

Comentario al fallo “Muiña” de la Corte Suprema de Justicia

Por Juan Pablo Gomara y Martín Daniel Lorat

1. Introducción. 2. Las cuestiones penales en discusión. 2.1. La ley 24.390. Los fundamentos del cómputo privilegiado. 2.1.1. Ley penal. 2.1.2. Ley penal más benigna. 2.2. El delito permanente. 2.2.1. Ley al momento del inicio de la conducta. 2.2.2. Ley al momento del cese. 2.2.3. La posición de la Corte Suprema. 3. Las discusiones de las cuestiones penales en el contexto de los delitos de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos. 3.1. Responsabilidad internacional del Estado. 3.2. La aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad. 3.3. El delito permanente como delito de lesa humanidad. 4. La ley 27.362. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en este precedente expedirse expresamente, por primera vez, sobre la aplicación del cómputo privilegiado que establecía el art. 7º de la ley 24.390, a un penado por delitos considerados de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

De esta manera, con las opiniones de los Jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Rosatti, se fijó como criterio de interpretación que dicha normativa iba a regir el caso, motivo por el cual cada día de encierro cautelar del imputado que superara el segundo año de detención debía computársele doble.

Lo cierto es que más allá de las discusiones técnicas en materia de derecho sustantivo que al respecto se pudieran plantear (ley penal más benigna; vigencia de las leyes penales y procesales penales en el tiempo; delitos permanentes y normas aplicables durante su comisión; etc.), el motivo central que impone un comentario sobre lo decidido por la Corte Suprema excede concretamente aquel límite, puesto que se vincula con el modo en que el Estado de Derecho en su conjunto se enfrenta a la temática del juzgamiento y castigo de los delitos de Lesa Humanidad a partir de las obligaciones que el propio Estado asume internacionalmente.

2. Las cuestiones penales en discusión

En el caso, se han debatido diferentes cuestiones que se encuentran atravesadas por discusiones que no son nuevas. Tanto el concepto de ley penal, la extensión a las denominadas leyes penales en sentido material, como el principio de irretroactividad de la ley y la excepción de la ley penal más benigna, han sido objeto de discusiones doctrinarias y posicionamientos jurisprudenciales diversos. Lo mismo ha ocurrido con la problemática relativa al delito permanente y cuál, de las diferentes leyes vigentes durante su consumación, es la ley aplicable.

A continuación haremos una breve reseña de estas discusiones, de las posturas que integran el debate y de las diversas soluciones jurisprudenciales que en algunas ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha ido ofreciendo en los últimos años.

2.1. La ley 24.390. Los fundamentos del cómputo privilegiado

El análisis de la norma en cuestión posee distintas aristas, que en esta nota a fallo no serán abordadas (puntualmente, aquellas vinculadas con la duración del encierro du-

rante el proceso o la razonabilidad del mismo, a tenor de lo establecido en el art. 7.5. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del que la ley mencionada se autoproclama reglamentaria), sino que –por cuestiones metodológicas- solo nos limitaremos a tratar lo vinculado a los alcances del art. 7º, que establecía que transcurrido el plazo de dos años de encierro preventivo, se iba a computar por un día de prisión preventiva dos de (pena de) prisión o uno de (pena de) reclusión.

Como se advierte, era de aplicación la normativa a los supuestos en que los procesos penales se prolongaran en exceso, generándose un perjuicio concreto a la persona que se hallaba privada de la libertad sin condena. Esa situación (la de estar detenido por un tiempo muy largo sin una sentencia firme que destruyera el estado de inocencia constitucional –art. 18 de la C.N.-) generó, en la práctica, una realidad de hacinamiento carcelario que llegó a presentar ribetes críticos, con episodios de protestas en los centros de detención que culminaron luctuosamente.

Ante la necesidad de acortar la duración de dichos encierros preventivos, se sancionó la norma en estudio con una finalidad clara: limitar y culminar con las situaciones en que las detenciones durante el proceso resultaban muy prolongadas. Esto es, ante la inadecuada respuesta judicial en torno a la celeridad de los juicios, el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria, se adoptó una respuesta legislativa específica, lo que permitió acortar los tiempos de cumplimiento de las detenciones provisionales, habilitándose –de esa manera- excarcelaciones que pusieran fin a aquellas.

Desde una óptica contraria, con eje en las –hipotéticas- situaciones de injusticia que la aplicación de la norma imponía, quienes se manifestaron en contra del *cómputo privilegiado*, sostenían que las penas –aún para los delitos más graves- se iban a acortar concretamente en su duración. Si bien esta objeción aparece como válida en abstracto, cuando se vuelca sobre el análisis de los casos concretos, colisiona con los alcances de un encierro preventivo con una duración razonable.

Esto es, si una persona sometida a proceso –detenida sin una sentencia firme- estaba acusada de la posible comisión de un delito penado con una sanción [denominada] *perpetua*, con el recto entendimiento de lo establecido en el art. 7º de la ley 24.390, podía acceder a su excarcelación (en términos de libertad condicional) a los once -11- años de privación de libertad (conf. texto art. 13 del Código Penal anteriormente vigente).

