucedió lo siguiente. La mayoría de la Corte desestimó el recurso de la defensa con invocación del art. 280 del Código Procesal Civil de la Nación.

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

II. B. d. La cuestión del “cambio de valoración” como presupuesto de la aplicación del art. 2 del Código Penal

¹⁷ R.829, XLVIII, Recurso de Hecho, sentencia del 10 de diciembre de 2013.

Recuérdese que el argumento de la Cámara de Casación para revocar el cómputo de pena efectuado por el Tribunal Oral y desechar la aplicación de la ley más benigna, había sido el siguiente. La solución normativa consagrada en el art. 2 del Código Penal requiere, como presupuesto para su aplicación, que el dictado de la ley más benigna haya respondido a un verdadero cambio de valoración en la conducta imputada.

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

El voto en disidencia del juez Lorenzetti comparte este criterio (Ver lo afirmado en el considerando 14, cuarto párrafo).

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

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

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

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

Es más, la única valoración contenida en la ley 24.390 relativa a delitos que no debían quedar alcanzados por la ley fue la mención de aquellos previstos en ciertos artículos de ley 23737 sobre estupefacientes. Esta diversa valoración, y la consiguiente excepción a los beneficios del “2 x 1”, por lo demás, había sido declarada inválida por la misma Corte como violatoria de la garantía de la igualdad. Ello sucedió en el caso “Véliz”, que el voto emitido en primer término en “Muiña” cita¹⁸.

III. Segunda parte: “reglas” y “principios”

A. La aparición en escena de un “cuerpo jurisprudencial, nacional y supranacional”

Parece bastante claro que las reglas de derecho positivo apoyaban decididamente lo resuelto por la mayoría de la Corte en “Muiña”.

Basta repasar el directísimo lenguaje de los arts. 2 y 3 del Código Penal, los que no se prestan a ningún equívoco, así como la norma interpretativa del art. 29 b) de la Convención Americana de DDHH, para concluir en la existencia de reglas bien precisas que determinaban esa, y sólo esa, solución del caso. A ello cabe agregar el carácter de “reglamentaria” de la ley 24.390 de otra norma de la Convención Americana (la del art. 7 inc. 5°), para que quede claro que el derecho positivo, tanto de jerarquía legal como convencional, estaban del lado del planteo de Muiña.

¹⁸ En “Veliz”, Recurso de Hecho, V.210, causa N°5640, sentencia del 15 de junio de 2010, la Corte dijo que debía honrarse el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, acordado a toda persona detenida según los términos del art. 7, ap. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Agregó que “*la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas, por más aberrantes que puedan ser...importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de prisión preventiva al convertirla en pena anticipada*”. También explicó la Corte que “*la asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de rango constitucional tales como la presunción de inocencia, la libertad personal y el plazo razonable dentro del proceso*”.

Vimos también que es relativamente fácil disolver el aparente problema creado por la caracterización de uno de los delitos atribuidos como “permanente”, en el sentido de que ello impediría hablar de una sucesión de leyes en el tiempo. Según el argumento que se pretendió esgrimir, ese carácter de “permanente” haría que estemos ante normas “coexistentes” y no “sucesivas”, al ser “uno solo el delito cometido”.

La línea de tiempo que muestra cuál era la única cuestión a resolver al momento del cómputo de la pena es suficiente prueba de que, en esta especial materia, había una ley (derogada) que resultaba más beneficiosa para el imputado que la vigente al momento de dictar sentencia. Bajo esa óptica, existió sin duda una sucesión de leyes, y la derogada (la 24.390), por ser más benigna que la ley 25.430 que la sucedió, debía ser aplicada a fin de no ignorar el claro mandato de los arts. 2 y 3 del Código Penal.

Vimos por último que el art. 24 del Código Penal (reformado por la ley 24.390) es una norma de contenido penal, carácter reconocido por la Corte en los precedentes “Arce” y “Bocazzi”, y que aunque se la tildara de “procesal”, la misma Corte señaló que por tratarse de una norma relativa a la libertad de las personas cabía su aplicación ultra activa.

Si todo esto es así, y lo es, ¿por qué lo resuelto en “Muiña” despertó una andanada de críticas no sólo de personas ajenas al Derecho sino también de buena parte de la comunidad académica?

Una primera y fácil respuesta (más comprensible en los legos), es que se trató de una decisión moralmente cuestionable. A una persona condenada por delitos graves, considerados de lesa humanidad, se le estaba permitiendo salir de prisión sin agotar realmente la cantidad de años indicados en la sentencia de condena.

