



## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL COMPUTO “2x1” Y LAS RESPUESTAS AL FALLO CSJN “BIGNONE”<sup>1</sup>

**Por Federico García Jurado**

**Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación**

**Sumario:** el autor reflexiona sobre la doctrina del fallo “Muiña” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca del cómputo privilegiado establecido por la ley 24.390 y su aplicación a casos de delitos de lesa humanidad. Aborda las principales reacciones de los tribunales inferiores a aquél precedente y proporciona una crítica desde el punto de vista de la defensa.

Las presentes líneas sólo pretenden ofrecer algunas reflexiones, como punto de partida para profundizar la discusión suscitada a raíz del de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recientemente emitida sobre el cómputo doble establecido por la ley 24390 en casos donde se investigan delitos de “Lesía Humanidad”.

La sentencia en cuestión estableció que el cómputo doble para los casos en que la prisión preventiva superara los dos años, también era aplicable para este tipo de casos, en observancia del principio de ley penal más benigna y toda vez que el legislador no había previsto la exclusión de este universo de asuntos. La mayoría estuvo formada por los votos concurrentes de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz, por un lado, y del juez Rosatti, por el otro. Veamos.

---

<sup>1</sup> CSJN, 03/05/2017, expte. 1574/2014/RH1, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario".

Luego de reafirmar que las reglas referidas al cómputo de la prisión preventiva gozan de carácter material, haciendo con ello aplicable el principio de la ley penal más benigna, se afirmó en el voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz que “[d]e acuerdo con el tenor literal del art. 2° del Código Penal, como ya se dijo, es indisputable que la solución más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, sin distinciones...” (Considerando 9°).

Sostuvo el voto que la primera fuente de interpretación de la ley era su letra, especialmente cuando aquella concordaba con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico, agregando que “cuando le ley no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones ajenas al caso que aquella contempla” (Considerando 7°).

Desestimó así el argumento muchas veces utilizado por los tribunales inferiores, según el cual la ley 24390 no representaba un cambio en la valoración social de los delitos de lesa humanidad, de manera que no cabía respecto de éstos el principio de la ley penal más benigna. Se dijo en el voto que “en un estado democrático los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido.”

Y se agregó que “según nuestro orden jurídico, las leyes penales intermedias promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplican retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores. A los efectos de determinar la procedencia de la aplicación ultraactiva del art. 7° de la ley 24.390 al caso de autos, cabe consignar que la norma en cuestión estuvo vigente en un tiempo intermedio entre la comisión de los hechos materia de la causa y el dictado de la sentencia condenatoria” (Considerando 14°).

El juez Rosatti votó en igual sentido, por sus fundamentos.

Especificó 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, pues de otro modo este se convertiría en aquel, violentándose el principio constitucional de división de poderes e incurriéndose en una nueva causal de arbitrariedad de sentencia” (Consid. 11° de su voto).*

#### Una postura desde el punto de mira de la defensa

Consecuentemente, para determinar si debe aplicarse la Ley 24.390 en su modalidad original, sin las modificaciones posteriores introducidas por la Ley 25.430 – en cuanto esta última eliminó el cómputo doble –, no debe tenerse en cuenta si aquella norma se encontraba vigente al momento de la comisión del hecho o al momento del cumplimiento del encierro preventivo. Lo verdaderamente relevante es si se trató de una ley penal más benigna que estuvo vigente en algún momento, desde la comisión del hecho y hasta el momento en que se dictó la sentencia condenatoria.

Por ello no puede compartirse el argumento que condiciona la aplicación de la ley a un cambio de “valoración social”, que en la mayoría de los casos no se explica en qué consiste y cómo funciona. La ley 24390 ha venido a significar, siguiendo en todo caso ese razonamiento, un cambio en la “valoración social” del cómputo de la prisión preventiva, de manera de compensar las demoras del sistema judicial (*vide* consid. 7° del voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz).