La pena, si bien se *licuaba* notoriamente en cuanto a su duración, respondía –dicha manera de computarla- a la necesidad de respetar los alcances de lo establecido en el art. 7.5. de la C.A.D.H. en las *condiciones de su vigencia*, puesto que –de lo contrario- la situación de incertidumbre que el procesado vivía, en condiciones de hacinamiento y sobrepoblación (las que deben necesariamente ponderarse a la hora de merituar los alcances de las leyes reglamentarias de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad), recaían siempre sobre aquel, y no en un recto entendimiento de los alcances del principio *pro personae*.

De allí que los fundamentos utilizados para sancionar el cómputo del 2 por 1 respondieron a lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos respecto al lapso razonable del encierro durante el proceso, ponderándose –al efecto- la realidad

carcelaria imperante en la época, y proyectándose con efectos plausibles sobre las problemáticas de hacinamiento y mora judicial que existían.

2.1.1. Ley penal

Uno de los puntos a dilucidar es el relativo a si se trata, en el caso, de una norma de fondo o de forma, porque los principios aplicables para su interpretación y aplicación, no resultarían siempre los mismos¹.

En este aspecto, hay que señalar que la norma que establece un modo particular de computar la *pena* –en el caso, la privativa de la libertad- es una *ley penal*, puesto que –en concreto- es de aquellas que van a habilitar poder punitivo de forma material (es decir, van a precisar cuánto tiempo de pena el detenido deberá cumplir en encierro). Luego, al igual que las normas que regulan la ejecución de la pena, posee carácter *material*².

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no son unívocas en el punto. En este sentido, la visión procesalista clásica sostiene que la detención durante el proceso posee carácter *procedimental*, puesto que se dirige a lograr el éxito del juicio, y encierra a la persona procesada para que no se fugue u obstaculice la investigación. Luego, toda derivación de este principio general, lleva a concluir que todo lo vinculado a la prisión preventiva (incluida su duración, por supuesto) es de carácter *procesal*³.

La propia Corte Suprema ha variado su postura. En el precedente “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Emmanuel Álvarez en la causa...Nº 1788”-, con remisión al dictamen del Sr. Procurador General, se afirmó que el cómputo de la *prisión preventiva* era una cuestión de derecho común y procesal (lo que, además, vedaba su carácter de *cuestión federal*)⁴.

En tanto que en el fallo “Muiña”, se destaca el carácter *material* de las reglas referidas al cómputo, con cita específica del precedente “Arce” (Fallos: 331:472)⁵.

¹ Sobre la cuestión, véase –por todos- especialmente, capítulo IV Zaffaroni E.R., Alagia, A. y Slokar A. (2000) “Derecho Penal Parte General”, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediar.

² Zaffaroni E.R., Alagia, A. y Slokar A., ob. cit., pp. 36/37.

³ Véase *in extenso* esta discusión en Maier, Julio B. J., (1999) Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos, 2da. edición, primera reimpression, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, pp. 514 y ss.; Cafferata Nores, José I. (1992), Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, , Buenos Aires, Argentina, páginas 3/4 Ediciones Depalma; Clariá Olmedo, Jorge A.(1984), Derecho Procesal Penal, Tomo II, , Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora, páginas 448/452; Roxin, Claus (2000), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, páginas 256 y ss.; Velez Mariconde, Alfredo (1986), Derecho Procesal Penal, Tomo I, tercera edición, segunda reimpression, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora páginas 330 y ss.; entre otros.

⁴ Voto unánime. Sentenciada dictada el 26 de setiembre de 2006.

⁵ Voto de la *mayoría*, Consid. 6º, segundo párrafo. Voto del Dr. Lorenzetti, Consid. 18), quinto párrafo. Dr. Maqueda, Consid. 9º).

2.1.2. Ley penal más benigna

Aspecto intrínsecamente vinculado con la vigencia de la *ley penal*, los debates en la materia se circunscriben a determinar –en lo que aquí interesa- cuál es el fundamento para la aplicación, de forma retroactiva y –por ende- contraria al principio general establecido en el art. 2° del C.P. (en este aspecto, reglamentario de los arts. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), de una norma más benigna.

Así, la doctrina y jurisprudencia se dividen en dos posturas. Una, derivada del principio de legalidad. Otra, fundada en un principio de política criminal.

Para quienes se enrolan en la primera, la aplicación retroactiva de la norma penal más benigna, se deriva –de manera directa- de lo establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, y abarca tanto a las leyes desincriminatorias, como aquellas que imponen una pena menor, modifican favorablemente los plazos de la prescripción o reducen los requisitos para acceder a la libertad durante la ejecución de la pena⁶.

En cambio, otro importante sector de la doctrina concluye que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se fundamenta en un principio de política criminal que impide la aplicación de una sanción por un hecho que ya no se considera delito o cuya pena ya no guarde relación con la gravedad del injusto culpable, y que hace hincapié en que dicho obstáculo se establece a partir de un cambio en la valoración social del hecho atribuido⁷.

En este aspecto, la Corte Suprema también se ha expresado en sentido ambivalente. En el fallo “Torea”, los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, al remitir a la opinión del Sr. Procurador General, se volcaron por el segundo de los criterios expuestos, en tanto que el Dr. Lorenzetti hizo lo contrario en su disidencia parcial (sentencia del 11 de diciembre de 2007).