Muchos integrantes de la comunidad jurídica, a su vez, reforzaron ese argumento sosteniendo que la Corte se había apartado de los “estándares” internacionales vigentes para casos de lesa humanidad, así como de los “*principios que inspiran la jurisdicción universal*”¹⁹. Y aquí, hicieron mención de fallos de la Corte Suprema tales como “Arancibia Clavel”²⁰, “Simón”²¹ y “Mazzeo”²².

¹⁹ Ver esta expresión en el considerando 35 del fallo dictado por la Corte Suprema en “Mazzeo”, infra, nota 23.

²⁰ Fallos CSN, 327:3294, (año 2004), donde se afirmó la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

A ello se le agregó un argumento de alegada “obligatoriedad”. Esto es, la “obligación” de nuestros tribunales de seguir dichos estándares internacionales, bajo riesgo de que el país incumpla sus obligaciones bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, de rango constitucional, volviéndose responsable frente a la comunidad internacional por ese incumplimiento²³.

Sobre la base de esos fallos, en donde se habían citado a su vez como autoridad sentencias emergentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como “Barrios Altos v. Perú” y “Almonacid Arellano v. Chile”²⁴, se esgrimió el fundamento de que existía lo que se denominó como un “*cuerpo jurisprudencial nacional y supranacional*”²⁵.

Y entonces este “cuerpo”, así definido, vendría a tener mucho más peso que las normas invocadas por la mayoría en “Muiña”. De allí que, para esta postura, las disidencias de los jueces Lorenzetti y Maqueda eran las que habían captado adecuadamente la esencia del problema y arribado a la correcta solución del caso.

B. Un cuerpo con base, “ab initio”, bien endeble

En este apartado voy a ocuparme de marcar las endebles bases sobre las que fue construyéndose ese “cuerpo jurisprudencial” que, como dije, tendría una fuerza normativa de mayor entidad que todo lo invocado por la mayoría en “Muiña”.

III. B. a. El lenguaje con el que se incorporaron los Pactos Internacionales

Para empezar, debe hacerse notar que la incorporación de ciertos pactos Internacionales al texto de la Constitución Nacional no significó la posibilidad de que los

²¹ Fallos CSN, 328:2056 (2005), donde se declaró la inconstitucionalidad de las leyes llamadas de “punto final” y “obediencia debida”.

²² Fallos CSN, 330:3248 (2007), donde se declararon inconstitucionales los indultos que había dictado el presidente Menem durante el año 1989.

²³ Para un trabajo claramente enrolado en esta postura puede verse el de Hernán V. Gullco, “Caso Muiña: ¿Es verdad que la ‘ley’ obligaba a la mayoría a resolver como lo hizo?”, en Rev. La Ley, supra nota (no dirige a nada)

²⁴ Sobre su real alcance volveré posteriormente.

²⁵ Ver este desarrollo en el trabajo de Hernán Gullco, supra nota 23.

mismos alteraran otros principios, de rango constitucional, tales como los de legalidad o cosa juzgada.

El lenguaje del art. 75 inc. 22 CN, en cuanto señala que dichos instrumentos “*no derogan artículo alguno de la Primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”, debería alcanzar para ilustrar este punto²⁶.

III. B. b. Las “condiciones” en que se incorporaron tales instrumentos

Consideró también útil despejar otro equívoco en el que algunos juristas suelen incursionar. Sólo que aquí, hay que admitir, cuentan con la ayuda de un “obiter dictum” de la propia Corte Suprema. Dicho “obiter” no sólo fue innecesario para responder a la cuestión que el Tribunal tenía frente a sí (y de allí su caracterización de “obiter”). Además, se incurrió en una afirmación carente de todo sustento, la cual tendría luego una vasta proyección en la forma de interpretar el derecho constitucional en general. Pero mejor, vayamos por partes.

Se sabe que la Convención Americana de Derechos Humanos incluyó entre los derechos de las personas inculpadas de delito, el de “*recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*” (ver art. 8º, 2, “f”). Se sabe también que en el caso “Giroldi”²⁷ la Corte Suprema analizó la constitucionalidad de una norma del Código Procesal Penal de la Nación (el art. 459, inc. 2º) que limitaba las posibilidades de interponer recurso de casación a que la pena impuesta superara cierto monto. Bien mirado, era un caso simple de resolver. Una norma procesal venía a restringir un derecho (el de apelar todo fallo condenatorio) expresamente afirmado en un Pacto de jerarquía constitucional, por lo que el caso reclamaba tan sólo otorgarle primacía al lenguaje de la Convención.

El “obiter”, sin embargo, apareció en el considerando 11 de “Giroldi” al señalar que:

²⁶ Me resisto distraer aquí la atención del lector con citas acerca de cuál debería ser la interpretación de esta norma. Ella dice lo que dice, y cualquier persona debería entender que lo buscado fue incorporar al orden jurídico, como “*complementarios*”, ciertos derechos o garantías mencionados en esos instrumentos. Por ejemplo, el denominado “derecho de rectificación o respuesta” del art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero cuidando de que dicha incorporación no signifique la derogación de los derechos que la propia Constitución ya consagra.

