



**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**  
**TRABAJO FINAL DE GRADO**  
**ABOGACIA**

**LA DEROGADA LEY 24.390 Y SU APLICACIÓN EN CASOS**  
**DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD**

**El controvertido precedente “Muiña”**

**Jorge Emiliano Muriel**

**2018**

## RESUMEN

La ley 24.390 del año 1994 nació bajo el entorno de una grave crisis en el sistema carcelario argentino, el cual hasta hoy se encuentra en una situación de colapso. El artículo 7 de esta ley que vino a legislar sobre los plazos en la prisión preventiva, y abrió el debate, al plantear si resulta procedente o no la aplicación de dicha ley a quienes cometan delitos de lesa humanidad.

En tal sentido, a través de la presente tesis de investigación se ha decidido evaluar la aplicación de la derogada ley 24.390 en lo que se refiere a los delitos de lesa humanidad, tomando en consideración la clase de delitos y los principios que rigen el Derecho Penal, es decir, el principio de la ley penal más benigna y su aplicación retroactiva.

Utilizando el método teórico y descriptivo, con especial atención al conflicto que se produce en el ámbito jurídico y en particular con la causa "Muiña" respecto a la aplicación de la derogada ley 24.390 en delitos de lesa humanidad, se recolectó toda la información posible, vinculada con el tema que nos atañe y analizando su contenido con la intención final de mostrar el resultado dejando a criterio del lector los argumentos que definen si es procedente o no la aplicación del beneficio del dos por uno en el cómputo de la pena de quienes cometieron delitos de lesa humanidad.

Luego de su derogación, la ley 27.156 deja asentada la prohibición del otorgamiento de beneficios de indulto, amnistía o conmutación de penas a los imputados por delitos de lesa humanidad. Con la particularidad que, en el 2017,

después de dictado el fallo de la Corte en el caso "Muiña", se procedió a la sanción de la reciente ley 27.362 que apoya el contenido de la ley 27.156, estableciendo contundentemente la inaplicabilidad de la ley 24.390, a los procesados por delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno e internacional. Acotando que ni siquiera será válida su aplicación al ser utilizada como recurso de la ley más benigna.

Finalmente, se procedió a el análisis de la combinación de las leyes regidas por los principios del Derecho Penal, para establecer si es constitucional o no la aplicación retroactiva de la Ley 24.390. Concluyendo que será aplicable la retroactividad de la ley, en base al principio de la ley más benigna para el procesado en los delitos comunes, exceptuando este beneficio, para los procesados por delitos de lesa humanidad.

**PALABRAS CLAVES:** Crímenes, lesa humanidad, retroactividad penal.

## **ABSTRACT**

The law 24,390 of the year 1994 was born under the environment of a serious crisis in the Argentine prison system, which until today is in a situation of collapse. Article 7 of this law that came to legislate on the terms in preventive custody, and opened the debate, to ask whether it is appropriate or not the application of this law to those who commit crimes against humanity.

In this regard, through this research thesis has been decided to evaluate the application of the repealed law 24.390 in what refers to crimes against humanity, taking into consideration the class of crimes and the principles that govern criminal law, that is, the principle of the most benign criminal law and its retroactive application.

The theoretical and descriptive method was used, with special attention to the conflict that occurs in the legal field, in the case "Muiña" with respect to the application of the repealed law 24.390 in crimes against humanity, collecting all possible information, which was linked to the issue that concerns us and analyzing its content with the final intention of showing the result and leaving to the reader's discretion whether or not the application of the benefit of two for one in the calculation of the penalty of those who committed crimes of It hurts humanity.

After this law was repealed, Law 27,156 appears, which prohibits the benefits of pardon, amnesty or commutation of sentences, to the accused for crimes against humanity. With the particularity that, in 2017, after the ruling of the Court in the

"Muiña" case, the recent law 27,362 was sanctioned, which in our opinion supports the content of the 27.156 law, establishing conclusively the application of law 24,390 to those prosecuted for crimes against humanity, genocide or war crimes, according to domestic and international law. Stressing that even its application will not be valid when used as a resource of the most benign law.

Finally, we analyzed the combination of laws governed by the principles of Criminal Law, to establish whether the retroactive application of Law 24,390 is constitutional or not. Certainly conclude that the retroactivity of the law can be applied, based on the principle of the most benign law for the defendant in common crimes, except this benefit, for those prosecuted for crimes against humanity.

KEY WORDS: Crimes, crimes against humanity, criminal retroactivity.

## Índice

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I: .....</b>	<b>10</b>
<b>1. ANÁLISIS DE LA DEROGADA LEY 24.390 .....</b>	<b>10</b>
1.1. Definición de crímenes de lesa humanidad.....	13
1.2. Características de los crímenes de lesa humanidad .....	16
1.3. Modalidades De Los Crímenes De Lesa Humanidad .....	17
1.4. Aspectos Relevantes De Los Delitos De Lesa Humanidad .....	22
1.5. Ámbito de aplicación de la retroactividad de la ley penal .....	24
1.6. La Retroactividad De La Ley Penal En El Caso Muiña .....	27
<b>CAPITULO II: Fallo Muiña .....</b>	<b>29</b>
2.1. Síntesis del Fallo Muiña .....	29
2.2. Fallo del Tribunal Oral Federal Nº 2 .....	36
2.3. Interpretación de la Ley penal.....	39
2.4. Posiciones doctrinarias.....	68
<b>CAPÍTULO III: Antecedentes Legislativos, Jurisprudenciales y Doctrinales .....</b>	<b>70</b>
3.1. Los Pactos Internacionales .....	74
<b>Conclusión. ....</b>	<b>87</b>

## INTRODUCCIÓN

El controvertido pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Nacional del pasado 3 de mayo del corriente 2017 en la causa «Bignone», el cual por decisión de la mayoría se declara aplicable la derogada ley 24.390 que estuvo vigente hasta el 2001, y a través de la cual se redujo el cómputo de la pena al condenado Muiña, bajo el fundamento de aplicación de la ley más benigna para el imputado, abrió el debate sobre si es factible o no la aplicación de la derogada ley a delitos de Lesa Humanidad.

Sin embargo, dicho fallo trajo como consecuencia la sanción de la reciente ley 27.362, debido a que producto de este panorama, la Cámara de Diputados otorga fuerza de ley a las modificaciones de las normas que regulaban las excarcelaciones, dando nacimiento a la ley 25.430 y posteriormente en 2015, a la ley 27.156 que prohíbe de manera explícita la figura del indulto, la amnistía o conmutación de penas en delitos de lesa humanidad.

Además de la legislación interna es de suma importancia analizar la legislación internacional para definir si es procedente la aplicación del beneficio del 2x1 a delitos de lesa humanidad, se debe comprender los principios de la ley penal más benigna consagrada en el Código Penal argentino, y si ésta implica una conmutación de pena que atiende o no a los principios de sanción adecuada y proporcionalidad establecida por los diferentes tratados internacionales.

Igualmente, resulta pertinente desarrollar el concepto de "delito permanente" para analizar cómo procede en ésta figura la aplicación del Código Penal, dado que

resulta necesario generar seguridad jurídica mediante unanimidad en la interpretación de este tipo de casos.

En definitiva, éste fallo tan controvertido trajo a la palestra el estudio e interpretación exhaustiva de la Ley 24.390, motivado a la forma en que fue interpretada su normativa en el ámbito de aplicación de delitos de lesa humanidad. A partir de allí ha surgido la duda del articulado de la referida ley, en cuanto a cómo pueda ser o no aplicada a los delitos de lesa humanidad, tomando en consideración la clasificación de los delitos, en base a los principios que rigen el derecho penal, interrogante que una vez dilucidada nos permitirá establecer una opinión correcta en cuanto a la forma en que fue decidida la causa "Muiña" y a la aplicación de esta ley a este tipo de delitos desde el momento en que fue emanada la decisión del resonado caso

Sin embargo, es la interpretación de esta Ley 24.390 a delitos de lesa humanidad, la que ha incentivado la presente investigación, y le dedicaremos su estudio e interpretación presentado en orden correlativo. En el capítulo I, se ha incluido el análisis general de la ley 24.390, haciendo mención a los artículos más destacados. Estableciendo comparaciones con la normativa que pudiera ser aplicada correctamente a los delitos de lesa humanidad. Dando inicialmente una explicación sobre los aspectos básicos de los delitos de lesa humanidad. Además, se hará referencia al ámbito de aplicación con respecto a la retroactividad de la ley penal. Seguidamente, en el capítulo II, se ha decidido realizar una síntesis completa del Fallo Muiña - el cual da el puntapié al análisis de si es aplicable o no la ley 24.390 a los delitos de lesa humanidad- donde serán revisados los hechos que dieron lugar

a la punitiva, la ley penal aplicable y traeremos a colación, algunas posiciones doctrinarias en relación al caso. Luego en el capítulo III, lo ocuparemos en revisar antecedentes legislativos y jurisprudenciales, dando un espacio al tema de los pactos internacionales en relación al ámbito de aplicación de los delitos de lesa humanidad. Y, finalmente, en el capítulo IV, presentaremos las conclusiones a las que se ha podido llegar luego de haber realizado la presente investigación, dándoles a conocer la diversidad de bibliografía consultada para darle cuerpo a este texto.

## **CAPÍTULO I:**

### **1. ANÁLISIS DE LA DEROGADA LEY 24.390**

Con relación a la ley 24.390, esta fue aprobada en noviembre de 1994, durante el mandato presidencial del Presidente Menem, con la anuencia de los que hoy no aprueban la aplicación del conocido 2x1. Su creación fue fundamentada en dos motivos jurídicos de peso: en primer lugar, se arguyó en debate legislativo que los recintos penitenciarios se encontraban con una población de reclusos superior a la capacidad física para cuyo fin fueron construidas. Además, alegaron que existían personas que habían permanecido recluidos por más de cinco años y aún no tenían una sentencia. (Martínez, 2017)

Así mismo, cuando era celebrado el debate por la ley 24.390, se realizó una reforma a la Constitución Nacional mediante la cual fue incorporado el tratado sobre la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que parte de su articulado se resguarda el derecho de las personas detenidas, para que estas fueran llevadas a juicio en un lapso razonable, de lo contrario serían puestas en libertad.

En tal sentido, urgía resolver la situación carcelaria debido a que existían detenidos desde hacía cinco años (siete años algunos casos) bajo prisión preventiva, a los que les estaba siendo violado el derecho a ser juzgados, circunstancia que iba en contra de los principios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la propia ley 24.390. Esta ley fue solo un bálsamo, para calmar los ánimos y dar respuesta a los organismos de derechos humanos. Pues, de acuerdo a estadísticas del Servicio Penitenciario Federal, en 1994, un 56,36%

de los reclusos no tenía condena, porcentaje que no varió en gran escala durante la vigencia de la ley, hasta que fue derogada en el año 2001. Esa proporción se mantuvo a través del tiempo e incluso subió en algunos años durante la vigencia de la ley, hasta que finalmente, el Congreso derogó la ley en 2001. (Martínez, 2017)

No obstante, la Ley 24.390, fue notoria, por la decisión de la Corte en el uso de su normativa en un caso de lesa humanidad, el cual origino gran debate en los medios de comunicación por el fallo dictado, cuyo efecto reside en la multiplicación doble del tiempo de prisión preventiva sufrida por el detenido durante dos años, en ausencia de una sentencia firme. (Borzi Cirilli, 2017)

De tal modo que, el propósito de la ley fue encontrar una solución viable al retardo de los procesos judiciales, que venían generando quejas y protestas en las cárceles. Lamentablemente el objetivo no se cumplió, y actualmente un gran porcentaje de detenidos en argentina han sido condenados sin sentencia firme. (LA NACION, 2017)

Merece la pena subrayar, que esta ley nació producto de la expresión legislativa a la reforma de la Constitución Nacional del 1994, que concedió rango constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos que constituía en garantía a la duración moderada del proceso penal, con la intención de activar el instrumento internacional tratando de reparar un poco a quienes habían sido detenidos sin tener una sentencia firme, con una detención durante un tiempo en que ya debía haberse suspendido la reclusión provisoria. Lo cual origino discusiones doctrinarias, debido a que la ley establecía los 2 años como tiempo límite de

detención, y la Convención no hizo mención de plazos. Al no obtener, el resultado deseado fue derogado en 2001 por la Ley 25.430.

No obstante, ha dejado un precedente invariable a través del tiempo, porque los detenidos que han estado en estas circunstancias antes de que se produjera la derogación de la normativa, le fue aplicado el 2x1, sustentado en la aplicación de la ley penal más benigna. (LA NACION, 2017)

Sin embargo, no han dejado de surgir opiniones respecto al ámbito de aplicación de la Ley 24.390. Un grupo ha opinado que debe derogarse porque no está acorde con la realidad del país. Otros, solicitaron declararla inconstitucional sosteniendo que sus normas no podían ser aplicadas en las provincias. Y, por último, aquellos que arguyeron que esa normativa no debía ser aplicada en las provincias, sino a nivel nacional y federal.

Sin menoscabo de la hondura de tales posturas, actualmente tenemos un proyecto para ajustar esta normativa, fundamentada en otorgarle el carácter de sentencia definitiva a la que fuera dictada por el Tribunal Oral. La explicación se edifica al apreciar que la vía recursiva es un artificio entorpecedor para consentir el cómputo imponente que, a través de ésta ley, ha logrado la libertad adelantada de muchos delincuentes nocivos. La reforma planteada fue dirigida al Código de Procedimiento Penal, con la intención que la detención preventiva sea efectiva desde el día de la privación de libertad del acusado hasta que le sea comunicado respecto a la sentencia del Tribunal Oral. Algunos legisladores opinaron que la referida sentencia debería ser considerada como la terminación de la causa. No obstante, pudiendo esta sentencia ser revocada en tribunales superiores, no

imposibilita aseverar que el derecho del acusado a ser juzgado ya fue consumado. Eso significaría, que el lapso de detención preventiva culmina con la sentencia del Tribunal Oral, con lo cual queda claro que el imputado ha sido juzgado en tiempo razonable cumpliendo con las exigencias que del sistema procesal y los pactos internacionales.

Ahora bien, esta no es la única posición que se ha presentado, en relación al hecho de que no debe emplearse la norma en territorios provinciales bajo el argumento de que es una ley nacional, no puede ser eludida por los Jueces sin una explicación jurídica que la elimine. (rubensarlo, 2000)

Por lo tanto, nos resta entonces revisar la posición de la declaración de inconstitucionalidad, pues se observa una partición constitucional, en relación a los poderes de la Provincia de Buenos Aires conocidos como "reservados", quiere decir, que no fueron formalmente encargados. Para ello existen las normas de la Constitución Bonaerense establecidas en sus artículos 1, 3, 10, 21, 45, usadas conjuntamente con los artículos 75 inciso 12 y 121 de la Carta Magna Nacional.

Para concluir, decir que Buenos Aires disfruta de un sistema de regulación procesal contenida en la Ley 24.390, en el perfil dispuesto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, que argumenta que la cárcel preventiva es cuestión de regulación provincial.

### **1.1. Definición de crímenes de lesa humanidad**

En relación al crimen de lesa humanidad, el Estatuto de Roma (ER), lo ha definido como el tipo de conductas y/o acciones punitivas tales como: tortura, asesinatos por motivos religiosos, raciales, étnicos, ideológicos, persecución con motivos políticos, deportación, prostitución forzada, exterminio, violación, esterilización forzada, secuestro, desaparición forzada u otro acto desprovisto de humanidad y que produzca inclementes daños tanto físicos como psíquicos y que también sean ejecutados como parte de un agresión total en contra de una comunidad, siendo su autor el estado que posee la autoridad y fuerza a su favor.

De tal modo que, al referirnos a lesa humanidad observamos que así son identificados varios tipos de delitos, calificados por sus implicaciones graves por tener como objetivo final matar seres humanos, torturarlos, hacerlos sufrir, y que se comete de forma metódica para impresionar a individuos propios de una población.

En tal sentido que, en este tipo de conducta tan villana y homicida hay una preferencia por los poderíos políticos, que son los que regularmente efectúan este tipo de delitos, con la intención de convencer de que hay una porción de la población, a la cual va encaminado la agresión y la matanza, que es depravada y que son quienes tienen derechos para propinar esos golpes. (DEFINICION ABC, s.f.)