En cambio, al opinar en “Arce” –el 1° de abril de 2008-, los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni –con remisión al dictamen del Ministerio Público- concluyeron que la motivación principal a la aplicación retroactiva de la ley penal, se encontraba en el principio de *legalidad material*.

Aspecto que también es debatido en “Muiña”, sin que se desprende de su lectura unanimitad de criterios al respecto.

2.2. El delito permanente

La Corte Suprema se introduce en la problemática del delito permanente a partir de afirmar en el voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco⁸ que se encuentra fuera de discusión que los delitos por los que se condenó al recurrente tienen carácter permanente. Más precisa resulta la referencia que efectúa el voto en minoría del Dr. Lorenzetti al señalar que uno de los hechos de privación ilegal de la libertad tuvo como

⁶ Zaffaroni et al, ob. cit., pp. 114/115.

⁷ Stratenwerth, Gunter (1982), Derecho Penal. Parte General, Madrid, España, Ed. Ederda, capítulo 2, parágrafos 3 y ss..

⁸ Consid. 9°.

víctima a Jorge Mario Roitman, quien a la fecha de la sentencia de mérito permanecía en condición de desaparecido⁹. Si bien la cuestión no alcanzó mayoría en la medida en que el Dr. Rosatti no efectuó mención alguna a la problemática del delito permanente, consideramos conveniente efectuar algunas reflexiones.

El delito permanente es entendido como aquel cuya comisión se extiende aún después de la consumación. Son hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él mismo¹⁰.

La problemática en torno al delito permanente que aquí interesa se vincula al debate en relación a la ley aplicable cuando durante su comienzo de ejecución, consumación y cese han coexistido diferentes leyes en el tiempo. La discusión cobra sentido en el caso en la medida en que al momento del hecho la ley aplicable al cómputo para el abono de la prisión preventiva era el art. 24 del Código Penal, luego de consumado entra en vigencia la ley 24.390 y, finalmente, antes de su cese, se sanciona la ley 25.430 que deroga el cómputo de la ley anterior y retorna al sistema del art. 24.

La intención de dirimir la cuestión del delito permanente en relación a la ley que lo rige tendría como consecuencia, resolver también la cuestión de la ley que rige el cómputo del encierro preventivo en el caso.

El análisis de los momentos de la comisión del delito permanente a los fines de determinar la ley aplicable introduce también la cuestión relativa a si corresponde regir la decisión por el principio de ley penal más benigna

2.2.1. Ley al momento del inicio de la conducta

Un sector de la doctrina entiende que la ley que debe aplicarse al delito permanente es la vigente al momento de la ejecución del hecho. Zaffaroni propone esta solución en función de una interpretación restrictiva agregando además que, cuando la ley del momento del cese es más severa existiría un tramo de la conducta que no estaría abarcado por esta nueva ley y su aplicación violaría la prohibición de retroactividad¹¹.

Para quienes sostienen esta postura, es posible postular que en caso de que la ley vigente al momento del cese sea más benigna que la vigente al comienzo de ejecución, la cuestión se dirima por la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

2.2.2. Ley al momento del cese

Otra parte de la doctrina entiende que, en la medida en que en el delito permanente se prolonga la consumación en el tiempo, lapso durante el cual el sujeto continúa teniendo en sus manos la decisión sobre esa persistencia o su cese, corresponde aplicarle la nueva

⁹ Consid. 17°.

¹⁰ Roxin, C. (1997) Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. De Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Concelledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, ed. Civitas, pág. 329. Mir Puig, Santiago (2004) Derecho Penal Parte General, Montevideo, Uruguay, ed. BdeF, pág. 227.

¹¹ Zaffaroni E.R., ob. cit., pág. 116; No resulta claro Nuñez, Ricardo (1976), Tratado de Derecho Penal, Tomo Primero, Córdoba, Argentina, ed. Lerner, pág. 133.

ley aún cuando esta sea más severa que la vigente al comienzo de ejecución, sin que tal circunstancia implique violentar la prohibición de irretroactividad de la ley penal.

El parágrafo 2 del Código Penal Alemán tiene una previsión expresa al respecto, al sostener que *Si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, entonces se debe aplicar la ley que rige en el momento de la culminación del hecho*¹².

Se justifica esta postura en virtud de que, una vez vigente la nueva ley más severa, el sujeto ya se encuentra con la posibilidad de motivarse en la norma y sin embargo persiste en mantener voluntariamente la consumación cuando le era exigible la adecuación de su comportamiento a la nueva ley¹³.

Para quienes defienden esta posición, al regirse el delito permanente por la ley vigente al momento del cese, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna carece de importancia.

2.2.3. La posición de la Corte Suprema

Esta última mencionada en el párrafo anterior es la postura que asumió la Corte en el caso “Jofré”¹⁴ en donde la mayoría, por remisión al dictamen del Procurador, entendió que no resultaba aplicable al caso el principio de ley penal más benigna en la medida en que no se daba la hipótesis del art. 2 del Código Penal que contempla sólo un supuesto de sucesión de leyes entre el tiempo de comisión y el de condena o, eventualmente, el intermedio. Se entendió que la nueva ley que agravaba las penas de la norma que regían el caso había sido sancionada mientras el delito seguía consumándose y, por lo tanto, nunca se había salido del primer momento que prevé el art. 2 del Código Penal referido al *tiempo de cometerse el delito*. La Corte reitera esa postura en el caso “Gomez”.