²⁷ Fallos CSN, 318:514 (1995).

“(L)a ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos...ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (énfasis agregado).

Y luego de otorgarle a la expresión “en las condiciones de su vigencia”, la significación antedicha, la Corte expresó, lo cual sería repetido en pronunciamientos posteriores, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...” (ver mismo considerando 11).

Antes de analizar si existía alguna base para efectuar semejantes afirmaciones, obsérvese la trascendencia de lo que la Corte argentina hizo. En efecto, una cosa es decir que en la interpretación de una norma de la Convención Americana de DDHH es aconsejable que nuestros tribunales tomen como pautas interpretativas los fallos de la Corte Interamericana, y otra bien distinta es sostener que tienen *la obligatoriedad* de hacerlo.

Más radical todavía, es decir que *esa obligación provendría de nuestra propia Constitución Nacional*. Ello, al afirmar que la expresión del art. 75 inc. 22 (que señala que ciertos instrumentos internacionales tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”), vino a significar ni más ni menos que esto: Lo que la Corte Interamericana diga es una pauta de interpretación *impuesta por el propio lenguaje del art. 75. inc. 22 de la Constitución*.

Ahora bien, para saber cuál fue el real sentido de incluir la expresión “en las condiciones de su vigencia” en el lenguaje del art. 75 inc. 22, resulta un ejercicio de provecho repasar la versión taquigráfica de la Sesión Ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Nacional Constituyente (Reunión N° 22).

Todos los que en esa sesión se pronunciaron sobre por qué se expresaba que ciertos Pactos “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional*”, expusieron concordantemente el siguiente fundamento: dichos instrumentos se incorporan **con las limitaciones mencionadas en las reservas formuladas por nuestro país, al momento de firmarse cada tratado en particular.**

Basta leer las exposiciones de los Convencionales que se refirieron al tema para advertir que ese fue el único alcance tenido en cuenta por ellos, al momento de optarse por la fórmula del art. 75 inc. 22²⁸.

III. B. c. El art. 27 de la Constitución Nacional

Para concluir, tampoco debemos olvidar que todo tratado internacional, sin que quepa excluir aquí a los mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, debe ajustarse a lo estipulado en el art. 27 de la Constitución. Ello, en cuanto exige que los tratados “*estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”.

Vale decir, además de la cláusula expresa de la Convención Americana de DDHH contenida en el art. 29 b) ya mencionada, que prohíbe interpretar cualquier derecho contenido en la Convención como limitando derechos y libertades contenidos en la legislación interna de cada estado parte (en “Muiña”, el de la aplicación ultra activa de una ley más benigna), tenemos que tampoco un tratado internacional puede entrar en colisión con los principios de derecho público de la Constitución. Por ejemplo, el de sujeción al principio de legalidad.

Justamente la presencia del art. 27 de la C.N. es lo que llevó recientemente al Juez Rosatti (su voto en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico v. Argentina’ por la Corte Interamericana de

²⁸ Ver, así, las expresiones de los Convencionales Barra, Alfonsín y Quiroga Lavié. En palabras de este último: “La nueva norma constitucional expresa que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional ‘en los términos de su vigencia’. Ello significa dos cosas a modo de interpretación del nuevo texto: a) que los tratados serán o no operativos según fueran los términos en que estuviere formulado cada derecho en el respectivo tratado internacional...; b) que la vigencia de un tratado alcanza no solo al contenido del mismo, **sino también a las reservas incluidas por el Ejecutivo al ratificar el respectivo tratado.** Ello no puede negarse que sea así, debido a que si es cierto que la ratificación es el acto constitutivo de la validez del tratado, en tanto la reserva forma parte de la ratificación, es obvio que ella forma parte del tratado” (énfasis agregado).

Derechos Humanos”²⁹) a afirmar que: “*A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamiento constitucional*”³⁰.

Al mismo tiempo, y como bien señala Alberto F. Garay en su comentario al fallo citado *supra*, “*en tanto el art. 27 de la CN siga vigente...la Corte Suprema está en la obligación de verificar si en el instrumento internacional se ha respetado el límite que la Constitución impone al gobierno federal. Es decir, si el instrumento internacional está ‘en conformidad’ con los principios de derecho público. Si la Convención los respeta, pero su transgresión proviene de la Corte IDH so pretexto de interpretarla, entonces ese escrutinio debe extremarse con más razón*”³¹.