Por otro lado, el crimen de lesa humanidad puede ser ejecutado por funcionarios públicos o integrantes de un partido político, en contra de la población civil y no se delimita solo a los ataques militares en época de guerra, porque pueden tenerlos también en tiempos de paz.

Sin embargo, este tipo de delitos presenta como particularidad, el que sus acciones viles son sistemáticas y amplias, eso quiere decir, que los hechos ejecutados de manera aislada, por más monstruosos que parezcan, no podrán ser tipificados dentro de esta categoría de crímenes.

En virtud de lo cual, estos crímenes de lesa humanidad, genocidio y guerra serán juzgados por la Corte Penal Internacional o el Tribunal Penal Internacional. (DEFINICION ABC, s.f.)

Además, en el derecho internacional se han desarrollado algunas estructuras para restringir los delitos de lesa humanidad, su prescripción, y el deber del estado de juzgar y castigar este tipo de delitos. La jurisprudencia argentina ha aprovechado estos criterios a los procesos de derecho interno, aseverando el compromiso internacional del Estado para el tema de incumplimiento de esas obligaciones, examinando la eficacia de algunas leyes de abuso que iban en contra de esta intención. (MINISTERIO PUBLICO FISCAL, 2016)

Por otra parte, cabe destacar que los delitos de lesa humanidad nacieron producto de la imperiosa necesidad de resguardar a los ciudadanos de las monstruosidades que se perpetraban contra ellos, para cuando tuvieron lugar los enfrentamientos bélicos. Su conceptualización se produjo básicamente por los hechos ocurridos a través de la historia.

Por tal motivo, no había intención alguna para que el derecho humanitario de legitimar la guerra, se acepta su existencia, pero como un hecho de dominio que no desvanece con la disertación de los juristas. En tal sentido, el derecho humanitario,

ha tratado de utilizar en forma racional el limitado dominio sobre el tema, con el fin de disminuir la violencia absurda de ese puro hecho de dominio que es la guerra.

De esta manera, añadirlos al sistema de jurisdicción universal con el objetivo de evitar que crímenes tan espantosos queden sin castigo en razón de un rígido criterio territorial. (González, s.f.)

## **1.2. Características de los crímenes de lesa humanidad**

- **Ataque generalizado o sistemático.**

Conviene destacar que podemos interpretar como ataque generalizado cuando la acción se comete en presencia de una cantidad razonable de víctimas. Generalmente son actos a gran nivel, grandes y que son perpetrados en contra de una comunidad, originando muchas víctimas. El carácter sistemático envuelve la práctica periódica a través del uso de estrategias organizadas.

- **Ataque contra la población civil**

Con relación a la población civil el Estatuto de Roma hace alusión al deber de salvaguardar a la población ante los abusos del Estado. Estableciendo al termino de población civil a los individuos que no participan en las rivalidades, a los enfermos, heridos o detenidos (Vázquez, 2018)

- **Autor con conocimiento del ataque**

En relación al ataque, este debe constituirse como la costumbre permanente de acecho consecuente y generalizado en perjuicio de la población civil y desplegada por el Estado, siendo requisito para este delito, que el autor este en conocimiento

de los demás elementos. Para juzgar e imponer una condena por delitos de lesa humanidad siempre se deberá confirmar que el acusado cometió el delito con la comprensión de que es generalizado o sistemático, al igual que el hecho de conocer que actuó en contra de una comunidad o grupo de personas. Pero no significa, que su autor deba saber los motivos que originaran su ataque, ni la dimensión, pero si debe estar en conocimiento de que su accionar conforma un delito con experiencia persecutoria.

### **1.3. Modalidades De Los Crímenes De Lesa Humanidad**

Con respecto a las modalidades de los crímenes de lesa humanidad, existe una enumeración no específica de once conductas descritas en algunos estatutos contra crímenes de lesa humanidad, entre ellos el más importante el Estatuto de Roma, en los cuales han definido este tipo de crímenes, como aquellas acciones del hombre perpetradas mediante ataques “generalizados o sistemáticos” en contra una comunidad civil y conscientes de tal ataque y entre ellos se enumeran los más destacados:

- 1) Esclavitud.**
- 2) Deportación forzosa de una población.**
- 3) Asesinato.**
- 4) Exterminio.**
- 5) Violación, prostitución obligada, esclavitud sexual, embarazo impuesto, y cualquier otro tipo de violencia sexual de grave.**

**6) Tortura.**

**7) Privación ilegítima de libertad física contraria a las normas primordiales de derecho internacional. (González, s.f.)**

**8) Persecución de un colectivo con identificación propia fundada en doctrinas políticas, culturales, raciales, nacionales, étnicos, religiosos, u otras causas universalmente consideradas como inadmisibles con pacto al derecho internacional, en enlace con cualquier acto o delito competitividad de la Corte.**

**9) El crimen del apartheid.**

**10) Desaparición forzada de personas.**

**11) Otros actos inhumanos semejantes que ocasionen adrede sufrimientos o atenten contra la integridad física y salud mental.**

Al respecto, se ha explicado que la presente enumeración no es específica, pues el numeral 11º, ha hecho referencia a “otros actos inhumanos semejantes”, con la intención de que este no fuera establecido como un tipo penal abierto en las características del Crimen cuando fue mencionado que el acto “haya tenido un carácter similar a otro de los actos indicados en el articulado del Estatuto, entendiendo por el término “carácter” “gravedad y la naturaleza de la acción”, eso significa que dicha acción sería similar a cualquiera de los diez supuestos de hecho sin llegar a cumplir todos los requisitos. (González, s.f.)

No obstante, de conformidad con al artículo 21 del Estatuto, la Corte ejercerá el derecho, de acuerdo con la norma del estatuto, las características del tipo de crimen, las pruebas existentes, las reglas del procedimiento, y además deberá usar

los tratados, los principios de derecho internacional, y el derecho interno de cada Estado, quienes normalmente tienen potestad jurisdiccional sobre el crimen.

Ahora bien, se han seleccionado algunas figuras de los estatutos para analizarlas y determinar su alcance en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, convenciones y tratados:

- **Los Asesinatos**

Con relación a la figura de “asesinato”, a pesar de ser un delito contra la humanidad, los estatutos han mantenido en uso, la denominación tradicional para reconocerlo como homicidio doloso, debido a las características preestablecidas para la identificación del tipo de delito, porque su accionar causa el fallecimiento del ser humano, o en todo caso, esa es la intención que persigue.

No obstante, la figura del asesinato se ha reconocido como un delito contra la humanidad desde la I Guerra Mundial, en la Declaración de Francia y, por la Conferencia de Paz 1919. (González, s.f.)

De tal manera, que desde esa época, el delito de asesinato se ha mirado como un crimen contra la humanidad según el Estatuto de Núremberg<sup>1</sup>, contenido en su artículo 6º inciso C, la Ley N° 10 del Consejo Aliado de Control, artículo 2<sup>02</sup>,

---

<sup>1</sup> Crímenes contra la humanidad.-

[http://www.cuzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto\\_del\\_tribunal\\_de\\_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66](http://www.cuzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66)

<sup>2</sup> Acabar con la Impunidad.- <https://books.google.co.ve/books?isbn=8486874769>

el Estatuto del Tribunal para el Lejano Oriente, artículo 5<sup>o</sup> <sup>3</sup>; Principio VI de los Principios de Núremberg; artículo 18<sup>o</sup> del proyecto de Código de Crímenes de 1996.

Por otro lado, en el contenido del proyecto del Código de Crímenes, una Comisión de Derecho Internacional ha explicado que el asesinato “es un crimen bien definido y plasmado en la legislación nacional de todos los Estados.

Sin embargo, sus discrepancias conceptuales contempladas para la figura de asesinato entre los diferentes procedimientos nacionales de justicia penal han llevado algunas veces a malas interpretaciones en referencia a su inclusión como un crimen contra la humanidad. La definición del asesinato como crimen contra la humanidad, además han sido incluidos los asesinatos extrajudiciales, tales como las matanzas ejecutas por instrucciones de un gobierno o con su consentimiento. (González, s.f.)

No obstante, esta modalidad de asesinatos tiene como elemento particular el que pueda ser ejecutado con premeditación, y es reconocido como una violación de las normas tanto nacionales como internacionales. Sin embargo, no tiene que ser ejecutado con premeditación para ser calificado como asesinato, es suficiente con crear circunstancias que puedan llevar a la muerte de una o varias personas.

- **El Exterminio**

Asimismo, el “exterminio”, es otro de los crímenes contra la humanidad, y, por ende, con carácter punitivo frente al Derecho Internacional. Igualmente es

---

<sup>3</sup> Los Tribunales Militares.- <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/1.-Los-Tribunales-Militares-Internacionales..cid210831>

reconocido como crimen contra la humanidad en el artículo 6º de la Ley N° 10 del Consejo Aliado de Control<sup>4</sup>, que es el máximo órgano de los aliados en Alemania, luego de ser ocupada después de la segunda guerra mundial; Principio IV de los Principios de Núremberg<sup>5</sup>. El crimen de exterminio, también fue incluido en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia.

- **La Tortura**

También la “tortura”, es un delito que ha sido definido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contenido en su artículo 7º, como un crimen de lesa humanidad y le fue concedida su competencia en aquellas causas donde los estados no hayan querido ejercer sus funciones para juzgar a los posibles autores de este tipo de crímenes. (González, s.f.)

En ese sentido, el Estatuto de Roma ha definido el crimen de tortura como aquel accionar que tenga como intención producir a algún sujeto sufrimientos graves, bien sean físicos o emocionales, cuando la víctima de este crimen se encuentre bajo su custodia. Este crimen requiere como condición para ser catalogado como crimen de lesa humanidad, el que tal tortura sea ejecutada de forma sistemática en contra de una comunidad o grupo de personas, con conciencia del autor que ejerce el ataque y que no se refiera a acciones individuales y únicas.

---

<sup>4</sup> La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad.- [www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003\\_7.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf)

<sup>5</sup> Los "principios de Núremberg". <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/4.-Los-principios-de-Nuremberg.-.cid210834>

Igualmente, se ha considerado importante resaltar que algunos tratados que han aceptado la interrumpir algunas de sus disposiciones en épocas de emergencia, como por ejemplo en estados de excepción, no han establecido jamás esta previsión con el crimen de tortura, que siempre ha sido reconocido como un delito. Según las pautas de la Convención de Ginebra celebrada el 11 de Agosto de 1949,<sup>6</sup> el ejercicio del crimen de tortura en épocas de conflictos armados en el ámbito internacional, se han convertido en una falta grave a las mismas, con las consecuencias mencionadas al tratar el tema.

#### **1.4. Aspectos Relevantes De Los Delitos De Lesa Humanidad**

En relación a su jurisdicción la convención ha establecido en su artículo 5<sup>o</sup>, la territorialidad como un principio de la personalidad activa, pasiva y universal de la siguiente forma: “Todos los estados tomarán las acciones que resulten necesarias para implantar su jurisdicción con respecto a este tipo de delitos, cuando el imputado se encuentre en territorio de su jurisdicción y ese estado no otorgue la extradición, a los estados contenidos en el párrafo 1 del artículo 8<sup>o</sup>”. (González, s.f.)

Esta enunciación ha establecido el principio de extraditar y juzgar, porque cada Estado deberá cumplir con las obligaciones convenidas si procesa a los supuestos responsables del crimen, los extradita o los transfiere a un tribunal internacional. Sin embargo, los estados tendrán la potestad de elegir, pero no se

---

<sup>6</sup> Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de sus protocolos adicionales.-  
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdn74.htm>

permitirá su inacción, frente a las circunstancias porque el autor no puede ni debe quedar impune.

Con relación a la definición reciente que se les ha dado a los crímenes contra la humanidad es consecuencia de una transformación paulatina a lo largo de la historia, debido a las violaciones de derechos humanos ocasionados principalmente en los conflictos bélicos.

En tal sentido, se han examinado algunas opiniones que han sostenido que la legislación actúa como una rienda para detener el dominio de la guerra y reducir la violencia que nace a raíz de los conflictos bélicos. Sin embargo la definición, el concepto más puro, instituido como crímenes contra la humanidad aquellos que van dirigidos a violentar bienes jurídicos primordiales, y que son ejecutados en forma generalizada y sistemática contra una comunidad o grupo de persona, de cuya acción ilícita está consciente su autor. (González, s.f.)

Por esta razón, son reconocidos como crímenes contra la humanidad, así no estén contenidos expresamente en los ordenamientos jurídicos de cada uno de los estados, es decir, el principio de territorialidad es la fuente principal de todos los sistemas jurídicos. Ahora, cuando se refiera a crímenes de derecho internacional o delitos contrarios el Derecho de Gentes, la extraterritorialidad se iguala y hasta puede desplazar la territorialidad por el ejercicio de la jurisdicción.

Con respecto a la normativa del estatuto en relación a los crímenes de lesa humanidad, estas tienen un mayor alcance de protección en relación con otras herramientas del Derecho que anteriormente únicamente reconocían la

responsabilidad de los funcionarios públicos, circunstancia que actualmente se ha modificado positivamente, al ser incluidos a la referida definición a los integrantes de organizaciones políticas. Por lo que se ha podido afirmar que los crímenes de lesa humanidad forman parte del derecho imperativo, con carácter obligatorio para todos y su sanción no es derogable, al extremo que en muchos Estados se les ha dado rango constitucional.

Y, por último, se ha hecho referencia a los deberes jurídicos que han producido la obligación de enjuiciar o extraditar; la no prescripción de este tipo de crímenes, sin la posibilidad de hacer uso de la inmunidad, ni ampararse en la obediencia debida; así como su ámbito de aplicación universal de las referidas obligaciones, independientemente, de que se ejecute en tiempo de paz o conflicto armado y su jurisdicción universal. (González, s.f.)

### **1.5. Ámbito de aplicación de la retroactividad de la ley penal**

Seguidamente, al hablar de la retroactividad de la ley penal, podemos decir que esta es una de las características resaltante de la ley penal argentina. Ninguna ley juzga en el pasado porque los delitos ejecutados quedan bajo la ley vigente a la fecha en que fue dictado el fallo, el artículo 3° del código civil dice que las leyes contemplan, hacia el futuro y no tienen carácter retroactivo, ni logran afectar los derechos ya adquiridos. Este principio de no retroactividad es universal, y nadie nacido en argentina puede ser condenado sin haberle celebrado un juicio. Anteriormente en la constitución de Córdoba, se prohibió a los legisladores la promulgación de leyes con carácter retroactivo, cuya sanción fuere impuesta por leyes decretadas posteriores al hecho. (TORRE, s.f.)

No obstante, la rutinaria vida diaria de la sociedad se convertiría en una entera agitación, si el legislador tuviera la potestad de revertir los resultados de sus decisiones a hechos perpetrados antes de que existieran. Todas las legislaciones en su país han tenido que prever el abuso en beneficio de la tranquilidad de sus habitantes, estableciendo este principio en las normas fundamentales.

Por ejemplo, en la constitución de argentina, se ha dispuesto también el principio de la retroactividad en lo penal, con base a que las leyes deben regir sobre las acciones ulteriores a la sanción, estableciendo también las excepciones, es decir, que la ley penal pueda ser aplicada sobre hechos punibles ejecutados en el pasado. La humanidad, como tal, en razón sus intereses sociales y las normas por ellos mismos creadas, son las que realmente han permitido la aplicación de la retroactividad de la ley penal. Por ejemplo:

De esta manera se hace más moderada la sanción o el castigo, reformando algunas leyes para la eliminación de tipos punibles y sus sanciones. Resultando, que es precisamente de allí donde ha nacido la modificación practicada en el artículo 2º, que establece que deberá aplicarse al imputado la ley que más le favorece, es decir, la ley más benigna. En tal sentido que si mientras la celebración del juicio, o aun después de dictado el fallo se produce la modificación de la ley penal, entonces deberá aplicarse la ley más favorable al penado. (TORRE, s.f.)

Ahora bien, se ha observado que lo no previsto en este artículo, es la otra forma de darle lugar al carácter retroactivo a la ley, cuando se hizo referencia a las reformas de leyes para la eliminación de tipos punibles y sus sanciones.