En el caso “Muiña”, los dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco, sostienen que en esos fallos los votos que formaron la mayoría no tenían fundamentos compartidos sin embargo no parece ser así. En el fallo “Jofré” los dres. Petracchi, Fayt, Maqueda y Boggiano remiten al párr. IV., aps. 2 y 3 del dictamen del Procurador General, de donde surgen los fundamentos señalados en el apartado anterior. En “Gomez”¹⁵ se remite al voto de los dres. Petracchi, Fayt, Maqueda y Boggiano en causa J.46.XXXVII, “Jofre, Teodora s/ denuncia”.

La minoría en los casos “Jofré” y “Gómez”, integrada por los dres. Belluscio, Vazquez y Zaffaroni, sostuvieron las tesis del comienzo de ejecución como *momento de comisión*, argumentando que cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley y obligaría a resolver la cuestión planteada trayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio

¹² Código Penal Alemán, traducción de Claudia López Díaz, publicado por Universidad Externado de Colombia.

¹³ Donna, Edgardo (2006), Derecho Penal Parte General, Tomo I, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 403; Fierro, Guillermo “La ley penal y el derecho transitorio”, ed. Depalma, pág. 222.

¹⁴ CSJN, “Jofré, Teodora”, J.46.XXXVII., sent. Del 24 de agosto de 2004.

¹⁵ CSJN, “Gomez, Francisco s/ denuncia”, G.523.XXXVII, sent. Del 24 de agosto de 2004.

contenido en el art. 18 de la Constitución nacional y en el art. 2 del Código Penal, concluyendo que *definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna.*

Con posterioridad, en la causa “Granillo Ocampo”¹⁶ la Corte pareciera mutar su postura anterior. En este caso la mayoría, integrada por los dres. Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Petracchi, señaló que *dado que la conducta atribuida a los imputados habría comenzado a ejecutarse a partir del 1° de noviembre de 1994 y continuaría ejecutándose hasta el 1° de diciembre de 1999, esta se iniciaría durante la vigencia de la ley 16.648, y aún cuando su último tramo se habría ejecutado encontrándose ya vigente la ley 25.188, de acuerdo a los principios constitucionales, corresponde aplicar la ley 16.648, por ser la que se ajusta al principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional(...). La aplicación de la ley 25.188 efectuada por el a quo resulta violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional e impide aplicar la excepción prevista, dado que la ley posterior en modo alguno resulta más benigna.*

En el caso “Muiña” los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco sostuvieron que la solución de la ley penal más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, señalando que dicha característica *en modo alguno inhibe la posibilidad de que durante el transcurso de la acción –pero antes de pronunciarse el fallo– se dicte una ley penal más benigna y, con ello se configuren las únicas condiciones a las que la norma supedita la aplicación de la ley más favorable.* El tercer voto que integra la mayoría, el dr. Rosatti, no hace alusión alguna al delito permanente. Por su parte, los magistrados que integran la minoría, dres. Lorenzetti y Maqueda, parecen mantener la postura de que el delito permanente se rige por la ley vigente al momento del cese, sostenida en “Jofré” y “Gómez”. Es decir, no existe mayoría de fundamentos al respecto.

Como se observa, ambas posturas cuentan con argumentos aceptables y, más allá de las preferencias por una u otra de las posiciones, se está siempre dentro del terreno de lo opinable, en la medida –claro está– en que se trate exclusivamente de delitos comunes.

3. Las discusiones de las cuestiones penales en el contexto de los delitos de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos

Como se desprende de los párrafos anteriores, las discusiones en materia penal en relación a delitos comunes han tenido un desarrollo prolongado en el tiempo, con argumentaciones doctrinarias fundadas a favor de diversas posturas. Como hemos visto, estos debates se han trasladados a los pronunciamientos jurisdiccionales que han adherido con alternancia a uno u a otra de las posturas en cuestión.

Sin embargo, cuando se producen esos debates en relación a delitos de lesa humanidad, la discusión y el confronto de posturas cuenta con un límite infranqueable impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por las obligaciones que los

¹⁶ CSJN, “Granillo Ocampo, Raúl Enrique y otros s/ recurso de queja”, G.688.XLVI, sent. Del 4 de febrero de 2014.

propios Estados han asumido, debiendo enmarcarse en los estrechos márgenes interpretativos que dejan las convenciones internacionales en las condiciones de su vigencia. Las opiniones de los especialistas y los debates que ellas generan, respecto de delitos comunes, más allá de los argumentos sólidos que pueden motivarlas, cuando se extienden a la interpretación de los delitos de lesa humanidad, dejan de poseer ese carácter de opinables, y necesariamente deben saldarse en función de la obligación internacional asumida por el Estado.

3.1. Responsabilidad internacional del Estado

Al firmar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado argentino asumió la obligación frente a la comunidad interamericana de respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento regional y *garantizar* su libre y pleno ejercicio¹⁷.