Hechas estas aclaraciones, veremos ahora que los llamados “principios de derecho internacional” que habrían contribuido a conformar un “cuerpo jurisprudencial nacional y supranacional” tienen —tales “principios”—, bases todavía más endebles como para justificar las críticas a lo resuelto en “Muiña”.

C. Los “leading cases” en materia de delitos de lesa humanidad y su conexión con lo debatido en “Muiña”

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

Los gobiernos dictatoriales y las dictaduras que campearon en diversos países de Latinoamérica no hace muchos años, dieron lugar no sólo a manifiestas violaciones a los derechos humanos, sino también a intentos de asegurar la impunidad de los miembros de los regímenes que estaban dejando el poder. Esa impunidad se buscó a través del dictado de leyes de “auto amnistía” o, en ocasiones de “caducidad”.

²⁹ Sentencia del 14/2/2017, publicada en J.A., N° 6, 2017-II, donde se analizó si la Corte Suprema estaba obligada por un fallo de la Corte Interamericana a “dejar sin efecto” un fallo anterior de ella. La mayoría de la Corte respondió que no, lo que despertó la airada crítica de los mismos “internacionalistas” que acometerían tiempo después contra lo resuelto en “Muiña”.

³⁰ Considerando 5° de su voto, 3° párrafo).

³¹ Ver su trabajo “La Corte Interamericana no puede ordenar que se dejen sin efecto sentencias firmes”, loc. cit. nota 29, págs. 45 y siguientes.

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

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

En el marco de esos casos, donde lo debatido, reitero, fue la validez de las normas de autoamnistía dictadas por regímenes ilegales, la Corte Interamericana señaló, en “*Barrios Altos*”, que “*resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y de establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos*”³².

En “*Almonacid Arellano*”, donde la base fáctica era similar, la Corte IDH había lidiado además con la invocación de la garantía del *non bis in ídem*. Ello, producto de que el caso abierto en Chile, donde debía ser investigada la muerte del Sr. Almonacid Arellano, había sido cerrado con intervención de un tribunal militar al que se le había otorgado competencia para intervenir. Esta circunstancia hizo que la Corte IDH se pronunciara, además, sobre la procedencia de ese alegado obstáculo. Al fundar el rechazo de la defensa de *non bis in ídem*, dijo que esa garantía no resultaba aplicable puesto que la causa había sido tramitada por “*tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad*”. En la misma línea argumental, agregó que la aplicación del decreto de autoamnistía “*consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en la impunidad*”³³.

Estos párrafos, extraídos de fallos cuya materia fue declarar inválidas normas de autoamnistía y juzgamiento de causas por tribunales militares, fueron luego invocados por

³² Fallos “*Barrios Altos*”, párrafo 41 de la sentencia.

³³ Fallos “*Arellano Almonacid*”, párrafos 154 y 155.

la Corte argentina para rechazar ya, en casos tramitados en nuestro país ante tribunales judiciales, defensas de violación de los principios de legalidad y cosa juzgada. Tal fue lo sucedido, por ejemplo, en el caso “Mazzeo”³⁴, donde la mayoría de la Corte argentina aplicó muy forzosamente criterios nacidos de casos de la Corte IDH con un sustrato fáctico bien diferente. Eso lo hizo al analizar la validez de un indulto, el cual había sido considerado válido muchos años antes, por la propia Corte Suprema, respecto del mismo imputado³⁵. “Mazzeo” contó con la fortísima disidencia de los jueces Fayt y Argibay.

Ahora bien, volviendo a la materia de este trabajo, cabe seriamente preguntarse si doctrinas tendientes a evitar parodias de procesos, a poner en su justo lugar amnistías inválidas, o a evitar la aplicación de “eximentes de pena” que tuvieron su origen en el claro deseo de sustraer a los responsables de violaciones a los derechos humanos de todo proceso judicial, tienen espacio en un caso como “Muiña”.

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

³⁴ “Fallos”: 330:3248.

³⁵ El caso anterior de la Corte, del año 1992, donde la misma persona imputada en “Mazzeo” se había beneficiado con un indulto dictado por un presidente constitucional, y que la Corte consideró entonces válido, es “Aquino”, Fallos:315:2421

D. Los “principios” invocados para refutar lo resuelto en “Muiña”

Resta aún por analizar en toda su extensión la línea de fundamentación de los críticos de “Muiña”.

Para poder apartarse de claras reglas de derecho positivo, se invocaron “principios” o “estándares” que se consideran emanados de fallos de tribunales internacionales y que podrían sintetizarse así: En los delitos de lesa humanidad deben eliminarse todos los obstáculos cuya consecuencia sea impedir el juzgamiento y la ejemplar condena de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

La “fuente” originadora de este estándar es, como señalé ya, ciertas afirmaciones contenidas en los casos “Barrios Altos” y “Almonacid Arellano”, que continuamente se citan.

