

## CASO “MUIÑA”: UN BREVE COMENTARIO AL FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Prof. Dr. Hernán GULLCO\*

Fecha de recepción: 26 de mayo de 2017

Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2017

### 1. Introducción

El 3 de mayo de este año la Corte Suprema de la Nación resolvió, por mayoría,<sup>1</sup> que las disposiciones de la derogada ley 24.390, que establecían el beneficio del llamado "2 x 1",<sup>2</sup> debían ser aplicadas en razón de ser la "ley posterior al hecho más benigna" en favor de Luis Muiña, quien había sido condenado por delitos de lesa humanidad ocurridos durante la última dictadura militar.

El argumento central de la mayoría, integrado por los votos de los jueces Ronsenkranz y Highton de Nolasco, y por el voto del juez Rosatti, se fundó en que la negativa a aplicar los beneficios de la ley citada a un condenado por delitos de lesa humanidad sería violatorio de los principios constitucionales de legalidad y de división de poderes.

El examen de los votos de los jueces que integraron la mayoría demuestra que aquéllos fueron claramente conscientes de que los delitos imputados al recurrente configuraban gravísimas violaciones de derechos humanos. Sin embargo, sostuvieron al mismo tiempo que el carácter profundamente inmoral de dichos delitos no los eximía de aplicar a su respecto los principios fundamentales de nuestro Estado de Derecho, como lo eran el de legalidad y el de división de poderes. Se planteaba, así, en opinión de la mayoría, el antiguo conflicto entre las exigencias de la

---

\* Profesor de tiempo completo (UTDT). Doctor en Derecho (UBA). Master of Laws in Comparative Law (Miami University). Contacto: [hgulloco@utdt.edu](mailto:hgulloco@utdt.edu).

El presente comentario es una adaptación resumida de mi artículo, publicado en Diario La Ley, del 18 de mayo de 2017, titulado: "Caso 'Muiña': ¿Es verdad que la 'ley' obligaba a la mayoría a resolver como lo hizo?".

<sup>1</sup> Emitieron sendos votos en disidencia los jueces Maqueda y Lorenzetti.

<sup>2</sup> De acuerdo con el art. 7° de esta ley, transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva, correspondía computar un día de prisión preventiva como dos años de prisión o uno de reclusión.

justicia y del ordenamiento positivo, que ha dado lugar a una larga discusión en la literatura especializada.<sup>3</sup>

Los argumentos de la mayoría expresan un principio muy loable: las garantías del Estado de Derecho no pueden ser dejadas de lado, ni siquiera respecto de aquéllos que han realizado conductas que constituyeron la negación de tales garantías, tales como secuestros, torturas y homicidios.

El objetivo de la presente columna es determinar si, efectivamente, la “ley” aplicable al caso imponía a la mayoría la obligación de resolver como lo hizo y que, en consecuencia, una decisión contraria hubiera significado la asunción de “facultades legislativas” por parte de los jueces, en violación del principio constitucional de división de poderes.<sup>4</sup>

Para efectuar este análisis, comenzaré a reseñar algunas de las decisiones anteriores de la Corte Suprema en ocasión del enjuiciamiento de individuos acusados de haber cometido, como ocurría en el caso “Muiña”, delitos de lesa humanidad.

## 2. La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema en los delitos de lesa humanidad

El examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema, iniciado a partir del caso “Arancibia Clavel”<sup>5</sup> (Fallos: 327:3294, de 2004),<sup>6</sup> indica que dicho tribunal ha elaborado los siguientes principios:

---

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo, la célebre polémica entre HART (“Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *71 Harvard Law Review* 593) y FULLER (“Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart”, en *71 Harvard Law Review* 630) acerca de la legitimidad de castigar conductas violatorias de derechos humanos fundamentales cometidas durante el régimen nazi, que se ajustaban a las normas positivas dictadas por aquél. El primero de los artículos mencionados se encuentra publicado en castellano (“El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”) en la obra colectiva compilada por DWORKIN, *Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 35.