En efecto, no puede omitirse la clara letra de la ley, por cuanto el art. 2 del CP dispone que *“si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”*.

En este aspecto es interesante que la mayoría de la Corte ponga el acento en aquella norma del Código Penal y no en la ley 24390. Es decir, la universalidad de la aplicación del beneficio en cuestión surge de su carácter material y de las normas del código de fondo, y no de la circunstancia de que la ley 24390 no hubiera previsto excepciones para el tipo de delitos de que se trata.

Es cierto que el análisis debe hacerse caso por caso, tomándose por separado las leyes *“pero no es lícito tomar preceptos aislados de una y otra, pues de no ser así se aplicaría una tercera ley inexistente. No obstante, hay una excepción, referida al cómputo de la prisión preventiva, en el que el CP (art. 3°), establece que se observará*

*separadamente la ley más favorable al procesado.*”<sup>2</sup> El código reafirma así el principio, con relación al tópico específico del cómputo de la prisión preventiva, y amplía su alcance al establecer la excepción de aplicar “separadamente” la ley más favorable.

De esta forma, si la ley 24390 no tenía ningún tipo de excepción con relación a los delitos de lesa humanidad tanto puede afirmarse que fuera así porque existían impedimentos legales para la persecución de estas causas, tal otro de los argumentos ensayados para negar su aplicación, como porque el principio de ley penal más benigna -especialmente en lo que hace al cómputo de la prisión preventiva- no admite excepciones.

Cabe recordar aquí que la única excepción que la ley 24390 hacía era la relativa a los imputados por delitos previstos en el art. 7 de ley 23737, y que ese trato desigual fue declarado contrario a la Constitución Nacional por la Corte Suprema.<sup>3</sup>

Tampoco puede sujetarse la aplicación del principio a condiciones extrañas a la vigencia de la ley penal material, como ser que hubiera estado detenido durante la vigencia de la ley 24390. En este aspecto el fallo de la Corte es claro y la letra del art. 2 del CP no deja dudas.

En cualquier caso, la solución debe ser siempre *favor rei* por aplicación del principio *pro homine*. En el proceso interpretativo en materia penal debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos

#### La inaplicabilidad de la “ley interpretativa” N° 27.362

La Ley 27.362 reza:

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

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Raúl *et al.*, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2011, p. 122.

<sup>3</sup> Doctrina del caso “Véliz”, CSJN, de fecha 15/6/10.

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

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

La excepción a la regla contenida en el artículo 1º de esta nueva ley remite al artículo 1º de la ley 27.156 que establece que “[l]as penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6º, 7º y 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga”.

Sobre el particular, efectuaré unas breves precisiones que a mi criterio determinan la inaplicabilidad de la nueva norma, por las mismas consideraciones que efectuara párrafos anteriores respecto de la plena vigencia y preminencia del principio constitucional de la ley más benigna.

Es que más allá del fundamento que motivara al legislador, lo cierto es que esta nueva disposición es ley posterior y más gravosa para los imputados, por lo que su aplicación retroactiva es inconstitucional, en tanto vulnera la garantía de irretroactividad de la ley penal que se deriva del principio de legalidad.

Señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar que un “*serio problema de legalidad lo constituye el alcance de la voz ley penal. [Y descartan] la posibilidad de aplicar retroactivamente cualquier ley que se califique de interpretativa, pues no pasaría de ser un fácil recurso para violar el principio*”<sup>4</sup>.

En ese sentido se ha expresado en tiempos muy recientes el juez Riggi. Afirmó al comentar esta ley que “*no responde a una mera interpretación de los*

---

<sup>4</sup>Op. cit., p. 123.