A partir de aquí ha surgido una interrogante, ¿Cuál sería el destino de un imputado que estuviere cumpliendo una pena producto de una ley que ha sido derogada? En esa circunstancia el código no ha previsto nada. Sin embargo, se ha considerado por los juzgadores, la aplicación de la ley más favorable, lo que ha traído como consecuencia en algunos, la suspensión del cumplimiento de la pena y la inserción del acusado al núcleo de la sociedad. Estas decisiones han sido tomadas bajo el fundamento que los actos imputados ya no causan daño y que no hay razón social ni legal para sancionar la acción en el futuro, por lo que las sanciones impuestas deben suspenderse

Aun cuando en el derecho argentino los delitos, tienen fecha de caducidad, no aplican el mismo principio a los delitos de "lesa humanidad", debido a que estos no prescriben. Eso significa que el autor de un delito de lesa humanidad, aunque retarde su juicio, en algún momento recibirá su castigo. (LA CAPITAL DEL MAR DEL PLATA, 2009)

En relación a la normativa penal de la nación, se ha establecido la prohibición de la retroactividad de la ley siempre y cuando esta resulte favorable al imputado, es decir, para su aplicación debe estar vigente antes de la comisión del hecho punible, de otra manera se produciría inestabilidad jurídica.

Ahora, en relación a los delitos de lesa humanidad, Argentina se ha adherido a las convenciones en esta materia, que asumieron su resultado en el Tratado de Roma de 2002, estableciendo excepciones. Estas excepciones tomadas fueron en referencia a la retroactividad y la característica de la no prescripción de este tipo de delitos. (LA CAPITAL DEL MAR DEL PLATA, 2009)

Sin embargo, para asumir esta decisión, la Cámara Federal tomo en consideración la postura de la Corte Suprema de la Nación en algunos fallos, y el uso de la costumbre a nivel internacional en lo que se refiere a los derechos humanos.

Ahora bien, en relación al uso de la costumbre internacional se hizo referencia a un fallo donde uno de los magistrados alegó, que de conformidad al derecho de gentes los crímenes de lesa humanidad no prescriben, sustentando su alegato en función de que esas normas estaban vigentes antes de haberse perpetrado el hecho e instó a recordar que los crímenes de lesa humanidad estaban descritos claramente en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, en 1945, y validados en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946. En relación al criterio de la no prescripción, aseveró que se encontraba dispuesto en el instrumento de la Convención con respecto a la no prescripción de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, de 1968". (LA CAPITAL DEL MAR DEL PLATA, 2009)

Posteriormente, expresó que el tratado que expresa la no prescripción de delitos de guerra y de lesa humanidad, fue ratificado por argentina a través de la ley 24.584 siendo aplicable en todo el país.

### **1.6. La Retroactividad De La Ley Penal En El Caso Muiña**

Seguidamente, en el juicio "Muiña" la Corte Suprema de Justicia tuvo que solucionar si era posible aplicar a los procesados por delitos de lesa humanidad los beneficios de la ley 24.390, la cual establecía que al cumplir los dos primeros años

en detención preventiva se computaban dos días de detención por cada día de prisión preventiva cumplido.

No obstante, en la Corte Suprema la mayoría pensó que para este caso había que aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, dispuesto en la ley 24.390 a pesar de ser éste un delito de lesa humanidad. Esta mayoría sustentó su posición afirmando que no hay diferencias sustanciales entre los delitos ordinarios y los de lesa humanidad que consienta una aplicación diferente en la ejecución de la pena, lo cual no es correcto debido a que es un claro desconocimiento al concepto existente para estos delitos marcados y enunciados por los tratados internacionales los cuales establecen una clara diferenciación para los mismos. Por otra parte, hubiera sido imposible aplicar esta posición en el pasado, pues la Corte Suprema lo hubiera decretado inconstitucional con base a las leyes de obediencia debida y con ello se facilitó el juicio e imposición de condena a los autores de delitos de lesa humanidad consumados durante la dictadura militar. (AGDCONSULTORA, 2017)

Sin embargo, la posición de la minoría sustentó que la ley 24.390 no podía ser utilizada en este caso, porque el principio de retroactividad de la ley penal más favorable solo podía ser aplicada cuando la pena impuesta por la ley posterior expresara una apreciación social distinta, de las acciones que habían sido penalizadas, es decir, que antes esas acciones eran censurables y ahora no. El fundamento principal de esta minoría contradijo la posición de la mayoría afirmando que si hay diferencias entre los delitos ordinarios y los de lesa humanidad, porque los delitos de lesa humanidad, no gozan de los beneficios de indulto, amnistía o

conmutación de la pena. Además, no prescriben y pueden ser juzgados en cualquier territorio a fin de evitar que estos queden impunes e imposibiliten resarcir a las víctimas del terrorismo de estado.

## **CAPITULO II: Fallo Muiña**

### **2.1. Síntesis del Fallo Muiña**

A continuación, se describirá los hechos que dieron lugar al fallo sujeto de estudio comenzó en la madrugada del 28 de marzo de 1976, apenas cuatro días después del golpe de Estado de dicho año, el predio del Hospital Policlínico Profesor Alejandro Posadas, ubicado en el barrio de Haedo a 25 kilómetros del centro de la provincia de Buenos Aires, el cual fue ocupado mediante el uso de helicópteros y tanques por fuerzas militares en un operativo comandado personalmente por Reynaldo Bignone en el cual treinta de sus empleados fueron secuestrados y trasladados al centro clandestino de detención y tortura conocido como “El Chalet”, de los cuales once continúan desaparecidos hasta el día de la fecha, y más de ciento cincuenta fueron despedidos.

Posteriormente, el Hospital Posadas fue intervenido con el argumento de que el mismo funcionaba como un centro sanitario destinado a atender a guerrilleros heridos, es allí que el coronel médico Julio Ricardo Estévez había sido nombrado director del nosocomio en reemplazo del doctor Julio Rodríguez Otero, quien era la cabeza de un proceso democratizador del hospital que fue arrestado y torturado allí. En ese contexto Luis Muiña fue contratado por el coronel Estévez y fue transferido

desde un hospital rural de la ciudad Catamarqueña de Belén para integrar durante la dictadura un grupo parapolicial, un grupo comando de seguridad interna dependiente de la Fuerza Aérea (Brigada Aérea del Palomar) conformada bajo el nombre de “Swat” e integrada por decenas de personas no uniformadas exoneradas de la fuerza policial, entre los cuales se encontraban José Faraci, Oscar Teves, Hugo Delpech, Juan Compteleza, Victorino Acosta, Ricardo Nicastro, Cecilio Abdenur, Argentino Rios y Alberto Benavidez. Dicho grupo funcionaba como patotas del Ministerio de Bienestar Social de López Rega, las cuales operaron dentro de la toma del Hospital Posadas, el cual contaba con cuatro casas en el interior del predio de las cuales una fue utilizada como el centro de detención clandestina durante los años 1976 al año 1983 conocido como “El Chalet”.

Acto seguido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación presentó el fallo “Muiña”, con los votos de tres magistrados, donde se resolvió que a las causas juzgadas por delitos de lesa humanidad les puede ser aplicado el “2 por 1” dispuesto en el artículo 7 de la ley 24.390 <sup>7</sup> vigente desde 1994 hasta 2001, basando su argumento en la norma del artículo 2 del Código Penal <sup>8</sup> que sujeta el principio de la ley penal más favorable, a través de la sentencia se decidió que la referida ley puede ser aplicada aunque no estaba vigente cuando Luis Muiña fue considerado culpable por los secuestros y torturas de cinco personas en el cuadro de terrorismo de Estado.

---

<sup>7</sup> Art. 7°. Ley 24.390 derogado por Ley 25430. B.O.: 01/06/2001

<sup>8</sup> Art. 2° del Código Penal de la Nación

De esta manera, Muiña fue detenido preventivamente, la ley 24.390 conocida como la ley del “2 por 1” disponía que, al computar el lapso de detención de un procesado, cada día que permaneciera detenido superado los dos años correspondía al cumplimiento de dos días de condena, por cada uno de exceso de la prisión preventiva. Esta fórmula era aplicada con la intención de disminuir el lapso de la condena, basando esta afirmación en la hipótesis de que de esta manera se iban a amilantar las detenciones preventivas muy largas. Sin embargo, esta proposición no tuvo éxito y fue rechazada social y políticamente, trayendo como consecuencia la derogación de esta normativa. (CELS, 2017)

Por consiguiente, este fallo emanado de la Corte en el caso “Muiña” originó un revuelo social. Con la celebración de grandes concentraciones, convocadas por los gremios de derechos humanos. Se realizaron en todo el país donde estuvo en manifiesto el repudio de las grandes masas.

Días después en que fue dado a conocer el fallo, organismos internacionales de protección a los derechos humanos advirtieron sobre las discrepancias con el fallo en cuestión, con respecto a las pautas internacionales acordadas para las investigaciones y juicios por delitos de lesa humanidad. De modo que, a nivel regional e internacional, el fallo “Muiña” fue considerado un retroceso en política de Estado con relevancia internacional, observada mundialmente como un modelo de injusticia. En virtud de lo cual, el Congreso Nacional sancionó de forma unánime, a excepción de un diputado, la ley 27.362 la cual invalida los fundamentos que sustentaban el voto de la mayoría en la Corte, a favor de la ley del “2 por 1”.

Sin embargo, esta ley dispuso de acuerdo con lo establecido en la ley 27.156, que el artículo 7º de la ley 24.390 fuera derogado por ley 25.430, por no estar encuadrado en las conductas delictivas del tipo penal de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, de conformidad con el derecho internacional. Los legisladores ratificaron que la ley 27.362, es la “interpretación original” de la ley del “2 por 1”. Esta interpretación tiene sus bases en la aplicación afinada de las normas de derecho interno y de derecho internacional, resaltando que todas ellas revisten carácter constitucional. (CELS, 2017)

Al respecto, el Congreso ratificó el modo en que se debe interpretar la ley 24.390, al observar la aplicación equivocada que le dio la Corte Suprema sin considerar las normas vigentes del derecho internacional. En ese momento, fue evidente que en el caso “Muiña” la Corte denegó y refutó antecedentes judiciales que son precisados para una conducta jurisprudencial uniforme y afianzada, que desde décadas atrás alienta a la inclusión de los principios del derecho internacional y los derechos humanos en los procesos judiciales internos de crímenes de terrorismo de Estado, haciendo mención a las leyes 26.200 y 27.156 que prohibieron el otorgamiento de indultos, conmutaciones de penas y amnistías, para delitos de lesa humanidad.

Por otro lado, a la vista de algunos doctrinarios, el fallo Muiña es incongruente con relación al derecho internacional de los derechos humanos, pues sus consecuencias conllevan a un tipo de impunidad, cuando deciden aplicar la disminución de la pena para los autores y coautores de delitos de lesa humanidad, independiente del trato que se le pudiera dar a la imposición de la sanción, dándole menor relevancia a la gravedad del delito que está siendo juzgado.

De igual manera, han considerado que el voto de la mayoría también lleva implícito fallas de interpretación originando una decisión errada del fallo. La Corte aplicó la ultractividad del “2 por 1” al haber interpretado que la ley únicamente mantenía vigencia entre la comisión de los delitos y el momento de establecer la condena, cuando la interpretación debió tener sus bases en la ley más favorable. Esta explicación no consideró que en el tiempo de vigencia del “2 por 1” tutelaban las leyes de obediencia debida, siendo inviable la persecución penal de los autores de esos delitos y convirtiendo así a Luis Muiña en el titular de un doble beneficio. Este impedimento para aplicar en aquella oportunidad la ley penal a los autores de terrorismo de Estado hace imposible imponer el principio de la ley penal más favorable, establecida en el artículo 2 del Código Penal.

Sin embargo, para Gustavo Arballo, en el fallo Muiña no había razón para aplicar el 2x1, pues había otras leyes vigentes más favorables excluyendo las que se den como la ley 24.390, donde los lapsos de la acción penal se vieron imposibilitada por leyes de amnistía, que posteriormente fueron decretadas nulas. No se debe ostentar la presencia de un beneficio indeterminado, disgregándolo de su base, y la imputación que pudiera provocar la detención. (CELS, 2017)

No obstante, muchos críticos de este fallo enfatizaron que la aplicación ultractiva del “2 por 1” proviene directamente de que los autores de terrorismo de Estado se hayan beneficiado por más de 20 años de las leyes de obediencia debida. Para cuando fue sancionada la ley 24.390, ya los responsables de estos delitos debieron estar procesados y privados de libertad, pero esas leyes no lo permitieron. Los que se apropiaron del Estado y consumaron crímenes de lesa humanidad no pueden

usar en su beneficio el tiempo en que no pudieron ser investigados, pues este tipo de delitos no prescribe. Tampoco deben beneficiarse con la disminución de la pena, porque el transcurrir de ese tiempo, es producto de las leyes de obediencia debida.

Igualmente, por el tiempo que pasó desde que fueron cometidos los delitos hasta el momento en que fueron reanudados los juicios, los que se beneficiarían de la ultractividad del “2 por 1” eran los inculcados por los delitos de lesa humanidad. Quiere decir, que haber disfrutado de ilegalidad durante 20 años les continuaría otorgando beneficios; aparte habría que adicionarle la diferencia que origina esta aplicación extraordinaria en relación a los penados por delitos comunes. Estos son motivos capaces para denigrar moralmente el fallo de la Corte, además de resultar contrario a los fundamentos que sostienen los principios para juzgar los crímenes de Estado. Finalmente se ha podido afirmar, que la Corte Suprema, con este caso, abrió la brecha de legitimidad hacia el proceso de verdad y justicia como característica de política de Estado. (CELS, 2017)

De tal manera que este fallo va en contra de los principios internacionales de derechos humanos. La Corte Suprema ya aceptó en las causas de “Simón y Mazzeo”, que cuando los tribunales internos examinan delitos que son una trasgresión a las leyes penales argentinas y crímenes internacionales, el accionar deberá ser enjuiciado en función de las normas internas e internacionales que puedan ser aplicadas. Y, era de esa forma que la Corte debió aplicar la ley del “2x1” a un penado por delitos de lesa humanidad.

No obstante, la decisión de la mayoría dilucidó de forma equivocada el derecho internacional y mantuvo su postura para que fuera aplicado así en todos los casos, con el fundamento de la ley penal más favorable.

Ahora bien, la sanción impuesta debió ser apropiada y proporcional a la gravedad del delito, porque es deber internacional del Estado enjuiciar y castigar los delitos de lesa humanidad de forma apropiada. Es por eso que con estas críticas, sostengo que es obligatorio revisar la sanción impuesta en base al principio de proporcionalidad que se funda en la exigencia de dicha proporcionalidad con respecto a la gravedad de los delitos. Bajo la tutela de estos principios, está prohibido otorgar beneficios a los penados por delitos de lesa humanidad que envuelvan la posibilidad de disminuir la pena que la vuelva inadecuada.

En tal sentido, podemos interpretar que la decisión de esta causa va en contra de esta prohibición, sus consecuencias por la aplicación del “2 x 1” conlleva la conmutación de la pena que no está acorde con los principios de sanción apropiada y proporcional. Además, este punto no fue considerado por ninguno de los votos que integraron la mayoría de la sentencia. Los tres jueces excluyeron tan siquiera la posibilidad de revisar las consecuencias que podrían originar la aplicación del “2 por 1” a los inculpados por delitos de lesa humanidad y de verificar si la disminución de la pena era compatible con el tipo de pena adecuada contenidas en el derecho internacional. (CELS, 2017)

Y por último es relevante acotar que, en el espacio regional, la Convención Interamericana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, con la intención de prevenir y sancionar la Tortura han establecido ambos

principios, como pautas principales que surgen de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de fallos emanados por la Corte Interamericana.

## **2.2. Fallo del Tribunal Oral Federal Nº 2**

Con respecto al imputado en el caso Muiña, fue enjuiciado por delitos de privación ilegítima de la libertad y tormentos agravados, del tipo de delitos de lesa humanidad. A inicios del año 2007, fue recluido en forma preventiva, y condenado más tarde a trece años de prisión. El cómputo del lapso de detención se realizó de acuerdo con la fórmula del “dos por uno”, establecida en el artículo 7 de la ley 24.390, que fue derogado en 2001, con fundamento a la aplicación de la ley penal más benigna contenida en el artículo 2 del Código Penal.