<sup>4</sup> Por consiguiente, no me ocuparé en este caso de otra de las cuestiones discutidas en la sentencia: si la ley en cuestión era o no aplicable al caso, “... toda vez que el hecho fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia (B. O. 22/11/1994) y la imputación, el encarcelamiento preventivo y la condena ocurrieron una vez que el art. 7 ya había sido derogado, de conformidad con la ley 25.430 (B.O. 01/06/2001)” (voto del juez Rosatti, considerando 5<sup>o</sup>). Tampoco trataré la cuestión de si el delito, por el cual había sido condenado el recurrente, era continuado y, en caso afirmativo, si el principio de retroactividad más benigna resulta aplicable a esos delitos.

<sup>5</sup> En realidad, existe un antecedente de la CSJN en el mismo sentido (cf. “Priebke”, Fallos: 318:2145, de 1995).

<sup>6</sup> El autor de este comentario fue uno de los abogados patrocinantes del Estado y Gobierno de la República de Chile, que actuó como uno de los querellantes en la causa.

- No se viola el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal si, al momento del hecho, el delito correspondiente es considerado imprescriptible conforme el derecho consuetudinario (*ius cogens*), más allá de que, de acuerdo con las disposiciones la ley penal vigente al momento de los hechos, la acción penal sí se encontraba extinguida en virtud de las normas penales que regulaban la prescripción (“Arancibia Clavel”, cit.).

- Es compatible con los principios de legalidad y cosa juzgada reabrir un proceso penal, no obstante la propia Corte Suprema había declarado la validez constitucional de una norma que eximía a los imputados de responsabilidad penal (“Simón”, Fallos: 328:2056, de 2005).

- Tampoco se configura una violación a los citados principios al reabrirse un proceso penal a pesar de que el imputado se encontraba beneficiado por una decisión de la misma Corte Suprema de la Nación, pasada en autoridad de cosa juzgada, que había declarado la validez constitucional de un indulto presidencial (“Mazzeo”, Fallos: 330:3248, de 2007).

Tales decisiones se fundaron en las disposiciones de tratados de derechos humanos, incorporados a la Constitución, conforme la interpretación que aquéllos habían recibido por parte de los organismos creados por dichos tratados con el objeto de supervisar su cumplimiento. En tales casos, se consideró que las garantías de legalidad, cosa juzgada y “*ne bis in idem*” de los acusados debía ceder ante el derecho de las víctimas a un “recurso efectivo”<sup>7</sup> de forma de imponer a las autoridades judiciales nacionales la obligación de investigar, juzgar y condenar a los autores de delitos de lesa humanidad.<sup>8</sup> Curiosamente, ello fue advertido por la propia mayoría en el caso “Muiña”: así, con el objeto de demostrar que la cuestión debatida no había sido tratada hasta el momento por la Corte Interamericana, se recordó que dicho tribunal había resuelto que “... la tipificación sobreviniente de la conducta punible mediante la figura de la ‘desaparición forzada de personas’ no era violatoria de la garantía de irretroactividad de la ley penal en tanto dicha nueva tipificación, por un lado, era requerida para cumplir con la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta punible (derivada del artículo 3 de la Convención Interamericana sobre

---

<sup>7</sup> Reconocido, entre otros, por los arts. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>8</sup> Corresponde agregar que la Corte Interamericana ha extendido tales obligaciones a cargo de los Estados nacionales a hechos que, si bien no podían ser clasificados como “delitos de lesa humanidad”, debían ser considerados como “graves violaciones a los derechos humanos” (cf., entre otros, “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003 y “Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia del 11 de mayo de 2007).