*alcances de la anterior, sino que, muy por el contrario, consagra lisa y llanamente una nueva disposición que prohíbe la aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad, extremo que no estaba contenido en la legislación original. Es decir, en este punto, la nueva norma es claramente limitativa de la anterior que restringe su alcance y su sentido y excluye casos que la primigenia disposición no deseaba.”*

Y advierte, en clara referencia a “Bignone”, del peligro de que “a través de una norma emitida por el Poder Legislativo sería factible desconocer un fallo del Alto Tribunal dictado en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional, lo que habilitaría a que en lo sucesivo una mayoría circunstancial del poder político, cada vez que le desagrade el contenido de un precedente de la Corte Suprema, pueda eventualmente recurrir a una ley calificada de interpretativa para descartar o limitar el alcance de sus decisiones.”<sup>5</sup>

Sobre el punto es interesante repasar algunos de los argumentos utilizados para la sanción de la ley.

Una modalidad de cómputo de pena no puede asimilarse a una “amnistía” que condona una determinada responsabilidad penal, pues no impide el dictado de un pronunciamiento de mérito sobre el fondo de la cuestión, ni consagra la impunidad por los hechos cometidos. Nadie que se beneficie con el cómputo del “2x1” queda impune; por el contrario, se trata de compensar de alguna manera el excesivo tiempo sufrido en detención tratándolo como condenado cuando gozaba de estado jurídico de inocente. Es un intento, imperfecto, de remediar, de tratar de mitigar los nefastos efectos del abuso de las prisiones preventivas en nuestro país<sup>6</sup>.

Con relación al intento de equiparar al cómputo doble a una “conmutación de pena”, corresponde efectuar dos precisiones:

---

<sup>5</sup>Causa FRE 2699/2015/TO2/19/CFC13 “Meza, Ramón E. s/ recurso de casación”, registro 224/18 de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, rta. 28/3/18.

<sup>6</sup>Ver las Observaciones finales sobre el estado de los Derechos Humanos en nuestro país del Comité de Derechos Humanos de la ONU, año 2016.

a) la especie y el monto de pena permanecen incólumes, por lo que se nada se conmuta. Lo que cambia es la forma de equiparar cada día de encierro cautelar con cada día de pena a cumplir;

b) el alegato ignora que la conmutación de penas es una facultad del Poder Ejecutivo, ya sea nacional o provincial, que además opera por razones de oportunidad. La regla del "2 x 1" no operaba de esa forma, sino de manera automática para computar las penas según el art. 24 del Código Penal, cuando la detención cautelar superaba dos años.

Cabe entonces preguntarse ¿es aquella una ley interpretativa? Aunque el Congreso haya dicho que sí, materialmente no lo es. *“Una ley interpretativa es aquella que echa luz sobre aspectos ambiguos u oscuros de una norma. En la ley 24.390 no había ninguna ambigüedad que requiriese una aclaración legislativa o, por lo menos, esta nueva ley no se refiere a ninguna de las que podían encontrarse. Desde ya que no puede considerarse como una ‘ambigüedad’ la omisión por parte del legislador de incluir ciertas excepciones o limitaciones al alcance de la norma. Se entiende que si no las previó en su momento fue porque no tuvo la voluntad de hacerlo. Con más razón respecto de la ley 24.390, en la que el legislador había previsto excepciones al alcance del ‘dos por uno’ para delitos de drogas (que la Corte declaró inconstitucionales en el fallo “Véliz”). Esta ley, más que interpretar la regla del ‘dos por uno’ lo que ha hecho es limitar su alcance. En ese sentido implica la reforma de una ley derogada, lo que carece de sentido y es el motivo por el cual se optó por recurrir a una ley interpretativa que, en rigor, no lo es”.*<sup>7</sup>

Es que aún si existiese alguna duda respecto de la aplicabilidad del art. 2º del Código Penal a delitos como el castigado en autos, esta debe resolverse –como ya dijera- en favor del imputado. Del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) se deriva la exigencia de resolver las dudas interpretativas en la forma más restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última *ratio* del ordenamiento

---

<sup>7</sup> CARLES, Roberto Manuel, *Acerca de la ley de "interpretación" de la regla del "dos por uno"*, consultado en [<http://schifosascienza.blogspot.com.ar/2017/05/acerca-de-la-ley-de-interpretacion-de.html?m=1>].

jurídico (conf. considerando 23 del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda en "Arriola", Fallos: 332:1963; considerando 11° del Fallo "Muiña").