Cabe destacar, que durante el lapso en que tuvo lugar la perpetración del hecho y mientras era dictada la sentencia, la ley 24.390 estaba en vigencia. La modalidad en que se realizó el cómputo del lapso de detención preventiva fue refutada por el Ministerio Público Fiscal. Y, la Sala IV de la Cámara de Casación Penal declaró dar lugar al recurso del fiscal.

Por ello, se considera que la aplicación de la ley penal más benigna tiene sus bases en la presencia de un cambio en la apreciación de la acción imputada y en este caso la ley 24.390 no cambió la apreciación de los delitos que le fueron imputados al procesado, y los delitos que fundamentaron el fallo condenatorio fueron ejecutados previamente al momento en que fue sancionada la ley 24.390. (MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, s.f.)

Ahora bien, de acuerdo a la investigación judicial encabezada por el juez Daniel Rafecas se lo encontró culpable por los delitos de privación ilegal de la libertad y la imposición de torturas a múltiples víctimas, entre ellas la de cinco trabajadores del establecimiento asistencial: Gladys Evaristo Cuervo, Jacobo Chester, Jorge Mario Roitman, Jacqueline Romano y Marta Elena Graiff.

No obstante, este juicio derivó en el año 2011 en una sentencia para Muiña de 13 años de prisión por ser encontrado culpable de ser “coautor del delito de privación ilegal de la libertad cometido por funcionario público con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, agravado por el uso de violencia o amenazas, en concurso ideal con el delito de imposición de tormentos en relación con las condiciones de cautiverio impuestas, en concurso real con el delito de imposición de tormentos por un funcionario público al preso que guarde” .

Sin embargo, dicho fallo se da luego de que cinco de las víctimas lo reconocieran en el juicio, entre ellos Gladys Cuervo, quien se desempeñaba como enfermera a cargo del servicio de traumatología del Hospital Posadas, que relató en el Juicio a las Juntas Militares del año 1985 que el condenado Luis Muiña, junto a Juan Copteleza y Oscar Tevez que participó de su interrogatorio en una de las oficinas de “El Chalet” bajo tortura.

En cambio, otras jurisprudencias resumen los hechos del fallo in comento de la siguiente manera: La controversia comienza el día en que fue dictado el fallo por el Tribunal en el que Luis Muiña fue condenado con sentencia firme a trece años de prisión como coautor del delito de privación ilegal de libertad ejecutado por funcionario público abusando de sus funciones, con la agravante del uso de la

violencia y amenazas, conjuntamente con la acción del delito de provocación de tormento durante el cautiverio a que fue sometida la víctima, en forma sistematizada en 5 ocasiones; actos ejecutados en la época de dictadura militar y siendo calificados como delitos de lesa humanidad. Hicieron énfasis en resaltar que durante la práctica de uno de estos actos punibles la víctima Jorge Mario Ritman, estuvo desaparecido inclusive hasta la fecha en que dictaron el fallo condenatorio. (Olavarría, s.f.)

Una vez que la sentencia es firme, se efectuó el computo de pena, comprobando para ese momento que Muiña estaba detenido desde el 1 de octubre del 2007, siendo entonces aplicable para él, la ley más favorable de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 24390, trayendo como consecuencia un cambio en la fórmula del cómputo de la pena, pues debía incluirse todo el tiempo en que estuvo detenido el imputado hasta la fecha de la sentencia firme. Sin dejar de considerar que los hechos por los que Muiña fue condenado tuvieron lugar antes de la sanción de la ley 24.390, en noviembre del 1994, y la disposición contenida en el artículo 7, fue derogado por la ley 25.430 en el 2001.

Es decir, fue condenado después de la derogación del artículo in comento. Además, hay que destacar también, que Muiña fue privado de libertad bajo la figura de prisión preventiva muchísimo tiempo después de derogado el artículo 7 de la ley ut supra mencionada.

No obstante, aparte de utilizar los medios de impugnación locales, luego el defensor de Muiña reclamo el computo de la pena aplicado conforme al referido artículo 7, frente a la Corte Suprema, manifestando que el fallo dictado por la

Cámara de Casación Penal implicaba un acto nocivo al principio de legalidad, al derecho de igualdad y a la retroactividad de la ley. (Olavarría, s.f.)

### **2.3. Interpretación de la Ley penal**

En relación a la interpretación de la ley penal, de cómo darle sentido y alcance al espíritu de la ley; es decir, como un trabajo completo que impone darle sentido abstracto a la regla legal; para comprender la ley y su contenido frente al caso que se tenga que decidir o la aplicación de la ley a que haya lugar. (HASSEL, s.f.)

Es decir, ante la ley esta una vida a la que hay que aplicarle la norma; y para eso debe ser interpretada. De tal modo que es necesario interpretar la ley y a pesar de que su contenido es único la interpretación indefectiblemente tiene que variar de acuerdo al intelecto de quien la realiza.

Ahora bien, anteriormente había un criterio restringido para interpretar las leyes penales, como los sustentados por Carrara y Beccaria entre muchos otros. Sin embargo, estas opiniones fueron mejorando con la experiencia jurídica a través del tiempo, se fraccionaron los poderes del Estado; es decir, se terminó el régimen en donde el Juez era el que creaba, aplicaba, y dictaba las sentencias, logrando obtener un Estado de Derecho mediante el cual a medida que surgían necesidades o requerimientos la ley era interpretada.

Ahora bien, los métodos de interpretación de las leyes son iguales en todas sus ramas, lo único que la diferencia con otras ramas del derecho es en la escogencia de la norma que le sea más favorable al procesado, eliminando el uso de la analogía

o de los principios generales del Derecho, porque no podemos tipificar una acción punitiva si esta no ha sido establecida en la ley. Por lo tanto los vacíos que pudieran presentarse en la interpretación de la ley penal no son válidos en el campo. (Martínez J., 2017)

Sin embargo, hay varias clases de interpretación. Pero primero se ha considerado relevante revisar los principios que rigen la interpretación de la ley penal:

- **Principio de la personalidad de la pena:** Establecido en el artículo 103 de la Constitución Nacional y en el párrafo tercero del Convenio sobre Derechos Humanos de cuya lectura se desprende que la acción punitiva del individuo es personalísima, en ese sentido, no podrá ser transmitida a ningún miembro del núcleo familiar. Por lo tanto la sanción tipificada por la comisión del hecho deberá ser cumplida por su autor hecho. Es decir, el contenido de tal principio, protege a cualquier persona cercana al autor del hecho, las consecuencias de tales actos deberán ser asumidas personalmente.
- **Principio "in dubio pro reo":** Su finalidad es el establecimiento de pautas para la interpretación de la ley penal, haciendo resaltar que ante cualquier duda en su aplicación, siempre será resuelta en función de lo que más favorezca al inculcado. Es decir, en la comisión de un único hecho punible, podrán presentarse más de un camino para tipificar la acción en algún tipo penal establecido, pero siempre entre ambas normativas deberá ser

escogida la más benigna. Tal como está fundamentado en el artículo 1° del Código Procesal Penal. (HASSEL, s.f.)

- **Principio de interpretación analógica:** Antes de explicar este principio, han dejado sentado, que no se refiere al uso de la analogía. Si no que el ejercicio de la interpretación analógica, tiene lugar cuando en ciertas normas hay algún término al que se debe buscar su interpretación analógica, bien sea en el mismo código penal o en otros. Para su comprensión se ha presentado como ejemplo, el artículo 162 del Código Penal que dice: el que tome una “cosa” (la palabra “cosa” está definido en el código civil) o en el caso particular del artículo 167 robo en “banda” (“banda” la palabra está definida en el Código Penal). Es decir, debemos conocer la intención del legislador, resaltando que debe encuadrar el tipo de delito establecido en la norma, y contener todos sus elementos, de lo contrario no puede ser considerado como delito.
- **La Analogía Penal “in bonam partem”:** Corresponde a uno de los medios utilizados para resolver una causa penal y sólo procede cuando la acción punitiva no esté expresamente tipificada en la ley siempre y cuando sea favorable al reo, caso contrario violaría el principio de legalidad. Es así entonces que es resuelto valiéndose de las similitudes con otras causas parecidas y que la ley va a dilucidar poniendo en práctica las bases del orden jurídico ampliamente en cuanto sea a favor del reo. Con el uso y la práctica de la analogía, se ha podido comprobar la voluntad de las acciones no establecidas en la ley y que los jueces podrán tomar en consideración para juzgar al implicado cuando dicha herramienta le sea beneficiosa. Es válido el

uso de la analogía conocida como "in bonam partem", que ha permitido interpretar la ley penal a través de ella, en algunos casos en que la misma norma no lo ha permitido.

Afecta muchísimo al procesado, la limitación del uso de la analogía, por aquello de la aplicación de la ley más benigna. Además, a través de ella se puede frenar la participación punitiva del estado, es decir, prohíbe la aplicación de la ley penal analógicamente cuando esta establezca la responsabilidad penal porque precisan la acción punitiva o la agravan en algunos casos. (HASSEL, s.f.)

En relación al tema de la analogía, Fontán Balestra ha sostenido que no está permitida en el campo penal, por presentar muchas lagunas y los vacíos en las leyes equivalen a libertad, pues en los casos donde la comisión del hecho punible no encaja en alguno de los tipos penales los jueces estarían obligados a dejar en libertad al procesado, bajo la premisa del cumplimiento de la ley penal e indicar las acciones sujetas a una sanción y procurar que las demás no resulten penadas.

- **La Analogía Penal in malam partem:** A diferencia del campo civil donde pueden resolver controversias con el uso de la analogía, en materia penal no está permitido la aplicación de leyes análogas en los supuestos en donde la analogía se presenta como una aplicación de una norma contraria al reo, debido a que la misma vulnera el principio de legalidad la cual la prohíbe claramente. Se ha tratado de explicar a través del siguiente ejemplo: Tipo penal: dado C, entonces D, es necesario la presencia de los elementos tanto subjetivo como el objetivo, es decir, C es la intención, y D la realidad. Ambos

necesariamente deben existir en el accionar del individuo. Con la ausencia de alguno de ellos el hecho no se podrá encajar en la acción punitiva. (HASSEL, s.f.)

- **Principio de legalidad y reserva:** Es conocimiento de todos que el derecho penal es parte integral del derecho público privado. Ahora bien, el estado es de gran valor y jerarquía para el derecho público, mientras que en el derecho privado el estado tiene como función mediar entre las relaciones de los particulares. Pero en el derecho penal el Estado es el sujeto activo, encargado de sancionar la comisión de hechos delictivos a través de los jueces y tribunales. De igual forma es comparado con el derecho constitucional, que es quien ha tenido la potestad de regular los poderes del estado y su relación con los particulares.

Estos principios de legalidad y de reserva nacen porque el derecho penal es una rama del derecho público y, por ende, sus normas deben estar insertos en los principios de la Constitución.

- **Principio de reserva:** De conformidad con el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la segunda parte se dispone que ningún sujeto puede ser obligado a ejecutar acciones que la ley por mandato así lo exija, este es un principio que va a tutelar todas las ramas del derecho, y guarda relación con el argumento de que en el derecho penal no hay lagunas, pues lo que no está prohibido es permisivo y esto se relaciona con la exclusión de la analogía, que está eliminada porque el artículo al que se ha hecho referencia así lo prohíbe.

- **Principio de legalidad:** De acuerdo con este principio, ningún natural de la Nación puede ser sancionado sin la celebración previa de un juicio previo razonado conforme a ley anterior, como tampoco podrá ser juzgado por la comisión de actos especiales, o cambiarle los jueces que le hayan sido designados previamente por la ley antes del hecho de la causa. La irretroactividad de la ley contiene una excepción establecida en el artículo 2 del Código Penal: cuando la ley vigente al momento de ejecutarse el delito resultare diferente de la que está vigente al dictarse sentencia o en el tiempo intermedio, se deberá aplicar siempre la más favorable. (HASSEL, s.f.)

Ahora si el inculpado estuviere cumpliendo y le fuere aplicada la ley más favorable, deberá imponerse la pena contenida en esa ley. En todos los supuestos del artículo 2 del Código Penal, las consecuencias de la reciente ley se utilizarán de nuevo derecho, de conformidad con el ámbito de validez de la ley penal.

- **Principio de humanidad:** Se refiere al equilibrio que debe haber entre la pena impuesta y la acción del sujeto, es por ello que cada delito tiene una pena distinta. Por ejemplo, el robo tiene una pena diferente al genocidio. Porque los tipos de penas contenidos en el artículo 5° del Código Penal, inhabilitación, prisión, reclusión, o multas, son concretos, es decir, no podrán imponerse otras diferentes, estableciendo la prohibición taxativa la práctica de tratos humillantes y vejatorios, torturas, u otros parecidos.

### **Reglas que rigen la interpretación**

Sin importar quién sea el intérprete de ley y el medio de interpretación, son efectivos los principios generales que deben considerarse:

- Hay que investigar la intención de la ley, apreciada objetivamente. Cuando se presentan diferencias entre la proposición del legislador y lo que arroja el texto de la ley, debe prevalecer el texto. (HASSEL, s.f.)
- Se debe considerar el tiempo de aplicación de la ley, y no el de su creación.
- Resulta indispensable observar cual es la finalidad presente de la ley, y el fin buscado por el ordenamiento jurídico.
- La norma debe evaluarse sin dejar de tener presente que percibe limitantes y es afectada por las demás normas.
- Cuando una norma es interpretada su finalidad es revisar el sentido real de la ley y no el de favorecer o lesionar al procesado.

### **Clases de Interpretación de la Ley Penal.**

- **Interpretación auténtica:** Es la forma de interpretación realizada por el creador de la ley quien debe realizarla para precisar su sentido y alcance. De tal manera que esta interpretación se encuentra plasmada en el texto de otra ley.
- **Interpretación Judicial:** Esta es efectuada por el Juez con la finalidad de aplicar la ley al caso específico, tomando en consideración el espíritu de la norma. Este tipo de interpretación también es conocida como jurisprudencial por el hecho de ser realizada por los órganos jurisdiccionales. (HASSEL, s.f.)

- **Interpretación Doctrinal:** Tal como su nombre lo expresa, la hacen los doctrinarios del derecho en su labor de dilucidar el texto de las leyes penales y tiende a sujetarse a los principios jurídicos. Sin embargo, esta modalidad de interpretación no es de carácter obligatorio.

Al hacer referencia a esta clase de interpretación, la Corte Suprema de Justicia Nacional, en su mayoría, esbozó un planteamiento en cuanto a la figura del defensor, resaltando el contenido de la norma contenida en el artículo 2 del Código Penal: “cuando la ley vigente al momento de ejecutarse el delito resultare diferente de la que está vigente al dictarse sentencia o en el tiempo intermedio, se deberá aplicar siempre la más favorable”, mientras el artículo 3 nos dice: “Para realizar el computo de la prisión preventiva para el penado, en presencia de dos leyes, deberá utilizarse siempre la ley más favorable”.

Con respecto a la interpretación de ambas normativas, la corte sostuvo, se debe hacer en base al contenido preciso de la norma, y que el término “siempre”, utilizado en el artículo 2, y su aplicación a todas las causas, será decisión del legislador con fundamento principio de la ley más favorable.

Y, este ha sido considerado el error de interpretación de la Corte, porque aun cuando había que realizar la interpretación literal de la norma jurídica, esta debe compaginar correctamente con todo el ordenamiento jurídico que rige el sistema normativo. Y si todavía hubieran quedado dudas respecto al alcance de la norma, tendría que haberse revisado causas anteriores y similares, celebrando discusiones

con el resto de los parlamentarios con la finalidad de recuperar el espíritu de la norma debatida. (Olavarría, s.f.)

Porque la simple interpretación literal de la norma podría traer como consecuencia el choque normativo entre diferentes principios jurídicos. Por lo que se hizo alusión a la reforma de la constitución nacional de argentina en el año 1994, en la cual fueron incluidos los tratados internacionales de derecho humanos en el inciso 22 de su artículo 75, y uno de ellos fue la Convención Americana de Derechos Humanos.

Producto de esta modificación positiva de la constitución a la referida Convención en el sistema Jurídico, nació la exigencia de ajustar la norma al derecho y los principios establecidos por la Convención Interamericana. De allí, surgió la decisión de crear la Ley 24.390 con la finalidad de sistematizar el principio de “plazo razonable” que fue reconocido internacionalmente de conformidad con el artículo 7.5.