Desaparición Forzada de Personas) y, por el otro, era consecuencia de la obligación de investigar y sancionar hechos de tal especie así requerida por el *ius cogens*".<sup>9</sup>

### 3. La aplicación de estos principios al caso "Muiña"

El argumento central de la mayoría en este caso fue que la expresión "siempre", utilizada por el artículo 2, CP, debía ser interpretada literalmente de forma tal de no excluir de sus beneficios a los delitos de lesa humanidad. Pero ello no tiene en cuenta que la "ley" que los jueces debían aplicar al caso no podía quedar limitada a una interpretación formalista de los artículos 2, CP y 7 de la Ley 24.390.<sup>10</sup> Así, es posible sostener que dicha "ley" incluía también el cuerpo jurisprudencial, nacional y supranacional, reseñado en el punto anterior, que establecía la obligación de los Estados nacionales de investigar, juzgar y condenar a los autores de delitos de lesa humanidad con base en el derecho convencional de las víctimas de esos delitos de obtener una "justa reparación".<sup>11</sup> Y, de la misma forma que, en su momento, la Ley de Obediencia Debida fue considerada una "amnistía disfrazada" (cf. caso "Simón"), prohibida por las citadas cláusulas convencionales, la aplicación al caso de la ley 24.390 por parte de la mayoría tuvo el efecto de una suerte de "conmutación de pena", que también se encuentra vedada, con base en las mismas razones, por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Por otra parte, al sostener la mayoría que cualquier duda acerca del alcance de las normas en juego debía resolverse en favor del imputado por aplicación del principio "pro persona",<sup>12</sup> omitió tener en cuenta un principio fundamental: en el derecho penal contemporáneo (y, especialmente, respecto de la clase de delitos que nos ocupa), el juez debe "ponderar"<sup>13</sup> los derechos del acusado

---

<sup>9</sup> Voto de los jueces Ronsenkranz y Highton de Nolasco, considerando 13. En este punto, los nombrados magistrados citaron las decisiones de la Corte Interamericana en los casos "Tiu Tojin v. Guatemala", sentencia del 26 de noviembre de 2008 y "Gelman v. Uruguay", sentencia del 24 de febrero de 2011.

<sup>10</sup> En este punto son aplicables las consideraciones del profesor SCHAUER quien señala que puede llamarse "formalista" al juez que sostiene que el texto legal lo obliga inexorablemente a adoptar una determinada solución cuando, en realidad, existen interpretaciones alternativas de dicho texto (cf. "Formalism", transcripto en MAY/BROWN (eds.) *Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings*, Willey-Blackwell, 2010, p. 32.

<sup>11</sup> Ver, en el mismo sentido, el voto en disidencia del juez Maqueda en el caso "Muiña" (considerando 12).

<sup>12</sup> Voto de los jueces Ronsenkranz y Highton de Nolasco, considerando 11.

<sup>13</sup> Acerca del método de la "ponderación" a los fines de determinar cuál derecho o interés debe prevalecer en un caso, ver, por ejemplo, la obra de STONE SWEET y MATHEWS, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque global*, Universidad Externado de Colombia, 2013.

con los de la víctima. Así, el derecho represivo dejó de ser un conflicto exclusivo entre el poder estatal y el acusado en donde, ante la duda, siempre debía resolverse a favor de ese último.<sup>14</sup>

Es decir, si bien resulta indudable, como dijo la mayoría en “Muiña”, que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna también se aplica a los delitos de lesa humanidad,<sup>15</sup> era posible sostener que su *alcance* puede ser diferente en este tipo de delitos, de la misma forma que los principios de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del acusado y de la cosa juzgada se aplicaron, en los casos ya analizados, en forma muy diferente que en los delitos ordinarios.

Y, a la luz del cuerpo jurisprudencial que se ha reseñado y en el contexto en que fue sancionada la Ley 24.390, resulta muy razonable la afirmación de la minoría en el caso “Muiña” en el sentido que “... la adopción de la regla de cómputo del art. 7° de la ley 24.390 no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, por los que fue condenado Muiña. Antes bien, fue concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Resulta ilustrativo al respecto el informe de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, que acompañó el proyecto de ley finalmente aprobado, y las exposiciones de los diputados Gauna y Pichetto, presidente y vicepresidente, respectivamente, de esa comisión, y del senador Alasino, en las sesiones del 26 de octubre de 1994 de la Cámara Baja (cfr. Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación, 28.ª Reunión - continuación de la 10.ª Reunión Ordinaria, pp. 2651 ss.) y del 2 de noviembre del mismo año del Senado (Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación, 42.ª Reunión, 16.ª Sesión Ordinaria, pp. 4017 ss.). El mecanismo elegido —el cómputo de dos días de prisión en cumplimiento de pena por cada día de prisión preventiva si es que esta ha superado el plazo de dos años—, sin embargo, no obtuvo los recaudos buscados y fue derogado, poco más de seis años después, mediante la ley 25.430 (cfr. las