Todo ello más allá del indudable "dilema moral" que plantea en el juzgador la aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad. Se trata de un dilema que debe ser resuelto con la aplicación de la Constitución y las leyes (considerando 11° del voto del Ministro Rosatti).

#### Algunas reacciones a "Bignone"

En pronunciamientos posteriores al precedente de la CSJN, la mayor parte de los jueces de la Cámara Federal de Casación Penal se ha posicionado en la vereda de enfrente de esa doctrina. Para ello se han esgrimido, entre otros, los siguientes argumentos:

1.- Que la ley 24390 no podría haber establecido excepciones para casos como el de autos, pues al momento de su sanción existían obstáculos legales que impedían la persecución en estas causas (vgr. indulto, leyes de Obediencia Debida y Punto Final);

2.- Que los delitos de lesa humanidad deben ser tratados de manera diferente a los delitos comunes (con cita del caso "La Cantuta vs. Perú"<sup>8</sup>);

3.- Que el "2x1" afectaría la obligación internacional de "sancionar adecuadamente" los delitos de lesa humanidad;

4.- Que el principio de culpabilidad implica que la ley aplicable no puede ser otra que la vigente al momento del hecho.

Con relación a estos argumentos cabe señalar, en primer lugar, que el hecho de que la ley 24390 no pudiera haber establecido excepciones resulta intrascendente si antes no se demuestra la legitimidad de dichas eventuales excepciones. Como ya dije, debía demostrarse que el principio de ley penal más benigna admite excepciones según el tipo de delito. La mayoría que decidió el caso "Bignone" no pretendía que la ley hubiera establecido excepciones porque, de hecho, hubieran sido y son inadmisibles desde el punto de mira constitucional.

---

<sup>8</sup>Corte IDH, sentencia del 29 de noviembre de 2006.

Como se viene sosteniendo, es el propio sistema internacional de los derechos humanos el que impide ese tratamiento diferencial en cuanto a la aplicación de la ley más benigna se trata (confr. la cita del caso “Masacre de la Rochela” y el Estatuto de Roma, art. 24.2).

El trato diferenciado para los delitos de lesa humanidad es una realidad en muchos aspectos. Pero lo cierto es que no deja de ser algo que debe ser morigerado en todo lo posible. Es la propia Corte la que ha establecido que estas diferencias de trato son indeseables a luz de la CN<sup>9</sup>.

En palabras del juez Rosatti, la barbarie se combate no apartándose del ordenamiento jurídico “*sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aún para los condenados por delitos aberrantes.*” (subrayado propio). Es notable que las propias disidencias compartieran esta postura (consid. 18 del voto del juez Lorenzetti y 11 del juez Maqueda).

A su vez la Corte IDH ha declarado ya desde antaño que resulta violatoria del principio de igualdad, respecto de cuyo alcance también se pronunció en la Opinión Consultativa n° 4/84<sup>10</sup>, una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpad<sup>11</sup>.

El caso “La Cantuta vs. Perú” no establece una doctrina en disputa con la que aquí se ensaya.

Amén de que en aquél precedente se discutía el deber de investigar los delitos de lesa humanidad y el derecho a la verdad de las víctimas, lo cierto es que las disposiciones relativas al cómputo privilegiado no pueden considerarse sin más como herramientas de impunidad. No afectan la investigación, no tiene relevancia alguna con

---

<sup>9</sup>Confr. doctrina de Fallos: 321:3630 "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C. P."

<sup>10</sup> Sentencia del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párrafos 53 a 58).

<sup>11</sup> Corte IDH, caso "Suárez Rosero", sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 98.

relación a la determinación de las responsabilidades ni en la graduación de las penas. Se trata, reitero, de intentar remediar detenciones cautelares desproporcionadas.