Desde los primeros casos contenciosos, la Corte Interamericana comenzó a desarrollar su jurisprudencia sobre la responsabilidad de los Estados partes, prestando especial atención a la obligación de *garantía*, señalando que la misma *implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, previniendo, investigando y, si es del caso, juzgando y sancionando toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como procurando el restablecimiento del derecho vulnerado (de ser posible) y reparando los daños producidos por la violación de los derechos humanos*¹⁸. Las obligaciones del Estado, conforme el art. 2, implican la adopción de dos tipos de medidas: a) la supresión de normas y prácticas que entrañen la afectación a derechos de la Convención y, b) la adopción de medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades¹⁹.

La Corte Interamericana ha mantenido constante su jurisprudencia según la cual, de la *obligación de garantía* del art. 1.1 de la Convención se desprende el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar toda violación de los Derechos Humanos reconocidos en la Convención²⁰.

Construye su argumento a partir de definir la *impunidad* como “*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*”, entendiendo que esa situación propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas²¹. Al no investigar esas violaciones de *manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos*

¹⁷ Art. 1.1 CADH.

¹⁸ Corte IDH, caso “Velazquez Rodriguez vs. Honduras”, párr. 166.

¹⁹ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi vs. Perú” párr. 207; “Almonacid Arellano vs Chile” párr. 118; “Lori Berenson vs. Perú”, párr. 219; “Heliodoro Portugal vs Panamá”, párr. 180.

²⁰ Corte IDH, caso “Niños de la Calle vs. Guatemala”, párr. 225.

²¹ Corte IDH, caso “Garibaldi vs. Brasil”, párr. 167.

reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse ²².

El razonamiento completo sería el siguiente: cuando un Estado no investiga, juzga y sanciona a los responsables de las violaciones a los derechos humanos contribuye a la creación de una situación de impunidad que permite la reiteración de esas violaciones. En definitiva, cuando un Estado no investiga, juzga y sanciona a los responsables de las violaciones a los derechos humanos incumple su obligación de *garantía* e incurre en responsabilidad internacional.

3.2. La aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad

En el sentido de lo señalado en el párrafo anterior, la Corte ha entendido que en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos los Estados no pueden invocar institutos como el indulto, las leyes de amnistía o autoamnistía, la prescripción, el non bis in idem y la cosa juzgada para desmarcarse del cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar²³. Estas normas resultan contrarias a la Convención cuando se trata de este tipo de delitos²⁴ en la medida en que constituyen un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de *garantía* y su aplicación genera responsabilidad internacional²⁵.

En la República Argentina, luego de décadas de impunidad e incumplimiento de la obligación internacional de *garantía* en relación a los crímenes cometidos durante la última dictadura cívico militar, la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final por el Congreso y la declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de las mismas y del otorgamiento de los indultos permitieron el retorno del Estado a la legalidad internacional.

En este contexto, se iniciaron centenares de juicios y se arribó a más de setecientos sentencias de condena a los responsables de los delitos cometidos durante el periodo señalado. Muchos recibieron la pena máxima de prisión perpetua²⁶.

²² Corte IDH, caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, párr. 126; caso “Masacre de Mapiripan vs. ”, párr. 237; “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”, párr. 146.

²³ Corte IDH, caso “Barrios Altos vs Perú” párr. 41/44; “La Cantuta vs Perú” párr. 173.

²⁴ Por el contrario, en casos de “delitos comunes”, la Corte IDH ha reconocido que estos institutos cumplen una función de *garantía* en el marco del debido proceso. Conf. Caso “Albán Cornejo vs...”

²⁵ Corte IDH, caso “La Cantuta vs Perú”, *El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente*

consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

²⁶ Ciento treinta (130) juicios orales, en los que se pronunciaron setecientos noventa y un (791)

De esa manera, el Estado Argentino cumplió con el deber de sancionar y juzgar esos crímenes, pronunciándose efectivamente respecto a la necesidad de que ellos no quedarán impunes, procesando, condenando y deteniendo materialmente a los responsables de aquellos.

Dicho activismo judicial, de incuestionable apego a la normativa convencional, entra en crisis a partir del fallo en examen. En el caso “Muiña”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve la aplicabilidad del mecanismo de compensación que preveía la ley 24.390 a las personas condenadas por delitos de lesa humanidad. No resulta claro el fundamento final de la mayoría, ya que dos de los Magistrados ponentes resuelven expresamente en función de la aplicación de la ley penal más benigna a los delitos permanentes cuando más de una norma estuvo vigente en el curso de la comisión, mientras que el tercer Magistrado que integraría esa mayoría solo se expide en relación a la ley 24.390 en su condición de ley intermedia, sin efectuar mención alguna a la situación de los delitos permanentes. De cualquier manera, más allá de los posibles cuestionamientos a la eventual falta de mayoría en los argumentos, se concluye en la aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad.

Ese mecanismo, que resultaba una solución justa para aquellas personas condenadas por delitos comunes y que habían sufrido extensos encierros preventivos por la falta de debida diligencia de las autoridades judiciales, pierde toda justicia en los casos de delitos de lesa humanidad por ser precisamente crímenes de Estado, cuyos procesos se han dilatado durante años debido, no solo a la complejidad de los hechos, sino a las cadenas de encubrimiento que todavía perduran en los diferentes estamentos de los diferentes poderes del Estado.