Frente a estas premisas, la intención era darle un freno a una gran cantidad de causas cuyos procesos eran muy extensos, con lapsos de prisión preventiva igualmente excesivos, trayendo como consecuencias nefastas, un incremento acelerado y progresivo de reclusos en las cárceles argentinas y la violación al principio que reza en el artículo 18 de la Constitución Nacional que establece “las cárceles de la Nación deberán estar sanas y limpias, en beneficio de los imputados y proporcionarles seguridad a quienes permanezcan en ellas”, no debe prevalecer la intención del doble castigo, ni excusas implícitas para atormentarlos porque serán

responsables aquellos jueces que así lo impongan, tal como es regulado en el artículo 18 de la constitución nacional. (Olavarría, s.f.)

Es decir que el objetivo de poner término a la duración de la prisión preventiva, y al contenido del artículo 7 que ha hecho referencia a la novedosa fórmula para realizar el cómputo de la pena, tuvo como eje el interés político de lograr limpiar las cárceles y disminuir su población.

Y, es que la cantidad de detenidos sin haber sido procesados era muy alta para aquel momento, lo que impulso al legislador del año 94 a la promulgación de la ley 24.390, con la finalidad de establecer lapso prudente para la duración del proceso y la prisión preventiva, en la cual reglamentaron como tiempo máximo de duración de juicios, dos años, quedando establecido el tiempo de prisión preventiva por el mismo lapso, agraciando al procesado con el beneficio de solicitar nuevo cómputo de pena si ese plazo establecido hubiera sido superior al tiempo que el penado estuvo detenido. La condición para beneficiarse de este nuevo cómputo es que se haya dictado sentencia firme, o explicado de otra manera, que el procesado haya dejado de considerarse como inocente.

A consecuencia de este razonamiento se dio lugar a las críticas en cuanto a la aplicación del artículo 7 de la mencionada ley 24.390, generando la interrogante de cual interpretación constitucional y tradicional había surgido que esta norma formula el principio de plazo razonable e inocencia.

Para lo cual la mayoría de la Corte fundamento que la ley 24.390 había sido sancionada cuando el Pacto de San José de Costa Rica le había sido otorgado

rango constitucional y la intención era darle operatividad al instrumento internacional. Es por eso, que el artículo 9 de la ley ut supra mencionada, lo que buscaba era reparar el daño a quienes estuvieron detenidos preventivamente durante todo el tiempo que duro el proceso y sin que se hubiera dictado sentencia firme, debiendo haber suspendido la detención preventiva, tal como estaba estipulado en el artículo 7, punto 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Olavarría, s.f.)

Ahora bien, aceptando que la Ley fue creada para reglamentar el plazo razonable de detención preventiva establecido en la Convención Americana, resultar difícil interpretar como puede conjugar esta garantía con el artículo 7 de la Ley 24.390, cuando de mera lectura resulta contradictorio con los principios reconocidos en la Convención.

Porque para efectuar el cómputo previsto en la discutida normativa, es preciso que se dictara sentencia condenatoria firme, esto ha querido decir, que no puede haber algún recurso pendiente por aplicar, es decir, que la sentencia ya no puede ser impugnada. Si la sentencia es firme, uno de sus consecuencias es que el procesado ya perdió esa calificación y se convirtió en condenado, lo cual ha permitido en esa etapa afirmar contundentemente que el procesado es responsable penalmente por el delito que fue juzgado.

Al comprobarse la culpabilidad del sujeto, el juez que ha dictado el fallo, tenía todos los elementos probatorios, para determinar la proporción de la pena que le correspondería al delito por el cual debió ser condenado el procesado. Y, para el fallo de Muiña por ejemplo, la determinación de la pena fue realizada por el Tribunal

Oral en lo Criminal Federal Nro. 2, en el cual se impuso una pena de 13 años de prisión. (Olavarría, s.f.)

Si, la finalidad principal de la prisión preventiva es asegurar la presencia del procesado durante la celebración del juicio, para evitar que este impida investigar la verdad, independientemente que durante su celebración se compruebe que es culpable y así lo demuestre la sentencia firme, entonces no se explica por qué debe ser recompensado cuando ya ha sido comprobada su culpabilidad. Qué sentido tenía crear una norma de esta índole para garantizar un plazo razonable y además, cuál sería la conexión establecida entre el cómputo y el plazo razonable.

Ahora bien, ha resultado razonable interpretar que el cómputo no guarda relación alguna con el hecho de establecer la garantía del plazo razonable. Porque si el sujeto fue considerado responsable después, lo razonable era reconocerle el tiempo que se mantuvo detenido en forma preventiva rebajándole ese lapso a la pena que le fue impuesta, y es que no es razonable devolver a un penado un tiempo de prisión que no ha cumplido, además esto no está establecido en ningún tratado internacional.

En tal sentido que, computar un día de detención preventiva equivalente a dos de prisión efectivamente cumplidos, es efectuar un cálculo ficticio en beneficio del condenado con fundamento de una norma que no ha sido admitida en los tratados internacionales, por resultar contraria al razonamiento o interpretación del Juez inicial que efectuó la determinación de la sanción punitiva, además este cómputo va en contra del principio de proporcionalidad de la pena y el principio de lesividad del bien jurídico protegido. (Olavarría, s.f.)

Como última opción si al sujeto le fue dictada sentencia firme condenatoria, entonces pudo ser considerado como un error judicial, y esta posibilidad si es reconocida por los tratados internacionales. Resultando como cierta esta opción, el sujeto deberá ser resarcido, porque aún con una sentencia firme de condena no se ha quebrantado el principio de inocencia pues se llegó a esta instancia del proceso por un error judicial.

Este derecho a ser resarcido se encuentra establecido en el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos al enunciar que: “Los sujetos tendrán derecho a ser indemnizados de conformidad con la ley, cuando hayan sido condenados con sentencia firme por error judicial.

En conclusión, aun cuando la intención de aquellos legisladores fue normalizar la garantía del plazo razonable mediante la ley 24.390, no ha sido posible obtener alguna relación razonable y lógica entre la creación del artículo 7 de la ley y la garantía, más bien, resulta violatorio al principio de proporcionalidad de la pena con respecto al bien jurídico lesionado.

De tal modo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha beneficiado a un condenado por un crimen de lesa humanidad amparado en una norma que estuvo muy lejos de cumplir con las reglas de los principios consagrados por la Convención Americana de Derechos Humanos, pues va en contra del principio de proporcionalidad de la pena y el principio de lesividad de conformidad con el artículo 19 de la Constitución Nacional) (Olavarría, s.f.)

- **Principio de irretroactividad de la ley penal:**

Este principio tiene rango constitucional, de tal manera que puede ser aplicado a hechos que se hayan cometido luego de la vigencia de la ley, salvo en los casos en que se refiera a la ley penal más favorable, en cuyo caso debe ser aplicada toda legislación que, se tenga vigente después de haber tenido lugar la comisión del hecho punible, y en la que se ubique una pena más leve.

Ahora, una vez establecido el momento de la comisión voluntaria del hecho punible, se deberá aplicar la ley vigente para ese momento, a menos que la ley posterior resultará ser más favorable, en ese caso habría que aplicar el contenido de la norma del artículo 146 del Código Penal, de conformidad con el texto de la ley 11.179, pues la aplicación de la ley 24.410 realizada por el tribunal a quo es violatoria al principio de irretroactividad de la ley penal de acuerdo al art. 18 de la Constitución Nacional.

Frente a las diferencias entre el principio de irretroactividad que beneficiaba al perpetrador del hecho punible contra el derecho de gente y el principio de retroactividad presente en las normas tradicionales en relación a la no prescripción, se ha interpretado que el que deberá aplicarse es este último, pues esta adherido a las normas imperativas de justicia tan innegable que nunca han podido crear la duda en la conciencia jurídica de la humanidad. (PENAL, s.f.)

A pesar de que pudiera reconocerse los actos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, no hay ningún tratado internacional que consagre la no prescripción de esta acción penal obtenida de aquéllos y que relacione a Argentina, como sería imposible lograr un resultado parecido aplicando el derecho de gente acostumbrado, porque eso no justificaría apartar el principio de irretroactividad de

la ley penal, que es una conquista de la civilización jurídica, incluida en reglas jurídicas universales cuya aceptación data de mucho más de 200 años.

Este principio de irretroactividad de la ley penal, es utilizado cuando la nueva ley resulta ser más estricta y lesiva para el procesado. De tal manera, que la Convención sobre la no prescripción de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de lesa humanidad han reconocido una unión razonable entre no prescripción y retroactividad. Y, con respecto al inconveniente existente entre el principio de irretroactividad que beneficiaba al responsable del delito contra el derecho de gentes y el principio de retroactividad de las normas tradicionales relacionadas con la no prescripción, se afirmó que se antepone este último, que protege las normas imperativas de justicia tan claras que nunca han podido poner en duda la conciencia jurídica de la humanidad. (PENAL, s.f.)

### **Criterios de interpretación de la ley penal en el caso Muiña**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación el día 3 de mayo de 2017 da a conocer el fallo “Muiña” en el cual declaran como aplicable el artículo 7º de la derogada ley 24.390 a los casos en los que se juzguen delitos de lesa humanidad, entendiéndolo como la más benigna para el imputado (siguiendo al artículo 2º del Código Penal). Este fallo se dio por el voto de la mayoría compuesta por la Dra. Elena Highton de Nolasco y los Dres. Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti en desmedro del voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti, con los fundamentos que se pasará seguidamente a enumerar.

Según el razonamiento de la mayoría se entiende que el hecho cometido por Luis Muiña fue cometido en el año 1976 y la condena en el año 2011, por lo cual en tiempo intermedio (1994) se sanciona una ley penal que resulta más beneficiosa para el imputado (Art. 7º de la ley 24.390), la cual tuvo vigencia desde el año 1994 al año 2001 y por lo tanto le corresponde la aplicación de los beneficios de legalidad e igualdad dando así curso al beneficio del 2x1, el cual marca que transcurrido el plazo de dos años en prisión preventiva, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

Dicha interpretación que hace la mayoría de la Corte es la llamada “interpretación literal” la cual aplica al pie de la letra lo que dispone la ley, esto se extrae del considerando del fallo en el artículo 7º que menciona que “(...) la primera interpretación de la ley es su letra, sin violentar su significado específico, máxime cuando aquel concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente”.

Ahora bien, si seguimos este razonamiento no corresponde hacer distinción en que los delitos como la privación ilegítima de la libertad, la desaparición forzada, la supresión o alteración de estado civil, el abandono de familiar, la detención arbitraria, la usurpación de mando, la tenencia ilícita de armas, etc. por sus características son delitos permanentes debido a la prolongación de la acción delictiva a lo largo del tiempo, y le conceden un beneficio que es propio de los delitos de comisión instantánea, marcando que según el art. 2º del Código Penal y el art.

24° inc.2 del Estatuto de Roma<sup>9</sup> se debe contemplar la garantía de aplicar siempre las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Con el adverbio “SIEMPRE” también hacen una interpretación taxativa, ya que según la mayoría, esta acepción no deja lugar a dudas respecto de su intención de extender la benignidad normativa para todos los supuestos, esto también aparece en los considerandos del fallo en la que refuerza esta línea interpretativa diciendo que:

“(…) el legislador, único sujeto jurídico habilitado para hacerlo, no previó un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de los arts. 2 y 3 del Código Penal a los delitos de lesa humanidad. Y lo que no hizo el legislador no lo puede hacer el juez, debe interpretarse que los términos utilizados en la redacción de la norma no son superfluos, sino que han sido incluidos en ella con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos” (Artículo. 7º del considerando del fallo).

Otra consideración que hace la mayoría de la Corte es el cambio de valoración en la naturaleza del delito (lesa humanidad) aceptando el beneficio de computar la prisión preventiva, marcándola como un beneficio material y que por ende le corresponde la aplicación ultractiva por ser más beneficiosa para el imputado. Quizás aquí es la interpretación más polémica de los argumentos de la mayoría debido a que aplican un criterio que es beneficioso para una persona que

---

<sup>9</sup> El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.- [www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/.../lecciones-y-ensayos-78-paginas-391-413.pd...](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/.../lecciones-y-ensayos-78-paginas-391-413.pd...)

cometió un delito de lesa humanidad y argumentan que un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes.

Finalmente, se trata de hacer un falso paralelismo con los antecedentes Arce<sup>10</sup> y Cano<sup>11</sup>, cuya comparación no resulta procedente debido a que estos precedentes sí habían sido cometidos durante la vigencia de la ley 24.390 y por ende existe un argumento más sólido para que corresponda la aplicación del beneficio.

La minoría disidente integrada por Lorenzetti y Maqueda utiliza una variación de interpretación, por la cual un Juez a la hora de fallar no solo debe tomar en cuenta los argumentos jurídicos con los que dispone, sino que debe dar una sentencia que sea ejemplificadora y provechosa para la sociedad que integra, debido a que no puede dejar de lado las consecuencias que tienen sus resoluciones.

El presidente de la Corte fundamenta que el cómputo de la pena en el caso Muiña no puede reducirse a un mero cálculo matemático debido a que el mismo alteraría la justa sanción de la pena, la cual fue otorgada teniendo en cuenta la gravedad del hecho. Esto aparece claramente en el artículo 19º del considerando del fallo, segundo y tercer párrafo, el cual menciona que:

---

<sup>10</sup>C.S.J.N. "Arce, Enrique Herminio s/homicidio agravado al ser cometido con ensañamiento, etc.", Fallos 331:472 (1997)

<sup>11</sup>C.S.J.N. "Cano, Gustavo Germán s/ ejecución de sentencia - causa n° 1358/02/1

Acoger la pretensión del 2x1 aparejaría la desnaturalización de la sanción que le fuera oportunamente fijada como adecuada luego de una valoración particularizada de la gravedad de los delitos por los que se lo condenara, así como de su grado de culpabilidad.

Con esto marca una clara postura de que independientemente de la letra de la ley, el tribunal jamás debe dejar de lado que el delito del cual se trata es de lesa humanidad, lo cual tiene una extrema gravedad por la que no le correspondería la aplicación de dicho beneficio debido a que el mismo rompería con la adecuada sanción por la actitud delictiva de que se trata.

Con este argumento la minoría lo que hace es marcar que frente al choque normativo que se da entre la adecuada sanción y la aplicación de ley penal más benigna, debe primar siempre la primera sin excluir a la segunda pero sí considerándola como un principio fundamental de todo fallo del tribunal superior.

Seguidamente la minoría establece que el delito de privación ilegítima de la libertad tiene el carácter de permanente debido a que el imputado está aceptando tácitamente la ley vigente al momento de la condena dada su continuidad en el tiempo. Otro punto que tiene en cuenta, es que para conceder el beneficio de la ley 24.390 el imputado tendría que haber sufrido el exceso de prisión preventiva (superior a dos años) mientras estaba en vigencia dicha ley; sin embargo, en el caso Muiña el encarcelado recién ingresó en el año 2007 a prisión, época en que la ley 24.390 ya se encontraba derogada. Esta acepción es fundamental ya que la mayoría lo que hace es dejar asentado que la naturaleza jurídica que tuvo la ley 24.390 en su artículo 7º es de tipo procesal y no puede cambiar la valoración del

delito, sino que su función fue la de limitar los excesos existentes en la prisión preventiva y no así la reducción de la pena sobre todo en delitos de la envergadura de la que tratan los de lesa humanidad.

Con respecto a la valoración sobre los delitos de lesa humanidad que refiere la minoría de la Corte, en el artículo 17º de los considerando, párrafo cuarto y quinto, marca que el fallo no debe desconocer la clasificación de delito permanente de la que se tratan los delitos de lesa humanidad, por lo cual aquí no ocurre una sucesión de leyes de las cuales debe aplicarse la más benigna<sup>12</sup> sino que debe aplicarse la ley vigente en el último tramo de la conducta punible, desestimando así el falaz argumento de la defensa en la que se cita al antecedente Suarez Rosero<sup>13</sup> del cual se desprende que el inculpado no puede tener acceso a un beneficio que sí tienen quienes cometen “delitos comunes”. Así, lo erróneo de tal argumento se halla en que:

“Muiña no se ve formalmente impedido de acceder a este régimen en razón de haber sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad, sino sencillamente porque, por las razones expuestas precedentemente, se ha establecido que el artículo 7 de la ley 24.390 no resulta aplicable a su caso” (Art. 18º de los considerando del fallo). (CELS, 2017)

---

<sup>12</sup> Art. 2º, Código Penal de la Nación (1984)

<sup>13</sup> Corte I.D.H., Sentencia de Reparaciones Suarez Rosero vs. Ecuador, del 29 de Mayo de 1999.