---

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, el voto del juez Luis García, de la Sala II de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal, en donde sostuvo que no era violatorio del derecho de la defensa del acusado de “... interrogar a los testigos presentes en el tribunal...” (art. 8.2. “f” de la Convención Americana) el procedimiento consistente en interrogar a la víctima, menor de edad, de un delito de abuso sexual, a través de la “Cámara Gesell” ya que debían “... ser confrontados y puestos en balance los intereses de la defensa cuando concurren deberes del Estado de protección especial a los niños (p. ej., arts. 3, 19.1, 34 y concordantes de la Convención sobre Derechos del Niño)...” (“B., B”, sentencia del 9 de febrero de 2010, publicada en Thomson Reuters Online).

<sup>15</sup> Voto de los jueces Ronsenkranz y Highton de Nolasco, considerando 16, en donde citan el art. 24.2. del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

exposiciones de los legisladores en las sesiones del 14 de marzo de 2001 de la Cámara de Diputados [Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación, 3.<sup>a</sup> Reunión - continuación de la 1.<sup>a</sup> Sesión Ordinaria] y del 3 de mayo del mismo año del Senado [Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación, 24.<sup>a</sup> Reunión, 6.<sup>a</sup> Sesión Ordinaria)].<sup>16</sup>

#### 4. Conclusión

Una conocida jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido que, ante varias interpretaciones posibles de una norma, corresponde elegir siempre aquella que coincida con los derechos y principios reconocidos constitucionalmente.<sup>17</sup>

También ha dicho el tribunal que “...en la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (causa B.389.XXXV ‘Bustos, Vicente Amadeo c/ Banco Central de la República Argentina s/ cobro de pesos’, del 9 de agosto de 2001, Fallos: 324:2107). Asimismo, afirmó que la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial (causa S.351.XXXV ‘Sosa, Marcelo Claudio s/ recurso extraordinario’, del 9 de agosto de 2001, Fallos: 324:2153)”.<sup>18</sup>

Es claro entonces, por las razones que ya se han señalado, que el texto de la ley 24.390 no “obligaba” a la mayoría de la Corte en el caso “Muiña” a resolver como lo hizo. Por el contrario, una interpretación de dicha norma que fuera compatible con los principios constitucionales del caso (la obligación del Estado Argentino de sancionar en forma integral las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la última dictadura militar con el objeto de reparar la violación de los derechos humanos fundamentales de las víctimas) y la necesidad de no actuar en “un estado de indiferencia respecto del resultado” (la eventual responsabilidad internacional que podría surgir de su fallo) llevan a concluir que la mayoría debió haber llegado a una solución opuesta a la adoptada.

---

<sup>16</sup> Voto del juez Lorenzetti, considerando 13.

<sup>17</sup> Ver, entre muchos, “ALITT”, Fallos: 329:5266, considerando 13 y su cita.

<sup>18</sup> “OSPLAD c. Provincia de Catamarca”, Fallos: 331:1262, del 2008, considerando 14.

Tal decisión no hubiera importado, contrariamente a lo afirmado por la mayoría, una “violación del principio de división de poderes” por parte de la Corte, sino la aplicación de una constante jurisprudencia del tribunal, que inició en el año 2004 con el caso “Arancibia Clavel”.

En definitiva, nos encontramos ante un grave retroceso en la evolución jurisprudencial de la Corte y esperamos que ello sea revertido en las futuras decisiones del tribunal.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Poco antes de la publicación de este comentario, el Congreso de la Nación sancionó la ley n° 27.362 (B.O. 12/5/2017). En su parte relevante dicha ley establece lo siguiente:

“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.

“Art. 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.

Art. 3° — Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aun a las causas en trámite”.