Se trata de hechos sumamente complejos de investigar, juicios extraordinariamente extensos e instancias de impugnación engorrosas y prolongadas, todo lo cual se traduce en procesos que culminan y adquieren firmeza al cabo de varios años. Esto hace que los imputados transcurran esos años de proceso en encierro preventivo.

La aplicación del cómputo privilegiado de la prisión preventiva a los imputados y condenados por delitos de lesa humanidad tiene como consecuencia la reducción de las penas de los responsables. En este contexto, la pena más grave de prisión perpetua aplicada a un condenado por delitos de lesa humanidad se convierte en una pena de once (11) años de encierro²⁷.

Ya es parte del *ius cogens* la concepción de que los Estados deben sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. La Convención contra la tor-

veredictos condenatorios, en el período enero 2008-febrero 2016. Fuente: Centro de Información Judicial. Al efecto, consúltese en <http://www.cij.gov.ar/nota-20466-Hubo-791-condenas-en-todo-el-pa-s-por-cr-menes-de-lesa-humanidad.html>.

²⁷ La afirmación es el resultado de la aplicación del cómputo del dos por uno a partir del segundo año, al cabo de 11 años de encierro preventivo, la persona llega al total de 20 años, que es el requisito temporal para obtener la libertad condicional según el art. 13 del Código Penal, vigente al momento del hecho.

tura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁸ establece en su art. 4.2 la obligación de los Estados de castigar los actos de tortura con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad. La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas²⁹ establece en su art. 7 que los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad. La Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura³⁰ establece en su art. 6 párrafo segundo la obligación de los Estados de establecer sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas³¹ establece en su art. 3 que los Estados se obligan a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

A partir de allí, la Corte Interamericana advierte que existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos³². Esto significa entonces que la obligación del Estado derivada del art. 1.1 de la Convención Americana no se agota en la sanción a los responsables de las violaciones sino que exige además que esas sanciones sean *adecuadas* a la gravedad de los crímenes. Por lo tanto, la obligación de *garantía* importa el deber de investigar, juzgar y *sancionar adecuadamente a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos*.

Para cumplir con la obligación que impone la aplicación de sanciones adecuadas primero el Estado debe cumplir con su obligación de adecuar su normativa interna contemplando escalas penales adecuadas a la gravedad de los hechos. La Corte Interamericana, al analizar si la tipificación del delito de desaparición forzada de personas que había legislado Panamá cumplía los estándares internacionales, señaló que *los Estados tienen una obligación general, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Convención y que de esta obligación deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención. Dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia*³³.

²⁸ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

²⁹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992

³⁰ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en su decimoquinto periodo de sesiones el 12 de septiembre de 1985.

³¹ Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

³² Corte IDH, caso “Cepeda Vargas vs. Colombia”, párr. 150.

³³ Corte IDH, caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, párr. 203.

Luego, más allá de la adecuación en abstracto de la pena, la obligación se extiende a la adecuación de la sanción efectivamente impuesta en el caso concreto. En este sentido, la Corte Interamericana señala que *“En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”*³⁴.

Consecuentemente, cuando un Estado no sanciona *adecuadamente* esos crímenes, sea por no tipificar adecuadamente o por imponer judicialmente penas inadecuadas, genera también una situación de impunidad que posibilita la reiteración de los hechos y, en esa medida, incumple su obligación de garantía desencadenando la responsabilidad internacional.

La aplicación del mecanismo de compensación del art. 7 de la ley 24.390 a personas imputadas y condenadas por delitos de lesa humanidad convierte a la pena más grave en una sanción que a los 11 años permite acceder a la libertad condicional. La reducción que se opera hace que sanciones que nominalmente aparecían adecuadas devengan materialmente inadecuadas.

En el caso “Cepeda Vargas” la Corte Interamericana analiza, a la luz de los estándares internacionales, la situación de las penas impuestas a los responsables y las reducciones realizadas. Menciona que *“En cuanto a la pena impuesta, los autores materiales fueron condenados a 43 años de prisión efectiva como pena principal y 10 años de interdicción de derechos, como pena accesoria, en calidad de coautores responsables del delito de homicidio agravado, lo cual fue confirmado integralmente por la instancia de apelación. Posteriormente, en marzo y junio de 2006, los condenados obtuvieron la disminución de la pena a 26 años, diez meses y quince días. Finalmente, debido a beneficios otorgados en el cumplimiento de la pena, se concedió el beneficio de libertad condicional a Zuñiga Labrador en marzo de 2006 y a Medina Camacho en mayo de 2007. En definitiva cumplieron efectivamente la pena de 11 años y 72 días y de 12 años y 122 días, respectivamente, y actualmente se encuentran en libertad”*³⁵.

La Corte concluyó que la forma en que se disminuyó la pena impuesta indicó la insuficiencia del Estado para perseguir y sancionar adecuadamente las graves violaciones a los derechos humanos.

En el caso “Muiña”, los votos que integran la mayoría hacen insistente referencia al apego a la ley como imperativo propio del Estado de Derecho en la justificación final de su decisión. Sin embargo, parece no recordarse que cuando un Estado ratifica un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a ella, los que los obliga a velar porque

³⁴ Corte IDH, caso “Cepeda Vargas vs. Colombia” párr. 150.