Y si en esos casos se llegó al extremo de eliminar “barreras” tales como las de “prescripción de la acción penal” o inclusive la “cosa juzgada”, ¿por qué no ha servir el mismo “estándar” para defensas relativas a la manera en que debe computarse el monto efectivo de cumplimiento de una condena?³⁶

Me propongo demostrar ahora todas las anomalías jurídicas en las que es necesario incurrir para hacer fincar en el concepto de “principio” o “estándar” emanado de un fallo judicial, una postura de tal naturaleza.

III. D. a. Las Anomalías

III. D. a. 1. Hay que reformular por completo la idea de qué es un “precedente”

Recuérdese aquí el inveterado concepto expresado por la Corte Suprema hace ya más de cien años en “Municipalidad c/ Elortondo”³⁷, acerca cómo interpretar un precedente judicial:

³⁶ Hernán Gullco, en su trabajo citado supra, nota 24, sostiene que la aplicación a Muiña de los beneficios de la ley del “2x1” equivalió a tanto como una “conmutación de pena”, lo cual también resultaría algo prohibido por los referidos “estándares” provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

³⁷ Fallos CSN, 33:162 (1888). El párrafo destacado en el texto fue recordado por la Corte Suprema en el reciente caso “Acosta”, del 22.8.2017, en oportunidad de descalificar una sentencia de la Cámara Electoral que, expresó la Corte, “se limitó a otorgar carácter vinculante a expresiones generales contenidas en una sentencia anterior con total desconexión del marco normativo aplicable...En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que, como en el caso, han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en las

“Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal... ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan”.

Ni “Barrios Altos”, ni “Almonacid Arellano”, se refieren a situaciones de hecho y de derecho equivalentes a las que la Corte debió resolver en “Muiña”. Aquellos fueron casos de autoamnistías dictadas por los mismos gobiernos responsables de las violaciones a los derechos humanos que se buscaba perseguir. En “Almonacid Arellano”, además, debió lidiarse con un “fallo” que invocó la auto amnistía como impedimento para la apertura de la investigación. Dicho fallo había emanado de un tribunal militar al que se le había otorgado jurisdicción para intervenir. En ninguno de esos casos había existido una investigación, un juicio oral y mucho menos una sentencia condenatoria.

De la misma manera, ninguno de los casos de la Corte argentina que anularon las denominadas “leyes del perdón” lidió tampoco con el caso de personas juzgadas y condenadas.

III. D. a. 2. Hay que hacer primar un “principio” por sobre reglas claras de derecho, tanto de orden local como una emanada de una Convención Internacional

El “principio” según el cual, en materia de delitos de lesa humanidad, no son admisibles los “obstáculos” que frustren el cumplimiento de la condena impuesta por todos los años fijados en la sentencia de condena (así debería ser enunciado), debe primar no solo sobre normas del Código Penal, sino además sobre una norma interpretativa de la misma Convención Americana, como es el art. 29 b) de ella, a la que me he referido previamente.

Con lo cual, para hacer primar los “principios” del derecho internacional por sobre las reglas de derecho invocadas por la mayoría en “Muiña”, es necesaria la aceptación, a la manera de un dominó defectuoso, de todas estas proposiciones:

que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite (Fallos: 329:519 y 335:2028, entre otros)”.

(i) Es válido invocar fallos de la Corte Interamericana, tales como “Barrios Altos” y “Almonacid Arellano”, aunque sus hechos difieran en muchos aspectos esenciales de los de Muiña.

(ii) Al ser la Corte Interamericana la intérprete natural de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluso sus consideraciones generales (u “obiter dicta”), tienen más peso que la letra de la misma Convención que debe interpretar. Esos “obiter” tendrían también más peso que las concretas normas de derecho positivo relativas a los derechos de los imputados en causa penal.

(iii) La Corte argentina debe seguir obligatoriamente esos “principios” o consideraciones generales de los fallos “Barrios Altos” y “Almonacid”, aun cuando se contrapongan con una norma expresa de la Convención y aun cuando no exista, en la misma Convención, norma alguna que diga que los referidos “principios generales” son de seguimiento obligatorio para países que no fueron parte en la contienda.

El art. 68 de la Convención dice: “*Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte*”.

No hay en la Convención una norma adicional o más amplia que esa.

III. D. b. “El Concepto del Derecho”³⁸

Una vez superados los obstáculos anteriores, que no son pocos, el jurista que desee refutar con algún fundamento lo resuelto por la mayoría en “Muiña”, debe aceptar que la noción o “concepto del derecho” ha quedado “ampliado” de manera que puedan tener allí cabida:

(i) Normas de derecho positivo, dictadas por el legislador; (ii) Los principios entroncados con esas normas y que los complementan; (iii) Los criterios jurisprudenciales que se van elaborando y que permiten calibrar el real alcance de las normas jurídicas. Hasta aquí, nada que nos pueda resultar sorprendente.