Por lo demás, específicamente en el caso de leyes penales más benignas, nuestro Corte Suprema, desde el precedente “Cristalux”<sup>12</sup>, estableció a que la luz de los tratados internacionales de DD.HH. incorporados a la Constitución Nacional en 1994, el principio de ley penal más benigna es de raigambre constitucional y sólo admite excepciones respecto a normas de emergencia o temporales.

La ley 24390 no es una ley temporal, es decir establecida para tener valor por un período determinado de tiempo o sujeta a una condición resolutoria.

Tampoco es una ley de emergencia aunque se argumente que fue dictada para afrontar una situación de excepción en materia de encarcelamiento preventivo.

Ello es así, en primer término porque ni la norma en cuestión, ni la ley 25430 que la modificó, ni la ley 27362, la declaran ley de emergencia.

En segundo lugar porque no parece prudente predicar dicha característica de emergencia de una norma que se proclama, en su art. 10, como reglamentaria de otra de carácter superior, en el caso el art. 7.5 del PIDCyP. Finalmente, así lo han entendido los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz (consid. 7 de su voto).

También se ha dicho en contra de la doctrina del fallo “Bignone”, y con cita del caso “Masacre de la Rochela” de la Corte IDH<sup>13</sup>, que la aplicación del cómputo privilegiado en casos de delitos de lesa humanidad, violaría la obligación internacional de “sancionar adecuadamente” estos actos. Este es un argumento que utilizan las disidencias en el pronunciamiento del Superior Tribunal.

Lo cierto es que el tribunal americano se refirió al principio de proporcionalidad de las penas, y lo hizo en estos términos: “196. *En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor,*

---

<sup>12</sup>Fallos: 329:1053.

<sup>13</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, 11/5/07.

*por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención.” (subrayado propio)*

Como puede leerse, la Corte IDH no ha proscripto la aplicación del principio de la ley penal más benigna –aún a casos donde se investigaban graves violaciones a los derechos humanos-, ni se ha referido –incluso de manera elíptica- a supuestos análogos al que se debate, que no es otro que el modo de computar la prisión preventiva.

Este aspecto es trascendente, pues demuestra que la postura que aquí se defiende lejos estaría de generar por sí misma responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

Es que de lo que se trata, no es de pretender la supremacía del derecho interno por sobre los compromisos internacionales que obligan a nuestro país. De lo que se trata es de la pareja aplicación de un principio también consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos. Y que, como surge claro de la jurisprudencia específica de la Corte Interamericana, no se halla necesariamente en pugna con el resto del orden jurídico supranacional y de las garantías constitucionales en el proceso penal.

Al contrario, admite su aplicación –reitero, aún frente a graves violaciones a los derechos humanos- en armonía con otros principios, como el de proporcionalidad de las penas.

De hecho, como recuerda la Corte Suprema, aún el propio Estatuto de Roma –instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, tribunal permanente establecido para juzgar los más graves delitos internacionales-, incorpora el principio de ley penal más benigna en su art. 24.2.

Por último, dejo expreso mi desacuerdo con el recurso al principio de culpabilidad como argumento para negar la aplicación al caso de la ley penal más benigna.

Primero destaco que esa línea de fundamentación no se hace cargo de la categórica interpretación del art. 2 del CP que hizo la Corte Suprema a la luz principio de ley penal más benigna en el mentado fallo “Bignone”. Esa posición jurisprudencial no aporta argumentos suficientes, y no tratados, que justifiquen apartarse de la doctrina del máximo tribunal.

El principio de culpabilidad y el de la ley penal más benigna no se comprenden sino desde una concepción del Derecho Penal como herramienta de último recurso en la solución de los conflictos sociales, o para el aseguramiento de la vigencia de las normas de convivencia. Así su aplicación no puede implicar una exclusión mutua sino que debe operar de forma complementaria en la interpretación y aplicación de la ley.

Es la vigencia plena y pareja de la Constitución y las leyes el camino que nos diferencia, y alejará para siempre, de los momentos más oscuros del pasado de nuestro país.