³⁵ Corte IDH, caso “Cepeda Vargas...” párr. 150.

los efectos de las disposiciones, en este caso de la Convención Americana, no se vean mermados por leyes contrarias a su objeto y fin³⁶.

La ley 24.390 no era una ley contraria a la Convención, por el contrario, se autoproclamaba reglamentaria del derecho contenido en el art. 7.5 de dicho instrumento e, incluso, había sido saludado con beneplácito por la Comisión Interamericana la decisión del Estado de autolimitarse legalmente³⁷. Es la Corte Suprema de Justicia la que, al resolver la aplicación de la ley a los delitos de lesa humanidad, contraría la Convención y, de este modo, compromete la responsabilidad internacional del Estado. Como ya ha advertido la Corte Interamericana, *“es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”*³⁸.

Lo que resulta contrario a la Convención es la aplicación de la ley 24.390 a delitos de lesa humanidad y a graves violaciones de los derechos humanos.

3.3. El delito permanente como delito de lesa humanidad

La discusión penal que atraviesa el delito permanente en cuanto a cuál es la ley aplicable de las diferentes leyes que estuvieron vigentes durante su comisión, en los casos de delitos de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos, se vincula directamente con las obligaciones que los Estados han asumido en relación a la tipificación de esos delitos y a las sanciones que deben aplicarse. Es decir a la obligación de adecuación normativa que los instrumentos internacionales imponen en relación al derecho interno. En este sentido, diversos países de la región han efectuado modificaciones a su normativa interna, dando cumplimiento a su obligación de adecuar sus normas a las convenciones, tipificando los comportamientos de acuerdo a los criterios internacionalmente elaborados (vrg. los elementos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas) y estableciendo sanciones adecuadas a la gravedad de los mismos³⁹.

En diferentes casos que arribaron a la competencia contenciosa de la Corte IDH se ha planteado la cuestión de si esas leyes, que daban cumplimiento a las obligaciones internacionales y que habían sido sancionadas mientras el delito aún no había cesado, podían

³⁶ Corte IDH, caso “La Cantuta”, párr. 173; “Almonacid Arellano” párr. 124; “Heliodoro Portugal vs. Panamá” párr. 180.

³⁷ CIDH, informe 12/96. La ley es tenida en consideración también por la Corte IDH en el caso “Bayarri vs Argentina” para analizar la prisión preventiva.

³⁸ Corte IDH, caso “La Cantuta”, párr. 173.

³⁹ La Corte IDH ha mencionado que la falta de tipificación del delito de desaparición forzada de personas ha obligado a utilizar otros recursos penales, pero que no es suficiente la protección que puedan dar la normativa penal del plagio, secuestro, tortura u homicidio, Caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá” párr. 181/183; caso “Ibsen Cárdenas vs. Bolivia”, párr. 200. En cuanto a la obligación de adecuar la legislación, caso “Anzualdo Castro vs Perú”, párr. 167.

ser aplicadas, pese a la prohibición de retroactividad de la ley penal contemplado en el art. 9 de la Convención.

Así, ha señalado la Corte Interamericana en relación al delito de desaparición forzada de personas que *Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente una aplicación retroactiva*⁴⁰.

Luego, la obligación de los Estados respecto de la aplicación de la ley ante los delitos permanentes en los supuestos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos, impone la necesidad de que aquellos estén previstos específicamente en la legislación interna, con los requisitos típicos establecidos por el derecho internacional, y que el marco punitivo impuesto sea adecuado a la gravedad de los crímenes cometidos⁴¹. En esos casos, la decisión de la Corte Interamericana coincide la posición doctrinaria que entiende que la ley vigente al cese es la que debe aplicarse y regir el caso. Sin embargo, no resulta de ello que la Corte haya adoptado una posición absoluta en la discusión sino que su solución va a estar inevitablemente determinada por cuál de las leyes en cuestión es la que permite al Estado cumplir su deber de garantía, sancionando adecuadamente a los responsables de las violaciones.

Esto es, no necesariamente se va a aplicar la ley vigente al momento del inicio de comisión de los hechos, en su intermedio o sobre la etapa final de la conducta típica, sino aquella que prevea específicamente los tipos penales adecuadamente legislados y que contengan una sanción adecuada a la gravedad del hecho, puesto que –vale resaltar– si la ley vigente en la última etapa constituyera una norma desincriminatoria, en términos absolutos o relativos, tampoco resultaría acorde a las convenciones su aplicación, en la medida en que la situación de impunidad que generaría también comprometería la responsabilidad del Estado.

4. La ley 27.362

El Congreso de la Nación sancionó prácticamente por unanimidad la ley 27.362, que contiene solamente dos artículos:

Artículo 1° - De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430- no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional.

Artículo 2° - El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por, el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430- será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado Privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley.

⁴⁰ Corte IDH, caso “Tiu Tojin vs. Guatemala” párr. 87/88; “Radilla Pacheco vs. México”, párr.239 y 241; “Ibsen Cárdenas vs. Bolivia”, párr. 201/212; “Gelman vs. Uruguay” párr. 236.

⁴¹ Corte IDH caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, párr. 191 y sgtes.

El artículo primero no hace más que reafirmar la obligación que asumió el Estado al firmar las Convenciones Internacionales de derechos humanos por las que se obliga al deber de garantía, y las obligaciones asumidas en virtud de convenciones específicas.