³⁸ Ese es el título de la clásica obra de H.L.A.Hart, Ed. Abeledo Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió. Hart sigue siendo, en mi opinión, el jurista que mejor iluminó los aspectos que otorgan validez a un sistema jurídico.

Ahora bien, lo que aquel jurista necesita además proponer es que el “Derecho” se integra adicionalmente con: (iv) los “estándares” (en nuestro caso, meros “obiter dicta”) extraídos de ciertos fallos de la Corte IDH, en la medida en que digan algo que parezca justo para la “correcta” solución del caso.

Veamos, para concluir este trabajo, por qué considero que (iv) es en verdad una categoría autónoma que implica integrar el concepto de “Derecho” de manera anómala, con componentes radicalmente distintos a los aceptados pacíficamente y que vuelven, a esos componentes, ciertamente imprevisibles.

III. D. b. 1. Diferencia entre criterios jurisprudenciales (iii) y los “obiter” que componen (iv)

La tarea es, en el fondo, sencilla. Debe apoyarse en la muy elaborada (hasta ahora) diferenciación entre “holding” y “dicta” y en la aceptación (hasta ahora) de que los criterios jurisprudenciales se van abriendo camino a medida que nuevos casos plantean nuevas situaciones. La tarea del jurista en esos supuestos consiste en analizar si lo “novedoso” del caso permite igual incluirlo dentro de lo resuelto previamente como “holding”.

Todo este proceso evolutivo sobre cómo el derecho judicial es “derecho” se ve trastocado cuando los mismos “obiter” (los contenidos en “Barrios Altos” y “Almonacid”) se invocan en cualquier caso posterior de “lesa humanidad”, sin importar sus diferencias. Ello, con el agravante que se los considera “jurisprudencia” de seguimiento obligatorio, sobre la base de una interpretación del lenguaje del art. 75 inc. 22 C.N. carente, dicha interpretación, de todo fundamento.

III. D. b. 2. Diferencia entre los “obiter” que componen (iv) y los principios entroncados con normas jurídicas y que las complementan (ii)

Se me puede aquí objetar que he bajado adrede la jerarquía de esos “obiter”, pues ellos serían verdaderos “principios jurídicos”, como lo son muchos sobre los que los jueces descansan a la hora de basar sus decisiones.

En efecto, la realidad en nuestros tribunales muestra que muy frecuentemente se invocan como fundamentos (válidos) de una sentencia “principios” o “pautas” tales como: en derecho constitucional, el que consagra la igualdad ante la ley y sólo autoriza a tratar de manera diferente a las situaciones diferenciadas; en causas que involucren a menores de edad, el que ordena tomar especialmente en cuenta el interés del menor; en causas de naturaleza penal, el que prohíbe incursionar en aplicaciones analógicas; en causas relativas al derecho administrativo, el que establece la presunción de legitimidad de los actos del poder público; etc³⁹.

Pero antes de explicar las razones de por qué entiendo que los detractores de “Muiña” hacen un empleo indebido de lo que llaman “principios” o “estándares internacionales”, creo necesario precisar mejor los aspectos constitutivos de este tipo de “principios”, a fin de distinguirlos de los invocados por esos detractores.

III. D. b. 2. 1. Casos donde la “regla” y el “principio” coinciden

Esto es lo que ocurre con el denominado “principio” constitucional de la igualdad. El mismo coincide exactamente con su formulación constitucional (la contenida en el art. 16, C.N) de manera que “principio” y “garantía” son en verdad sinónimos.

Nada se opondría, desde ya, a que se buscara fundar la decisión “correcta” del caso Muiña en este principio, solo que el mismo, en puridad, opera mucho más a favor de la postura del voto de la mayoría que la de las disidencias. Ello, al pretender exceptuar a los autores de delitos de “lesa humanidad” de un beneficio legal, sin que exista en la norma que lo confirió ninguna diferenciación específica.

III. D. b. 2. 2. Cuando el “principio” ayuda a enriquecer una regla o facilita su interpretación

³⁹ Aun cuando me comprenden claramente las generales de la ley, el autor que de manera más rica se ocupó de enunciar una gran cantidad de principios de este tenor, en función de las críticas dirigidas al denominado “positivismo jurídico”, es Genaro R. Carrió. Ver así “Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico”, incluido como Capítulo IV en “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 5ª Ed., 2006, pág. 194 y siguientes. Allí puede encontrarse una exhaustiva enumeración de variados principios como los ejemplificados más arriba.

Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con el “principio” por el cual, en materia de normas relativas a la libertad de las personas, debe optarse por la interpretación más favorecedora de la libertad⁴⁰.