Además la minoría define la clara postura de que los delitos de lesa humanidad por sus características son imprescriptible<sup>14</sup>, inadmisibles<sup>15</sup> e inindultables<sup>16</sup>, y deben ser juzgados y castigados adecuadamente según lo marca la doctrina, la legislación vigente y respectivas suscripciones a Pactos de carácter internacional.

### **1.1. Ley penal más benigna**

La determinación de la ley más benigna o más favorable está sujeta a dos circunstancias legales que se producen a consecuencia de una reforma de la ley, después de la comisión de un delito. Generalmente el cotejo es directo con el caso juzgado.

Cuando el cotejo es realizado entre penas de del mismo género, no hay inconvenientes, porque será utilizada la pena con menor sanción, es decir la más benigna para el procesado. El inconveniente y las dudas se presentan cuando las penas no son del mismo género, bien sea porque existen sanciones mayores o menores a otras, sino que, además, presentan elementos o circunstancias diferentes entre ambas sanciones. Es allí donde hay que analizar y determinar cuál es la sanción más benigna para el procesado. (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2008)

La ley penal tiene dos funciones relevantes, determinar el tipo de pena y su sanción; debe estudiar el conjunto de circunstancias que configuran el delito para

---

<sup>14</sup> C.S.J.N. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", causa N°259 (2004)

<sup>15</sup> C.S.J.N. "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad", Fallos 328:2056 (2005)

<sup>16</sup> C.S.J.N. "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/privación rec. de casación e inconstitucionalidad", Fallos 330:3248 (2007)

adecuarlo a la sanción aplicable. Generalmente estos elementos que ayudan a definir el delito y a establecer la sanción ocurren fuera del campo penal, pero al mismo tiempo forman parte de la ley penal. Por ejemplo, son cometidos en el área del derecho civil o comercial, pero la ley exige sean considerados, pues en el artículo 2, se refiere a la ley en forma general, pero aun sin referirse a la ley penal, estos delitos deberán ser tomados en cuenta.

Y la comisión del delito se le dará el carácter penal cuando sus consecuencias produzcan cambios en la figura delictiva, ahora si estos elementos no son modificados con el accionar del sujeto, entonces la norma penal no es alterada.

La pena elimina el uso y disfrute de un derecho o bien inherente al sujeto, y de allí proviene la discusión respecto a la más favorable, pues la más grave, podrá eliminar ese goce por más tiempo o quizás definitivamente, según el tipo de delito. Este es el motivo fundamental para determinar lo gravosa que pudiera ser la sanción, éste criterio es válido cuando dos leyes exijan el cumplimiento de penas fijas, bien sea en tiempo de privación de libertad o sanción pecuniaria; en estos casos la sanción aplicable será la más benigna en cuanto al menor tiempo de privación de libertad o el más bajo monto de la sanción económica.

Ahora si hablamos de penas que establecen un límite mínimo y máximo, al sujeto le será aplicada la menor, de esa manera le estarían aplicando la pena más favorable. Una vez claro el tema de la ley más favorable, ahora se observará que la controversia se presenta cuando se ha promulgado una ley recientemente y esta ha disminuido el máximo de la pena y aumenta el mínimo.

En estos casos la jurisprudencia advierte que deberá evitarse establecer reglas específicas, considerando que lo más viable es la determinación de la aplicación de la ley más favorable en cada caso en particular.

Según Zaffaroni este inconveniente deberá resolverse estableciendo comparaciones entre ambas leyes, analizando las posibles decisiones con el fin de dilucidar cuál es la menos grave para el procesado. Además, opina que ambas leyes se estudien por separado, para ello debe tomarse por separado una y otra ley, pero sin establecer criterios aislados de cada una, porque se estaría creando una norma que no existe para ser aplicada. La ley penal más favorable, además de restarle valor e importancia al delito cometido;

- a) Les da nacimiento a nuevas formas de justificar e inculpar hasta lograr el incumplimiento de la pena o sanción establecida;
- b) También puede lograr establecer un menor lapso para la prescripción del delito, cambiar el tipo de pena, la forma de ejecutarla, e inclusive las consecuencias procesales. (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2008)

Para establecer la aplicación de la ley más favorable no podrán combinarse varias leyes. Ahora para efectuar el cálculo del tiempo de privación de libertad, el artículo 3 del código penal ha establecido una excepción al respecto, en estos casos si serán analizadas ambas leyes en forma individual para determinar cuál es la más benigna para el inculpado y la ley más favorable podrá ser aplicada aun sin haber entrado en vigencia.

En cuanto al tema de la retroactividad de la ley penal más benigna, el artículo 2º del Código Penal ha establecido que si la ley que estuvo vigente al momento de la comisión del hecho punible resulte ser diferente a la que estuviera vigente para el momento de dictar el fallo, le será aplicada al procesado la ley que más le favorezca. Mientras que el artículo 3º se impone para el cómputo de la privación de libertad, observar de forma separada la ley más favorable al inculgado.

Para Zaffaroni no debe aplicar la retroactividad de la ley penal cuando esta resulte la de mayor gravedad para el procesado, es decir, según su punto de vista, la retroactividad solo es aplicable a la ley más favorable. Y la ley más benigna es determinada comparando ambas leyes en cada caso juzgado en forma individual. No se puede crear una tercera ley mezclando las disposiciones de las que se comparan, ahora si existieran varias leyes nuevas durante este lapso entre la comisión del delito y la decisión del tribunal, deberá ser aplicada la que resulte más favorable al procesado entre todas esas leyes. (Zaffaroni, 2009)

Con respecto al artículo 2º del código penal, fue presentada una interpretación por la corte que no estableció en su texto los supuestos de excepción ni tampoco aquellos fallos donde no podría ser aplicada la ley más favorable.

Al leer el texto del referido artículo se ha observado el uso de la palabra “siempre” que muchos pudieran interpretar su uso a favor de la ley más benigna necesariamente debe estarse por una interpretación a favor de la ley penal más benigna, cuando se refiera a dos leyes del mismo rango. Por ejemplo, la ley actualmente derogada 24.390, en el artículo 7 se refería al cómputo de la pena y también existen algunos tratados internacionales que hacen referencia a la ley más

favorable. ¿Cómo podría interpretarse en este caso? Será que se refiere a la ley penal más favorable cuando describe la imposición de la sanción menos gravosa? Solo de esta forma podría aceptarse que es a favor de la ley más benigna.

De acuerdo con Javier De Luca, en el sistema federal argentino, el Congreso Nacional está autorizado para decretar tres tipos de leyes:

- 1) Las nacionales (art. 75 inciso 2 de la Constitución nacional) con la intención de unificar y equiparar la normativa en todo el territorio.
- 2) Las federales que son para tocar al fondo de la norma, haciendo reformas por su interpretación.
- 3) Las locales, están incluidas las de carácter procesal.

Estas leyes locales le fueron otorgadas con la intención de dictar también el texto jurídico en la capital y los territorios nacionales. En esta última categoría es una atribución excepcional conferida al Congreso de la Nación para legislar en la Capital Federal y en territorios Nacionales, en forma proporcionada con el articulado de las provincias. De lo anteriormente expuesto podemos decir entonces que la Ley 24.390 es de carácter procesal, por ende, derecho local, pues a través de ella es regulado el tiempo de prisión preventiva y la libertad del procesado mientras dure el juicio. (Olavarría, s.f.)

Si aceptamos el carácter procesal que le dio De Luca a la ley 24.390, entonces no tiene fundamento jurídico lo expresado por la Corte cuando hizo referencia a las características de la ley penal más favorable, de acuerdo a lo previsto en el artículo

9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para analizarlos mejor, se ha decidido transcribir cada artículo, tal cual:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello”.

El principio de legalidad implica que las leyes son creadas a fin de regular hechos que suceden después del dictado de la misma. Y si bien existen casos que determinan la posibilidad de aplicación retroactiva, en virtud del principio de aplicabilidad de la ley penal más benigna, lo cierto también es que se debe analizar el fondo de cómo juega esta garantía y a que ley nos estamos refiriendo cuando hablamos de la aplicación más benigna”.  
(Olavarría, s.f.)

Ahora bien, del análisis del artículo anteriormente citado, se ha observado que ha eliminado las leyes de carácter procesal, pues hace mención exclusivamente a leyes de fondo. Esto se ha podido apreciar cuando afirma que no se podrá condenar al sujeto por un hecho ilícito que no esté tipificado como delito en la ley penal aplicable, de este modo queda claro que hizo referencia al código penal y a las leyes que han creado figuras delictivas.

Es de resaltar, que el Código Penal tiene como función principal contextualizar la descripción de las figuras punibles. Pero es de observar que la ley 24.390 en su artículo 7º, no ha creado algún tipo de figura delictiva y mucho menos ha establecido sanción aplicable. Es decir, en ese orden de ideas, mal podríamos afirmar que este supuesto guarda relación alguna con el principio de legalidad intentando apelar al fundamento de la ley penal más favorable.

Lo que significaría por ejemplo para el caso Muiña resuelto por la Corte Suprema de Justicia Nacional, que la ley escogida por el abogado defensor para el procesado, no ha creado conducta delictiva, y menos aún una sanción para la acción perpetrada por su defendido o procesado, eso quiere decir que no es aplicable el supuesto para que tenga razón jurídica la aplicación de la ley penal más favorable.

Con relación al otro supuesto del artículo 9º, describe la dificultad de aplicar una pena más lesiva que la que fue impuesta para el momento en que ocurrieron los hechos. De tal modo, que este supuesto tampoco es aplicable al caso de Muiña. Por ello, se ha interpretado que esta situación ha sido la que llevo al legislador a crear el supuesto delictivo conjuntamente con la sanción que le sería impuesta a consecuencia de ese accionar no permitido. Consciente de resultar una conducta irreprochable, pero no establecida, ha creado una sanción para esta. Pero es que al analizar la ley, ha resultado evidente que la acción para la que fue procesado y condenado ya existe una sanción penal, además su sanción no fue reformada por la ley posterior. Esto resulta contradictorio con respecto a lo que su defensor solicito, que fue la aplicación de una “forma” más favorable para computar la pena.

Sin embargo, tampoco se pudo identificar el supuesto aceptado por la Convención, porque en este caso no había una ley ulterior que haya modificado los términos de la pena y que el código penal haya podido aceptar como un tipo de delitos por el que fue declarado culpable Muiña. (Olavarría, s.f.)

Cuando el artículo ut supra mencionado hace alusión a la probabilidad de empeorar la pena en leyes posteriores a la comisión del hecho, Maximiliano Rusconi ha considerado que, lo procedente es interpretar que agravar la pena no es posible porque no hay oportunidad en los tiempos de intervenir en los motivos que hayan impulsado al sujeto a la comisión del hecho.

El último supuesto del artículo 9º se relaciona con que, si después de la comisión del delito la ley ha establecido imponer una pena más leve, el procesado resultara favorecido y allí ha vuelto a referirse al momento de imposición de pena.

En tal sentido, se ha podido concluir que la Convención Interamericana cuando hizo alusión a la probabilidad de aplicar la pena menos leve, la interpretación ha guardado conexión con el hecho de que no es posible aplicar la ley que busca la pena más lesiva para el imputado en el momento de la comisión del acto delictivo. Además, esa ley no estaba vigente, pues el procesado no puede conocer tal sanción penal y menos aún, imponerle escogencia o preferencia por una norma que no ha entrado en vigencia. Entonces lo más favorable tendría que ser aplicarle la pena menos leve y que estuviera vigente al momento de comisión del hecho.

Pero no es en la causa de Muiña, en la que se plantea la vigencia de dos leyes que imputen sanciones graves o leves a una acción delictiva idéntica, se refiere más

bien a la apelación de una norma de carácter procesal que ha establecido una regla específica para el cómputo de una pena en un breve periodo de vigencia. (Olavarría, s.f.)

El principio de aplicación de la ley penal más favorable es uno de los más esenciales concebidos por el movimiento constitucionalista del cual no ha podido despreñar la democracia constitucional ni su disposición jurídica que ha sido el Estado de derecho, cuyo objetivo es resguardar la seguridad jurídica y la libertad, independientemente de que se tratara de delitos permanentes o transitorios.

Tradicionalmente, efectuando una distinción entre las normas constitucionales y las contenidas en el Código Penal, se entendía que el principio de la irretroactividad de la ley penal, en cuanto a la tipificación del delito o al agravamiento de la pena es absoluto y de naturaleza constitucional.

En cambio, el principio de la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo sería de naturaleza legal y no constitucional, y puede ser dejado sin efecto por una ley general o especial. En su momento no compartimos esta opinión por entender que la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo no tenía solamente fundamento legal sino constitucional. Esta postura disfruta actualmente de jerarquía constitucional y no legal por cuanto su interpretación está expuesta en los ya citados tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, y no hay norma constitucional que se oponga a ella. (Badeni, s.f.)

De acuerdo a estos principios:

1) La ley que ha establecido un delito no puede ser aplicada a los hechos que le tipifican si estos tuvieron lugar antes de su entrada en vigencia.

2) Las penas punitivas más severas que han sido establecidas por una ley no podrán ser aplicadas a los hechos que se produjeron antes de su entrada en vigencia.

3) La ley nueva que priva de su carácter delictivo a un hecho tipificado por una ley anterior es aplicable con efecto retroactivo por tratarse de la norma más benigna. Se aplica a las causas judiciales concluidas, a las pendientes de iniciación y a las que están en trámite.

4) La ley nueva que establece penas o condiciones menos severas de punición que una ley anterior se aplica con efecto retroactivo a las causas penales concluidas o pendientes y a las que están en trámite. Este principio se aplica en la hipótesis de reducción de las penas, de la transformación de la pena privativa de libertad en la pena de multa, a las causas de justificación o imputabilidad o culpabilidad, a los plazos de prescripción de las acciones penales y demás condiciones que resulten más benignas. (Badeni, s.f.)

#### **2.4. Posiciones doctrinarias**

Son muchísimas las discusiones que se han originado en alusión al fallo Muiña, pues la injerencia política de esta causa ha resultado de relevantes consecuencias para Argentina por el hecho de ser fuertemente cuestionados por la Comunidad Mundial debido a que tal decisión va en contra de los derechos humanos por ser considerado como un crimen de lesa Humanidad, aunado a los efectos negativos

que conllevan al ordenamiento jurídico con una interpretación de semejante magnitud, que en un futuro no muy lejano podría beneficiar en causas semejantes a los procesados por este tipo de delitos, ocasionando más sufrimiento a tantas familias afectadas por crímenes tan repulsivos como el que ha cometido Muiña.

Así mismo, fue discutido lo trascendental de este fallo, al visualizar la inestabilidad jurídica y social que ha irradiado semejante jurisprudencia y que ha sido considerada más grave aún, por haber sido tomada por la mayoría de la Corte, dándole lugar al sentimiento de impunidad. Sin embargo, en las discusiones al respecto, han manifestado que producto de la lectura analítica del fallo se ha observado una presunta base constitucional, entendido como que los jueces han fallado a favor del inculpado porque de lo contrario se hubiera vulnerado los principios de legalidad e igualdad de la ley penal, así como la aplicación de la ley más favorable, rigiendo por texto del artículo 73º de la ley 24.390.

Además, han establecido como necesario resaltar que de la referida norma una nueva modalidad para el computo de la pena en los casos en que la persona juzgada estuviera cumpliendo por más de 2 años, lo cual es una de las características puntuales para reducir la pena, en función a la regla de que por cada día de haber cumplido prisión preventiva se equiparaba a 2 días de prisión cumplida.