Por otra parte, reafirma lo expresado por el propio legislador en el texto de la ley 27.156. Es difícil pensar que la Corte Suprema pueda variar el criterio adoptado en el caso “Muiña” con el sólo argumento de la sanción de la ley 27.362, pues los magistrados que integraron la mayoría se encargaron de señalar que el legislador no había establecido ninguna excepción a la aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad y que la única excepción que la ley 24.390 contemplaba en relación a los delitos de la ley de estupefacientes 23.737, había sido declarada inconstitucional en el caso “Veliz”⁴² con el argumento de la Corte Interamericana expresado en el caso “Suarez Rosero”, según el cual no se puede privar de un beneficio a una persona por el sólo hecho de pertenecer a una determinada categoría de delitos.

Pareciera que de los votos de la mayoría se puede leer que no sólo el legislador no estableció excepción alguna en relación a los delitos de lesa humanidad sino que si lo hubiese hecho, la misma sería inconstitucional. Por ello resulta complejo que la Corte pueda salirse del criterio sentado en “Muiña”, con la sola invocación de la sanción de la ley 27.362, sin entrar en contradicción con lo afirmado allí.

Caber recordar que la Corte IDH en “Suarez Rosero” se expidió sobre los obstáculos que contemplaba la legislación procesal penal ecuatoriana al prohibir la obtención de la libertad durante el proceso por tratarse de un delito de la ley de estupefacientes. Es decir, la Corte IDH no formuló ese estándar en materia de libertad durante el proceso en relación a delitos de lesa humanidad, respecto de los cuales, como ya se explicó, rige la obligación de garantía del Estado.

En relación al art. 2 de la ley se genera el problema de que, bajo el argumento de ser una ley interpretativa de la ley 24.390, se altera el carácter de *ley penal material* que la propia Corte Suprema le asignó a las normas que regulan el cómputo del abono de la prisión preventiva.

Repárese que en este punto la ley incide directamente respecto de delitos comunes, pues los de lesa humanidad ya habían quedado excluidos por el artículo 1°. Es difícil pensar también que la Corte Suprema aplique el art. 2 de la ley 27.362 sin que ello importe modificar su criterio acerca de que las normas sobre el cómputo de la prisión preventiva son ley penal en sentido material y que, por ende, se rigen por el momento del hecho y resultan alcanzadas por la excepción de retroactividad de ley más benigna.

En este sentido, pareciera que no alcanza con sólo decir que se trata de una ley interpretativa si bajo ese título se altera el sentido y alcance de la norma que supuestamente se procura interpretar. Al respecto Nuñez señalaba que *“una ley es interpretativa, en consecuencia, no porque su texto o la intención del legislador le atribuya ese carácter, sino cuando ella misma se limita a resolver sobre la legitimidad de las inteligencias que admite*

⁴² CSJN, “Veliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640” (41-V)/CS1, sent. del 10 de junio de 2010.

*otras. No lo es si, so pretexto de aclaración, modifica el alcance posible del contenido de otra ley, por ejemplo, agregando supuestos no comprendidos en ellas o alterando los comprendidos*⁴³.

5. Conclusiones

Los fundamentos utilizados para sancionar el cómputo del 2 por 1 respondieron a lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos respecto a respetar el lapso razonable del encierro durante el proceso, ponderándose –al efecto– la realidad carcelaria imperante en la época, y proyectándose con efectos plausibles sobre las problemáticas de hacinamiento y mora judicial que existían.

Las discusiones en torno a los alcances de aquella norma y su naturaleza jurídica (si es ley penal o procesal penal), como así también el abordaje del principio de legalidad en cuanto a la vigencia de las leyes penales en el tiempo, con especial énfasis en los delitos permanentes, cuentan con fundamentos sólidos para sostener diversas posturas, incluso opuestas entre sí, tanto doctrinarias como jurisprudenciales.

Todos dichos abordajes resultan útiles para tratar las cuestiones en los casos de los delitos comunes, pero no son suficientes si se trabaja en relación con los delitos de lesa humanidad o en los supuestos en que se han juzgado graves violaciones a los derechos humanos y se encuentra en juego el deber de garantía del Estado.

Tanto para el caso de que se acepte que la ley 24.390 es una ley intermedia que por su benignidad conserva la ultraactividad como para el caso de que se entienda que, sin ser ley intermedia, en el caso de los delitos permanentes el hecho se debe regir por la ley más benigna de las diversas leyes que durante la comisión estuvieron en vigencia, en ambos casos la aplicación a delitos de lesa humanidad desencadena la responsabilidad internacional del Estado.

La aplicación del mecanismo de compensación del art. 7 de la ley 24.390 a personas imputadas y condenadas por delitos de lesa humanidad provoca una reducción de la pena impuesta de gran magnitud, haciendo que sanciones que nominalmente aparecen adecuadas devengan materialmente inadecuadas.

En el caso del delito permanente vinculado a delitos de lesa humanidad, la solución al debate acerca de la ley aplicable, va a estar inevitablemente determinado por cuál de las leyes en cuestión es la que permite al Estado cumplir su deber de garantía, sancionando adecuadamente a los responsables de las violaciones.

⁴³Núñez, Ricardo, ob. Cit., pág. 154.