Tal fue, concretamente, el criterio expresado por la Corte en el caso “Arce” ya mencionado, y que se formuló en estos términos: Aun cuando se le asignara naturaleza “procesal” a la ley del “2x1”, debía igualmente, por aquella razón, admitirse su aplicación ultra activa.

Como se ve, estamos aquí en presencia de un “principio” que ayuda o facilita la interpretación de determinadas “reglas”, tales como las contenidas en los arts. 2 y 3 del Código Penal, y que permite concluir en la aplicación ultra activa de una ley derogada más benigna.

Nuevamente este “principio” interpretativo de ciertas reglas o normas jurídicas, lejos de servir de soporte a lo pretendido por los detractores de Muiña, opera en realidad como sustento de lo resuelto en el voto mayoritario.

III. D. b. 2. 3. Cuando el “principio” viene a colmar una laguna del derecho o a solucionar los problemas de vaguedad del lenguaje: Labor de los jueces y “creación” jurisprudencial

Estamos aquí ante una situación que sucede con alguna frecuencia. La razón principal radica en que no es esperable que el legislador pueda prever absolutamente todas las situaciones que determinan la aplicación de una norma.

Pero antes de adentrarnos en este análisis, existe un punto que es necesario aclarar. **En ninguno de los supuestos que he mencionado recién, donde los “principios” prestan una muy estimable ayuda, su aplicación conlleva el violentar la regla concreta que rige el caso, o directamente ignorarla.**

Esta afirmación, que acabo de enfatizar, merece quizás una elaboración más específica. En “El Concepto del Derecho” ya mencionado⁴¹, Hart menciona que la actividad judicial

⁴⁰ De manera equivalente, el derecho judicial de los Estados Unidos registra ya desde el precedente “Boyd v. United States”, 116 US 616 (1886) la proposición por la cual debe recurrirse a una interpretación “liberal” de las normas relativas a la libertad y seguridad de las personas.

que da origen a la aparición de “precedentes” (a los que califica como “ejemplos dotados de autoridad”), hallan su razón de ser en la necesidad de aplicar la legislación (a la que califica como el “lenguaje general dotado de autoridad”). En la elaboración, entonces, de estos “precedentes”, lo que debe determinarse es si el caso que el juez tiene frente a sí “se asemeja en grado suficiente al caso típico, en aspectos relevantes”⁴².

Pero lo que no debe olvidarse en este análisis, es que el mayor o menor campo de acción de los tribunales para fijar por medio de precedentes el real alcance de las reglas de derecho, estará en directa función de cuánto espacio “periférico”, por así llamarlo, ha dejado la regla de que se trate. Así, cuanto más notas de precisión y menor contenido de vaguedad pueda hallarse en la norma que debe ser interpretada, menos necesario será que su concreta interpretación demande, a su vez, de la invocación de algún “estándar” o “principio” que pueda acudir en su ayuda.

Para usar nuevamente las palabras de Hart, “en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos (es donde) los tribunales desempeñan una función productora de reglas”⁴³. Por lo menos lo mismo cabe decir de los “standards”, habitualmente variables

Ahora bien, ¿cuál es el mecanismo con el que los jueces han abierto jurisprudencia para casos de situaciones no claramente definidas o no previstas, de manera que “el principio”, ya de raíz jurisprudencial, pueda pasar a considerarse una “regla” integrante del concepto de derecho?

Para retomar aquí otra idea central de H. L. Hart, ello sucederá cuando un uso judicial de un principio adquiere consistencia y regularidad suficiente como para considerarlo parte de un sistema normativo⁴⁴. Genaro R. Carrió, a su vez, profundiza este análisis de los requisitos necesarios para que un determinado “principio” pueda considerarse como incorporado al derecho. Ello sucederá, en sus palabras, cuando su uso “adquiera

⁴¹ Supra, nota 38.

⁴² Op. cit, págs. 157 y siguientes. Allí Hart observa los distintos factores que pueden incidir para fijar estos criterios de “relevancia y proximidad de parecido” en materia de interpretación de reglas jurídicas.

⁴³ Op. cit, pag. 169.

⁴⁴ Al analizar la influencia sobre la “moral” en su “concepto del derecho”, Hart lo expresa de la siguiente manera: “El derecho de todo estado moderno muestra en mil puntos la influencia, tanto de la moral social aceptada, como de ideas morales más amplias. Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible, por vía legislativa, ya en forma silenciosa y poco a poco, a través del proceso judicial”.

consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor”⁴⁵.