Tal decisión de la Corte se considera una gran regresión para Argentina, lo que ha generado el rechazo de la mayoría de la sociedad, de la cual algunos legisladores se han sentido obligados a evadir como argentinos este tipo de interpretaciones legales, por consideración a los desaparecidos y por los familiares

de estos, que aún permanecen en la búsqueda de sus seres queridos y han pedido incansablemente la aplicación de ordenamiento jurídico justo. (Olavarría, s.f.)

### **CAPÍTULO III: Antecedentes Legislativos, Jurisprudenciales y Doctrinales**

Cuando se abordan temas relacionados con la política criminal del Estado y sus sanciones, a nivel global generalmente se lo limita a la persecución de la criminalidad del Estado luego del cambio de sistema político (perspectiva ex post - retrospectiva-). Esto puede explicarse metodológicamente por cuanto el necesario acceso al material jurídico (textos legales, decisiones judiciales) es, en esa medida, más directo que en el caso de una macro criminalidad política que continúa siendo protegida por el Estado y es cometida con tolerancia del mismo en el sistema político respectivo (perspectiva ex ante). Y si hablamos de delitos cometidos por el Estado, nadie puede ser único responsable por su contribución al delito sin tener en cuenta la responsabilidad de otros participantes, esto se puede inferir del principio de culpabilidad y del principio de responsabilidad penal individual.

La ley 24.390 fue promulgada en el año 1994 con el fin de aplicar una solución a la crisis carcelaria argentina, la cual se crea por la masiva aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar, lo que conlleva a que el imputado atraviese su proceso penal privado de su libertad. Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en lo que respecta a los plazos de la prisión preventiva, dice que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal debe ser juzgada en un plazo "razonable" o puesta en libertad.

Similar definición encontramos en la sección de Derecho a la Libertad Personal del llamado "Pacto San José de Costa Rica" el cual también hace mención al término plazo "razonable" sin hacer alusión a un lapso de tiempo, y dejando esto a la libre interpretación de los tribunales.

La ley 24.390 encuadra ese plazo razonable, en los dos años de prisión preventiva, y en su artículo 1° lo menciona diciendo que:

La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, no obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, esta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor. (INFOLEG, s.f.)

Seguidamente, en su artículo número 7°, nos dice que transcurrido el plazo de dos años, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión<sup>17</sup>. A la hora de aplicar este beneficio, no se debe dejar de lado el tipo de delito al cual se le va a aplicar el beneficio. Los delitos de lesa humanidad, por su naturaleza tienen la prohibición de indulto, amnistía y conmutación de pena, esto está explicitado en la ley 27.156 del año 2015, la cual, a la hora de hacer mención a la tipificación de estos delitos, se ampara en la reglamentación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>18</sup>, como así también en todos los

---

<sup>17</sup>Art. 7°. Ley 24.390 derogado por Ley 25430. B.O.: 01/06/2001

<sup>18</sup> Art. 6°, 7° y 8°. Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998)

tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. La ley 25.430 del año 2001, modificatoria de la anterior 24.390, mantiene el plazo de dos años prorrogable a un tercero para la prisión preventiva sin sentencia, pero se aclara que los plazos no se computarán cuando los mismos se cumplieren cuando hay una sentencia condenatoria que no esté firme<sup>19</sup>. Además, elimina el artículo segundo que extendía el plazo por seis meses más y elimina el artículo séptimo que establecía el doble cómputo.

A lo mencionado por las leyes citadas, se agrega que el Código Penal de la Nación en su artículo segundo dice:

“Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.”<sup>20</sup>

Resulta oportuno mencionar que los delitos de lesa humanidad, son delitos de tipo permanente, es decir que, al cometerse el delito el mismo no se agota en la consumación del mismo, sino que se prolonga ininterrumpidamente en el tiempo. Este dato es de relevancia a la hora del análisis de la aplicación ultractiva de la derogada ley 24.390, por resultar más beneficiosa, ya que al

---

<sup>19</sup> Art. 2º, Ley 25.430, modificada de ley 24.390. B.O: 09/05/2001

<sup>20</sup> Art. 2º. Código Penal de la Nación Argentina (1984)

resultar un delito permanente se debe aplicar la ley vigente al tiempo de la condena, debido a la continuidad del delito en el tiempo.

Los delitos de lesa humanidad tienen la clara prohibición de ser conmutados en su pena, por legislación vigente en materia nacional e internacional. A esto debemos sumarle que, en materia de jurisprudencia, la Corte ya se había expedido respecto a que no había posibilidad en delitos de lesa humanidad de amnistía, ni de indulto, ni se aplica a ellos el instituto de la prescripción.

En el caso Muiña, de los argumentos que esgrime la mayoría, se desprende que según el artículo 2º del Código Penal se establece que, si la ley vigente en el momento de comisión del delito es diferente a la ley vigente al tiempo de la condena, o en tiempo intermedio, se aplica siempre la más benigna.

Por ende, si el hecho fue en el año 1976, y la condena en el año 2011, existe una ley penal más benigna en tiempo intermedio que fue la ley 24.390, ya que tuvo vigencia del año 1994 al año 2001, y por ende corresponde aplicarse. La mayoría no hace diferenciación de delito permanente (privación ilegítima de la libertad) ya que según la mayoría también en este caso corresponde dicha aplicación del beneficio.

Otra distinción que no corresponde hacer según la mayoría, es según la naturaleza del delito, en este caso de lesa humanidad y realiza un cambio de valoración aceptando el beneficio de computar la prisión preventiva ya que es

un beneficio material y corresponde su aplicación ultractiva por ser más beneficiosa. Mientras que la minoría, por el contrario, como argumento marca primero el tipo de delito que es la privación ilegítima de la libertad, y su carácter de permanente, aceptando tácitamente la ley vigente al momento de la condenada debido a su continuidad en el tiempo.

Otro punto que tiene en cuenta, es que el encarcelado recién ingresa en el año 2007 a prisión, época en que la ley 24.390 ya se encontraba derogada. Con respecto a la valoración, la misma en delitos de lesa humanidad no puede ser modificada por legislación vigente y suscripciones a pactos de carácter internacional que no pueden obviarse, los cuales marcan que estos tipos de delitos son imprescriptibles, inadmisibles e inindultables, y deben ser juzgados y castigados adecuadamente, según lo marca la doctrina y legislación internacional. (CELS, 2017)

### **3.1. Los Pactos Internacionales**

En relación a la responsabilidad penal internacional del individuo, definida como la capacidad de accionar pasiva del individuo, como es interpretada en la actualidad, no hubiera podido ser vista hace siglos de este modo. Anteriormente, en el derecho internacional, la aparición de otros sujetos de derecho y obligaciones que no eran representados por los Estados era inadmisibles, dejaba poco espacio a la aparición de normas que establecieran obligaciones y deberes a los ciudadanos normales; esto ha llevado a ciertas opiniones a presumir cierta subjetividad internacional del particular a mediante su responsabilidad internacional. (Álvarez, 2006)

Es por el que el avance jurídico internacional de algunas acciones efectuadas por las personas, es decir, abrir la opción de tener responsabilidad por la comisión de crímenes de derecho internacional y conjuntamente con la capacidad actuar, sean interpretado por muchos doctrinarios como una evolución jurídica que ha cambiado o reestructurado las bases del derecho internacional, logrando una transformación del ordenamiento jurídico, convirtiéndolo en un derecho más humanizado.

Sin embargo, ha habido más opiniones de otros legalistas que han manifestado que ciertamente estos actos han producido cambios en lo relativo a la aplicación del derecho internacional, pero su esencia permanece intacta. Otros han sostenido que los cambios percibidos no han establecido verazmente la responsabilidad internacional del individuo, porque la responsabilidad siempre va a permanecer adherida al área interestatal; traduciendo tales cambios en una obligación para los Estados de perseguir y sancionar a través de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Desde este punto de vista, lo que pudiera fomentar la responsabilidad internacional sería la infracción del estado en el ejercicio de las obligaciones impuestas, quedando al margen de la ley la conducta o accionar del individuo. (Álvarez, 2006)

Dejando a un lado estas opiniones, se han podido identificar a aquellos delitos jurídicamente establecidos con evidente participación de órganos del Estado, tal sería el caso de los delitos de lesa humanidad y dentro de los cuales

encontramos a los denominados crímenes de guerra, tortura, etc. que están tipificados internacionalmente y cuya norma establece que los dolores o sufrimientos que sufren las víctimas sean producidos por un funcionario público u otra que ejerza funciones públicas incitado por el estado, o con su aprobación.

Así mismo, hay que hacer referencia al crimen de agresión, en el que es requisito la participación de los Estados; lo que ha hecho presumir que los sujetos que participen en esta acción serán siempre órganos del mismo. Además estos sujetos deberán desempeñarse en cargos con altas responsabilidades políticas, es decir, deben tener la autoridad para tener las mayores posibilidades de ejecutar la agresión.

No obstante, existen otros crímenes en los que el Estado no participa directamente, pero en los que ciertas conductas pueden ser atribuidas al mismo, estaríamos hablando en este caso, a la Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) prevista por la Convención Interamericana en su artículo 2º:

“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

De igual modo, si se hace referencia a los crímenes de guerra, sostenido por la definición de combatiente ha reforzado lo que ha establecido el Estatuto de la Corte Penal Internacional para los crímenes de lesa humanidad, en su artículo 7º dice:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...)

2. A los efectos del párrafo 1:

Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política. (Álvarez, 2006)

Con relación a los crímenes de lesa humanidad en el Derecho Internacional, las referencias normativas se exaltan en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945), el cual ha evolucionado progresivamente hasta lograr su inclusión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. (GIOSA, 2016)

Su calificación como crimen de lesa humanidad en los Estatutos de los Tribunales Internacionales se ha transformado, en lo que se refiere al conflicto armado, en un requisito para denominarlo como crimen de lesa humanidad. Por ejemplo, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, los

“Crímenes contra la humanidad” eran los que habían sido ejecutados durante el desarrollo de un conflicto armado, así fuera de carácter internacional o interno, con la condición de que fueran contra la población civil. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda se estableció que serían estos tribunales la autoridad calificada para juzgar los crímenes de lesa humanidad, cuando hayan sido ejecutados durante un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, en consideración de la nacionalidad, grupo político, racial o étnico, dejando fuera de contexto el término conflicto armado.

Vistas las diversas definiciones, se ha podido establecer un concepto definitivo de crímenes de lesa humanidad, adoptando categóricamente el contenido en el Estatuto de Roma, en su artículo 7º como:

“Cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, enumerando de manera no taxativa a los siguientes: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; desaparición forzada de personas; el

crimen de apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que acusen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”<sup>21</sup>. (GIOSA, 2016)

Con respecto a la persecución penal de este tipo de crímenes, en 1968 la comunidad internacional se suscribió a la Convención en relación a la no prescripción de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, estableciendo en la referida norma la no prescripción y la imperiosa necesidad de reprimir estos crímenes.

En relación a los delitos de lesa humanidad en Argentina y el tratamiento que se les ha venido dando a este tipo de juicios, debemos remontarnos a la época de la última dictadura cívico militar. A partir de aquí el ordenamiento jurídico ha enfrentado grandes inconvenientes para juzgar este tipo de crímenes que, fueron perpetrados por el estado desde el llamado Proceso de Reorganización Nacional.

Para el año 1985, fue celebrado el famoso “Juicio a las Juntas”, donde fueron juzgadas autoridades militares por responsabilidad penal, en el que todos los involucrados fueron condenados. Esto ha causado mucho revuelo a nivel nacional, pues fue la primera vez en que autoridades militares de gran poder habían sido sancionados y juzgados por la justicia civil, trayendo como consecuencia positiva para el derecho y la humanidad el baluarte de la democracia. (GIOSA, 2016)

---

<sup>21</sup> Art. 7°. Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998).

Así mismo, producto de tal decisión y la presión que hizo la sociedad en general, fue sancionada la Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida. Seguida a esta sanción, tuvieron lugar los indultos otorgados a integrantes de las juntas militares e integrantes de organizaciones armadas, que terminó con el establecimiento de una total impunidad.

De tal manera, la Argentina se convirtió en el obstáculo al camino emprendido desde 1985, quedando al margen de las directrices creadas por el derecho internacional en materia de crímenes de Lesa Humanidad.

Sin embargo, en 1995, se pudo ratificar la Convención sobre la no prescripción de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, a la cual se le dió carácter constitucional al documento en 2003.

Además, se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, logrando fortalecer nuevamente el ordenamiento jurídico que, con la aprobación de la política de estado para ese momento, se pudo procesar y juzgar a los responsables de los crímenes cometidos en el golpe cívico militar.

Los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia Nacional en las causas de “Arancibia Clavel” y “Simón”, se convirtieron en el icono jurisprudencial que dio lugar a la manifestación de inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, así como a la no prescripción de los crímenes de lesa humanidad, estableciendo como su mayor pilar al derecho internacional. (GIOSA, 2016)

Ya para el año 2004, la Corte Suprema de Justicia Nacional en el caso de “Arancibia Clavel” acordó que delitos como el de desaparición forzada de personas,

el homicidio, la tortura, y otro tipo de delitos perpetrados para perseguir opositores políticos, tenían que ser catalogados como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, en relación a la no prescripción de este tipo de delitos, La Corte en su mayoría afirmó que a pesar de estar vigente en la convención, así se venía considerando a nivel internacional, es decir, como una costumbre, que es una de las fuentes del derecho de conformidad con el contenido del artículo 118<sup>22</sup> de la Constitución Nacional.

Años más tarde, en el fallo “Simón” la Corte Suprema de Justicia Nacional dictó una serie de elementos relevantes para una exitosa interpretación del proceso de la verdad y la justicia. Por una parte, dio a conocer la doble normativa de protección de derechos humanos, que ofrecerá el derecho internacional, ellas son la costumbre y los tratados internacionales. Como sistema impositivo se tendrá la costumbre internacional, que ha establecido como inadmisibles los delitos de lesa humanidad cometidos por funcionarios de Estado exigiendo su investigación y sanción respectiva.

Con la causa de “Barrios Altos”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció algunos antecedentes, con respecto a las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, manifestando que las mismas tenían algunos vicios que

---

<sup>22</sup> Art. 118. Constitución Nacional Argentina.- (1994)

trajeron como consecuencia el rechazo de leyes peruanas de auto amnistía por parte de la Corte Interamericana.

En las mismas, se buscaba suspender la persecución de lesiones graves a los derechos humanos, destacando que las leyes 23.492 y 23.521 tenían como finalidad lograr el olvido de violaciones de derechos humanos, e iban en contraposición con la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (GIOSA, 2016)

Igualmente aclaro que para el tiempo en que fueron perpetrados los hechos investigados en esa causa, ya había una norma de orden público internacional que sancionaba la desaparición forzada de personas bajo la figura penal de crimen de lesa humanidad.

De esta manera quedaron establecidos las principales directrices internacionales que lograron iniciar nuevamente los juicios a miembros de las Fuerzas Militares por crímenes perpetrados durante la época de la dictadura de los años 1976 y 1983 en Argentina.

Con relación al precedente Muiña, hay mucho que analizar en materia internacional. En principio, hay que recordar que fue parte de un grupo de choque armado el cual llevaba el nombre de "Swat", y como es sabido en delitos cometidos por el Estado no existe un único responsable, esto se puede inferir del principio de culpabilidad y del principio de responsabilidad penal individual (Álvarez, 2006)

Como mencionan Sancinetti y Ferrante (1997), cuando es el Estado quien presenta una política criminal, las sanciones derivadas del mismo generalmente

surgen luego del cambio de tal sistema político; es en esa medida, más directo que en el caso de una macro criminalidad política que continúa siendo protegida por el Estado y es cometida con tolerancia del mismo en el sistema político respectivo. (Ferrante, 1998)

El fallo de la Corte en el caso “Muiña” alertó a los diferentes organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos los cuales alegan que dicho fallo va en contra de los estándares internacionales para la investigación y el correcto juzgamiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional tal cual como los enumera el Estatuto de Roma conformado por los delitos de lesa humanidad, de genocidio y crímenes de guerra<sup>23</sup>, los cuales son totalmente incompatibles con dicha sentencia.

Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en lo que respecta a los plazos de la prisión preventiva, toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal debe ser juzgada en un plazo "razonable" o puesta en libertad<sup>24</sup>. En este mismo sentido el Pacto de San José de Costa Rica también hace alusión a un lapso de tiempo "razonable", pero lo deja a libre interpretación de los tribunales<sup>25</sup>.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, establece claramente prohibiciones en este tipo de delitos marcando que “los

---

<sup>23</sup> Art. 6°, 7° y 8°. Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998).

<sup>24</sup> Art. 9, inc. 3°. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de Naciones Unidas. (1996)

<sup>25</sup> Art. 7°, Inc. 5°. Derecho a la libertad personal. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. (1969)

Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente convención"<sup>26</sup>, además marca que: "Los Estados Partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad"<sup>27</sup>"; además aclara que:

"se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin"<sup>28</sup>.

Otra definición importante que encontramos en este documento es que el hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente al imputado<sup>29</sup> y tampoco se admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales<sup>30</sup>.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define que:

"los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren

---

<sup>26</sup>Art. 1°, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (1987)

<sup>27</sup> Art. 6°, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (1987)

<sup>28</sup> Art. 2°, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (1987)

<sup>29</sup>Art. 4°, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (1987)

<sup>30</sup> Art. 5°, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (1987)

necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad<sup>31</sup>”

Esto marca una clara postura con respecto a los beneficios en el cómputo de la pena que puedan recibir quienes cometen delitos de lesa humanidad. Además se remarca que para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado<sup>32</sup>, recordemos que el grupo “Swat” que integraba Luis Muiña era justamente un grupo de personas que actuaban bajo la órbita de las fuerzas militares de la época.

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio nos marca que:

“Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.”<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Art. 3°, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. (1994)

<sup>32</sup> Art. 2°, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. (1994)

<sup>33</sup> Art. 5°, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. (1948)

Entendiendo que el delito que comete Luis Muiña según la clasificación que se encuentran en dicho documento, es el de lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, además de sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial<sup>34</sup>.

Por su parte la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dice que “Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.<sup>35</sup>”, señalando igual criterio con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura vista anteriormente. Además, define como acto de tortura a:

“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, etc.”<sup>36</sup> El cual encuadra claramente en los delitos de los cuales es acusado Muiña.

Finalmente, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, describe que “Los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad.”<sup>37</sup>. Todas estas directrices internacionales

---

<sup>34</sup> Art. 2º, Inc b y c. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. (1948)

<sup>35</sup> Art. 4º, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. (1984)

<sup>36</sup> Art. 1º, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. (1984)

<sup>37</sup> Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006)

lo que hacen es marcar unanimidad de criterio a la hora de abordar los delitos de lesa humanidad pidiendo para ellos una justa sanción teniendo en cuenta la gravedad del delito que se trata, lo que conlleva a marcar la improcedencia que existe en la aplicación de los criterios usados por la Corte los cuales son contrarios a dichos preceptos legales internacionales.

### **Conclusión.**

Los delitos de lesa humanidad, por su naturaleza, según la legislación interna e internacional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena. Esto es claramente enunciado en la ley 27.156 del año 2015, y reforzado recientemente por la ley 27.362 promulgada en el mes de mayo de 2017, en la cual se hace expresa referencia a la imposibilidad de aplicación del art.7° de la derogada ley 24.390 a las conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

Cabe aclarar que la desaparición forzada de personas, configurada como un delito de lesa humanidad, por su naturaleza es un delito permanente 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 mismo.

Esta característica convierte en no procedente la aplicación de la ley penal más benigna para el reo, debido a que hay un estado consumativo que se prolonga en el tiempo, como en el secuestro (la desaparición forzada lo es), en la que el delito se sigue cometiendo mientras dura la privación de libertad. Cabe recordar además, que si lo que se va a buscar es aplicar la ley más beneficiosa para el imputado, por ejemplo en el caso de Luis Muiña, él es acreedor de un doble beneficio en el cómputo de la pena rompiendo claramente los principios legales de sanción adecuada y proporcionalidad de la pena según el hecho cometido, debido a que se le aplica el computo del 2x1 que marcaba la ley 24.390 y además fue sujeto por un periodo de tiempo del beneficio de las leyes impunidad de obediencia debida y punto final.

El punto de vista formulado ha obligado a revisar en primer lugar el conglomerado de obligaciones internacionales en relación a su objeto llegando a la conclusión que es imprescindible establecer diferencias específicas en el régimen de responsabilidad aplicable, pues la comisión de crímenes como el genocidio y lesa humanidad implicarán la responsabilidad internacional penal del sujeto, y, además, si resultan algunas circunstancias más podría resultar responsable el estado a nivel internacional lo cual vuelve improcedente dicho actuar.

Por eso fue necesario delimitar todo el desarrollo de la presente investigación, porque la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de crímenes de derecho internacional, hubiera quedado excluida del campo abordado por esta tesis, en tanto que la intención del mismo es proporcionarle la ubicación a

las obligaciones y acciones lícitas que tiene como deber imperativo cualquier Estado en sancionar o castigar los crímenes cometidos.

Finalmente, luego de haber analizado cada una de las directrices existentes para determinar el ámbito de aplicación de la ley penal en los delitos de lesa humanidad, se ha podido concluir que por un lado las garantías constitucionales resguardarán a todos, e inclusive a los genocidas, sobre eso no existe discusión alguna. De no pensar así, se tendría que aceptar un derecho penal paralelo y arbitrario, que va en contra del principio de igualdad. Por otro lado, que ante los delitos de lesa humanidad, la aplicación de beneficios provenientes de garantías constitucionales no debe modificar o volver ficticias las penas violando el principio de proporcionalidad, principio que es aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos fallos y es la Corte Suprema quien decidió que los estándares interpretativos del tribunal interamericano sean obligatorios para los tribunales argentinos, por lo cual, los delitos de lesa humanidad deben ser juzgados bajo estos estándares. Además debe ser imperativa la obligación de los juzgadores para impedir que el Estado argentino cometa delitos que impliquen responsabilidad internacional.

Es muy lamentable evidenciar nuevamente, que la ley no es igual para todos y que el poder correctivo es selectivo, y no es aplicado respetando la igualdad de los ciudadanos. Son cuantiosísimos los inculcados y procesados que han asistido a La Corte para que les sea reconocida una garantía constitucional que no se le otorgo en instancias inferiores, o para que se exija analizar la condena que le fue

impuesta descartando revisar pruebas oportunas o cambiar la pena que le fue establecida sin argumentación y de manera totalmente injusta.

El razonamiento señalado por la Corte en la causa de Muiña es ajustable a los sujetos que hayan cometido delitos antes de la derogación de la regla del 2x1, e inclusive a quienes, los perpetraron antes de su vigencia sin haber tenido una sentencia firme al momento de su derogación, pero no así en su caso. Al punto de haber elaborado una lista de militares y civiles que a consecuencia del resultado del juicio Muiña solicitan la revisión de sus diferentes procesos.

Entre quienes podían ser beneficiados, están algunos funcionarios de alto poder y responsables del crimen de genocidio de los que fueron víctimas muchos argentinos. Luego que se dio a conocer la decisión de la corte por dicho fallo, algunos penados por delitos de lesa humanidad instaron a los tribunales a que se les realizara otra vez el cómputo de su lapso de prisión preventiva de conformidad a los fundamentos utilizados por esta decisión de la Corte. Sin embargo, hasta ahora no se conoce de algún tribunal que se haya atrevido a aplicar el razonamiento de la Corte, quizás luego de esta experiencia en un futuro no muy lejano, se planteen discusiones para analizar el amplio poder otorgado a la Corte Suprema para dar la última interpretación de la Constitución Nacional la cual conlleva a fallos que generan efectos negativos tales como éstos.

## **Bibliografía**

## **Doctrina:**

- Chaves, M., Zapata, A y Arteaga. (2014). Investigación cualitativa: una reflexión desde la educación como hecho social. *Artículo-Línea de investigación: teorías y procesos curriculares*, (Vol. III), 86-100.
- Dankhe, G. (1986). Investigación y comunicación. en C. Fernández-Collado y G.L. Dankhe (eds). La comunicación humana ciencia social. México: Mc. Graw-Hill.
- Kai Ambos (2007). "La Corte Penal Internacional".
- 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
- Sampieri, R. (1991). Metodología de la investigación. Naucalpan de Juárez, México: McGraw - Hill
- Sancinetti M. y Ferrante, M. (1999) "El derecho penal en la protección de los derechos humanos: el punto de partida jurídico - penal de investigación del instituto" Max - Planck de Freiburg I.B
- Sancinetti, M., Ferrante, M. (1997) El derecho penal en la proteccion de los derechos humanos (1ª Ed.). Argentina: Hammurabi
- Yuni, J. y Urbano, C. (2014). Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación. (1ª Ed.). Córdoba, Argentina: Editorial Brujas.

- Zaffaroni, E. (2017). Distinción entre delito instantáneo y permanentes o continuos. Revista Electrónica la Letra Eñe de Cultura y Política. Recuperado de <http://www.lateclaene.com/ral-zaffaroni-fallo-2x1>

## **Legislación**

- Código Penal de la Nación. Art. 2.
- Código Penal de la Nación. Art. 142 ter.
- Ley de Plazos de Prisión Preventiva N° 24.390. Arts. 1° y 7°.
- Ley Modificatoria de ley 24390. Plazos de prisión preventiva. Prórroga de la misma por resolución fundada. Facultades del Ministerio Publico. Alcances. N° 25.430
  - Art 1°: modificatorio del Art 1° de la ley 24.390.
  - Art 5°: derogatorio del Art 7° y 8° de la ley 24.390.
- Ley 24.584. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1995).
- Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la ley N° 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional, Ley N° 26.200.
- Ley 25.778. Otorgase jerarquía constitucional a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2003).
- Ley de Prohibición de Indultos, Amnistía y Conmutación de Penas en Delitos de Lesa Humanidad N° 27.156.

- Ley sobre Conductas delictivas. Delitos de Lesa Humanidad, Genocidio o Crímenes de Guerra N°27.362.
- Constitución Nacional Argentina. Artículo N° 75 Inc. 22.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General ONU de 1966 aprobado por la Rep. Argentina por ley 23.313).
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Derecho a la Libertad Personal.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sobre Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006)

### **Jurisprudencia:**

- C.S.J.N. "Arce, Enrique Herminio s/homicidio agravado al ser cometido con ensañamiento, etc.", Fallos 331:472 (1997).
- C.S.J.N. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", causa N°259 (2004).

- C.S.J.N. "Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/recurso extraordinario" (2014).
- C.S.J.N. "Cano, Gustavo Germán s/ ejecución de sentencia - causa n° 1358/02/1 (2008).
- C.S.J.N. "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/privación recurso de casación e inconstitucionalidad", Fallos 330:3248 (2007).
- C.S.J.N. "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad", Fallos 328:2056 (2005).
- Corte I.D.H., Sentencia de Reparaciones Suarez Rosero vs. Ecuador, del 29 de mayo de 1999.

### **Digital:**

- AGDCONSULTORA. (2017). Diario Clarin. Obtenido de: "El caso "Muiña" delitos de lesa humanidad y ley del 2x1: <http://underconstitucional.blogspot.com/2017/05/el-caso-muina-delitos-de-lesa-humanidad.html>
- Álvarez, J. C. (2006). EPRINTS.UCM. Obtenido de: "La sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en períodos de: <https://eprints.ucm.es/7383/1/T29166.pdf>
- Badeni, G. (s.f.). Obtenido de: "La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad": <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/la-aplicacion-de-la-ley-penal-mas-benigna-y-los-delitos-de-lesa-humanidad.pdf>
- Borzi Cirilli, F. A. (2017). Al día Argentina. Obtenido de: Ley del "Dos por Uno" retroactiva a lesa humanidad: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/07/26/ley-del-dos-por-uno-retroactiva-a-lesa-humanidad-el-fallo-mas-antipatico-pero-legalmente-correcto-analizando-si-la-corte-suprema-debe-dar-primacia-a-la-correcta-aplicacion-de-la-l/>

- CELS. (JUNIO de 2017). Obtenido de: El fallo “Muiña” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:  
[https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/07/fallo-Mui%C3%B1a\\_CSJN.pdf](https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/07/fallo-Mui%C3%B1a_CSJN.pdf)
- DEFINICION ABC. (s.f.). Obtenido de Definición de Lesa humanidad:  
<https://www.definicionabc.com/derecho/lesa-humanidad.php>
- Ferrante, M. (1998). ES.SCRIBD. Obtenido de: Estudios Sobre La Teoría de la Imputación Objetiva: <https://es.scribd.com/document/34870837/Cancio-Melia-m-Ferrante-m-y-Sancinetti-m-Estudios-Sobre-La-Teoria-de-La-Imputacion-Objetiva>
- Giosa, L. M. (2016). UNICEN.EDU. Obtenido de: Derecho Internacional y crímenes de Lesa Humanidad:  
<https://www.unicen.edu.ar/content/derecho-internacional-y-cr%C3%ADmenes-de-lesa-humanidad>
- González, J. L. (s.f.). Obtenido de: Los delitos de Lesa Humanidad: revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/download/93/98/
- Hassel, G. E. (s.f.). MONOGRAFIAS.COM. Obtenido de Fuentes del Derecho Penal e interpretación: <https://www.monografias.com/trabajos44/derecho-penal-fuentes/derecho-penal-fuentes2.shtml>
- INFOLEG. (s.f.). Obtenido de Ley 24.390:  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/776/norma.htm>
- La CAPITAL DEL MAR DEL PLATA. (2009). Obtenido de: Los delitos de lesa humanidad no prescriben y son retroactivos:  
<http://www.lacapitalmdp.com/noticias/Policiales/2009/10/09/123296.htm>
- LA NACION. (2017). Obtenido de: Qué es la ley del 2x1 y en qué casos se aplica:  
<https://www.lanacion.com.ar/2020057-que-es-la-ley-del-2x1-y-en-que-casos-se-aplica>
- Martínez, J. (2017). Argentina | Enciclopedia Jurídica Online Gratuita y Libre - Obtenido de Interpretación de la Ley Penal en Argentina:  
[https://argentina.leyderecho.org/interpretacion-de-la-ley-penal/#Interpretacion de la Ley Penal en Argentina](https://argentina.leyderecho.org/interpretacion-de-la-ley-penal/#Interpretacion%20de%20la%20Ley%20Penal%20en%20Argentina)

- Martínez, M. T. (2017). Obtenido de ¿Cuál fue el origen de la ley del “2×1”?:  
<http://chequeado.com/el-explicador/cual-fue-el-origen-de-la-ley-del-2x1/>
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. (s.f.). Obtenido de Jurisprudencia: Muiña, Luis (Causa Bignone):  
<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1421&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>
- MINISTERIO PUBLICO FISCAL. (2016). Obtenido de CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ARGENTINA:  
[https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/03/ebook\\_Lesa.pdf](https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/03/ebook_Lesa.pdf)
- Olavarría, G. (s.f.). PENSAMIENTO PENAL. Obtenido de Fundamentos constitucionales del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Inaplicabilidad de la Ley del 2 por 1:  
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/05/doctrina45294.pdf>
- PENAL, J. (s.f.). MINISTERIO DE LA DEFENSA PUBLICA, PROVINCIA DEL CHUBUT. Obtenido de Irretroactividad de la Ley Penal - Ley más Benigna:  
<http://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2534>
- Rubensarlo. (2000). MONOGRAFIAS.COM. Obtenido de Ensayo sobre la situacion actual que genera la ley 24.390:  
<https://www.monografias.com/trabajos6/tale/tale.shtml>
- Torre, J. R. (s.f.). REVISTAS UNC. Obtenido de: aplicación y retroactividad de la ley penal:  
<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/viewFile/4490/6372>
- Vázquez, L. M. (2018). Obtenido de El proceso de justicia transicional en Argentina:  
[https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2018/194296/TFG\\_Imompradevazquez.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2018/194296/TFG_Imompradevazquez.pdf)
- Zaffaroni, E. R. (2009). es.scribd.com. Obtenido de Estructura Básica Derecho Penal:  
<https://es.scribd.com/document/325666194/Estructura-Basica-Derecho-Penal>

- Zaffaroni-Alagia-Slokar. (11 de MARZO de 2008). CÁTEDRA RIQUERT. Obtenido de DOCTRINA. AMBITO ESPACIAL Y TEMPORAL DE LA LEY PENAL. DE MARCO:

<http://catedrariquert.blogspot.com/2008/03/doctrina-ambito-espacial-y-temporal-de.html>