En temas penales, por ejemplo, ello podría predicarse del sostenido empleo en los últimos años de la llamada “regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente”. Allí, poco a poco, y por aplicación del “principio” según el cual la administración de justicia no puede beneficiarse de sus propias ilegalidades, es posible sostener que nuestros jueces dotaron a la garantía del “debido proceso” de un componente que a hasta ese momento no tenía, o no lo tenía expresamente.

Por virtud de ese “principio”, puede sostenerse que es hoy una “regla de derecho” la exclusión de todo medio probatorio obtenido por vías ilegítimas⁴⁶.

III. D. c. Análisis de la cuestión a la luz del enfoque previo

¿Hay en los “principios” que invocan los detractores de lo resuelto en “Muiña”, algo similar a lo que acabamos de explicar? Esto es, ¿existe un uso sostenido y paulatino de una pauta, o un principio consistentemente utilizado a partir de una familia de casos, de donde extraer la “solución” que pretende imponerse?

Ella, según vimos, sería que en los delitos de lesa humanidad deben removerse todos los obstáculos impeditivos de la aplicación de una pena que no sea la exactamente fijada en la sentencia de condena.

Y aquí, como ya adelanté, ninguno de los precedentes judiciales en que pretende fundarse el “principio” que se invoca había jamás lidiado con una situación como la de “Muiña”. Vale decir, una investigación completa, un juicio celebrado ante un tribunal de derecho, con activa participación de las víctimas, y una condena impuesta.

⁴⁵ Ver “Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico”, supra nota 39, pag. 229.

⁴⁶ Se sabe que fue en “Montenegro”, Fallos CSN, 303:1938 (1981), un caso sobre torturas que permitieron la obtención de importante prueba de cargo, donde la Corte acuñó el principio por el cual “compromete a la buena administración de justicia pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”. Este lenguaje se trasladó con los años a casos de allanamientos sin orden judicial donde se obtuvo prueba incriminatoria (“Fiorentino”, Fallos CSN, 3016-1752, año 1984; y “Rayford”, Fallos CSN 308:733, 1986), y también a casos de detenciones ilegales que sirvieron de base para la adquisición de otras pruebas (“Daray”, Fallos CSN, 317:1985, año 1994).

Pero además de ello, ¿hasta dónde debería llegar el “principio” por el cual resultaría necesaria la remoción de los “obstáculos” que impidan, en todos los casos, la condena de los delitos de lesa humanidad? ¿Qué haríamos si la prueba de la culpabilidad se obtiene en violación a derechos constitucionales de los imputados (por ejemplo, una confesión extraída bajo apremios, pero de utilidad para obtener otros elementos incriminatorios)? ¿Diríamos también aquí que existe un cuerpo jurisprudencial nacional y supranacional que exige la aplicación de una pena, inclusive en este supuesto?

Como vemos, los problemas a que nos conduce la adopción de un esquema de estas características nos deja en una zona de incertidumbre muy poco recomendable.

IV. Conclusión y una paradoja conceptual

He intentado, en los puntos anteriores, expresar mi preocupación ante la aparición de criterios que implican apartarse de reglas claras de derecho positivo, en supuestos donde la aplicación de tales reglas lleva a un resultado que nos parece moralmente injusto.

Y aunque comprenda muy bien el deseo de los críticos de “Muiña” de encontrar algún fundamento que autorice a que los delitos graves reciban penas ejemplificadoras, considero que el Derecho es algo demasiadopreciado para que lo integremos con categorías que parecen mucho más una creación “ad hoc”, que un sistema normativo que nos deje a cubierto de las arbitrariedades.

Lo sucedido con “Muiña” es revelador, además, de otro factor si se quiere bastante paradójal. Ante posibles críticas de que los “principios” invocados por los detractores de “Muiña” no tienen otro sustento que su propia concepción de lo que es “moralmente correcto”, se apela a lo siguiente: Se invoca la existencia de un “cuerpo jurisprudencial” que, en base a forzadas interpretaciones de preceptos constitucionales, “obligaría” a fallar de la forma en que lo propugnan.

En esta concepción, no existe entonces arbitrariedad alguna respecto de lo que “debe” resolverse. Ni siquiera la hay, aun cuando lo resuelto implique apartarse de la solución normativa que rige el caso. Ello, pues su decisión viene como “impuesta” por la existencia

de ese “cuerpo” de seguimiento pretendidamente obligatorio. Ninguna discrecionalidad puede predicarse al respecto.

Lo paradójal sin embargo, es que bajo la pretensión de evitar la discrecionalidad, se termina apelando a una construcción de base notoriamente endeble respecto de cómo fue edificándose ese “cuerpo jurisprudencial” al que dicen atenerse. De resultados de todo ello, la potestad jurisdiccional de los jueces y su consiguiente ámbito de actuación, lejos de verse limitada por algo equivalente a la doctrina del “stare decisis”, se ve, en los hechos, continuamente ensanchada.