

Legalidad penal:

Proyección sobre leyes interpretativas

Por Agustín Genera

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Desde la noción originaria consagrada por el iluminismo hasta la actualidad, el concepto de legalidad penal ha sufrido una considerable transformación, concomitante con la evolución del constitucionalismo. Originariamente concebida como un freno contra la arbitrariedad de los gobernantes y, especialmente, de los magistrados, a quienes se pretendía vedar cualquier interpretación que resultara en un apartamiento de la voluntad legislativa, actualmente la legalidad penal demanda un respeto de exigencias formales, pero también de ciertos contenidos materiales, cuya concreción no es tarea exclusiva de los legisladores, sino que compromete la labor jurisdiccional. Ese contenido del que debe hacerse cargo el principio de legalidad no se agota en la regulación constitucional nacional, sino que comprende una nueva axiología jurídica surgida de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y del sometimiento del Estado a instancias supranacionales de control jurídico.

Si bien la jurisdicción no está habilitada a apartarse de la ley ni debe suplir al legislador en las potestades que la división de poderes le reconoce, lo cierto es que en la práctica la interpretación operativa de la ley penal puede distanciarse de lo pretendido por el órgano legislativo. Ante esta situación, existe la posibilidad de que el cuerpo representativo reclame su facultad de imprimirles a las normas el sentido que más conveniente considere, particularmente a través del dictado de leyes interpretativas o aclaratorias, que, sin modificar las normas anteriores, aspiran a fijarles su verdadero significado.

A este tipo de leyes se les suele reconocer la particularidad de proyectar sus efectos hacia el pasado, como si hubieran estado vigentes desde el mismo momento que las leyes que aclaran. En materia penal, esta situación colisiona con las exigencias derivadas del principio de la legalidad penal en su dimensión formal, especialmente la irretroactividad de la ley penal más gravosa. Pero la situación se vuelve incluso más compleja si una norma interpretativa es dictada con el objetivo de satisfacer exigencias derivadas de la legalidad en su dimensión material.

Este trabajo se propone problematizar sobre estas ideas, a fin de indagar si el dictado de leyes interpretativas supone un nuevo cambio en el paradigma de la legalidad penal. Para ello, se comienza con una sucinta explicación de la evolución de la noción de legalidad. Se aborda luego la significación actual de las tareas de creación, interpretación y aplicación de la ley penal, indagando sobre el papel que desempeñan legisladores y jueces. A partir de allí, se evalúa la proyección del principio de legalidad sobre las leyes interpretativas, para lo cual se traen a estudio los casos “Muiña” (Fallos, 340:549) y “Batalla” (Fallos, 341:1768), de la Corte Suprema de la Nación, puesto que permiten comprender y analizar críticamente diversas perspectivas sobre los temas referidos.

II. Las dimensiones de la legalidad penal [\[arriba\]](#)

En el Estado de derecho, entendido como modalidad de ejercicio del poder, tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sometidos a la ley. Esto abarca al ejercicio *ius puniendi*, atributo propio de la soberanía del Estado, cuya legitimación actual no se asienta exclusivamente en la finalidad protectora de la libertad individual, sino en su ineludible concreción legal. La subordinación del ejercicio del poder coactivo del Estado a las exigencias de la legalidad puede ser contemplada como una conjunción necesaria de dos dimensiones propias del Estado de derecho: la democracia representativa y la seguridad jurídica[1].

El reconocimiento de la legalidad penal como garantía política o democrática -en la actualidad necesariamente representativa- obedece a su estrecha vinculación con la idea de separación de poderes, puesto que la producción de normas penales compete exclusivamente al Poder Legislativo. El monopolio de la potestad legislativa en el plano penal es un resguardo de los ciudadanos frente al arbitrio de los jueces y de la administración. Así, la legalidad penal garantiza que en un asunto de primordial trascendencia como lo es la definición de los delitos y las penas, se demande la intervención del órgano representativo que mejor refleja la voluntad de la ciudadanía.

Pero la legalidad penal también debe ser reconocida como una garantía de seguridad jurídica, pues es un principio que aspira a que el *ius puniendi* estatal opere de forma uniforme, efectiva y previsible para todas las personas por igual. Con tal fin, el órgano representativo habilita el ejercicio limitado del poder punitivo por medio de normas abstractas y públicas, que permiten a la población saber de antemano qué conductas constituyen delitos y cuáles son las consecuencias de cometerlos. El ejercicio del poder punitivo queda de tal modo sometido a la ley, que se erige como una barrera que resguarda la libertad y la seguridad de las personas frente a la arbitrariedad.

No debe perderse de vista que legalidad favorece la libertad en la medida en que las reglas jurídicas no puedan ser discrecionalmente aplicadas, ni siquiera alegando el beneficio público ni mucho menos guiado por objetivos faccionales que interfirieran en la vida de los ciudadanos[2]. Es por ello que la legalidad en un Estado de derecho debe aspirar a reducir al máximo el margen de maniobra de quienes deciden. Vista así, la legalidad deja de ser algo meramente instrumental de otros objetivos y revela su valor intrínseco.

La concepción tradicional de legalidad penal, plasmada en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*[3] limitaba su horizonte de comprensión a razones formales, prescindiendo de consideraciones materiales o valorativas. Sin embargo, esta posición formalista entró en crisis al igual que el positivismo jurídico, especialmente a partir de las transformaciones de posguerra, en la segunda mitad del siglo XX. Con la evolución del constitucionalismo[4], progresivamente se admitió en la incorporación de una racionalidad material, y no solo procedimental, a la noción de legalidad penal. Esto supuso la existencia de una decisión política que, manteniendo la relevancia instrumental, impuso consideraciones de contenido axiológico también en el campo penal, habilitando su control y exigibilidad jurisdiccional[5]. En la etapa actual del constitucionalismo, la legitimidad de la actividad legislativa incluye necesariamente una dimensión sustancial cimentada en la axiología constitucional, como fuente suprema de la configuración normativa de una sociedad[6].

Entonces, el sentido moderno y más extenso del principio de legalidad penal, nutrido del pensamiento ilustrado en sus aspectos formales, impone primeramente

que la ley penal sea escrita, cierta, estricta y previa (con excepción de la *lex mitior*). Estos corolarios o reglas de la legalidad penal se concretan en las garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, que abarcan los diferentes campos en los que el principio cobra operatividad[7]. Pero este ejercicio del poder también queda sometido por los requerimientos de un elenco de valores y principios surgidos del texto constitucional, más vinculados con la razonabilidad de las intervenciones estatales.

Por último, no puede soslayarse que incluso más recientemente, se constata un proceso de transformación en el que los Estados han ido cediendo de soberanía a favor de una supranacionalidad orientada hacia la integración internacional[8]. Este contexto ha dado origen a una nueva axiología jurídica que no se agota en la regulación constitucional, sino que contempla los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta conjunción impacta en los valores que deben respetarse en las instancias de creación y aplicación de la ley, y también incorpora instancias supranacionales de control jurisdiccional. En este nuevo y complejo marco de creación, interpretación y aplicación de la ley penal, lógicamente se generan tensiones entre las reglas, principios y valores comprometidos, de las que las exigencias de legalidad penal no resultan ajenas[9].

III. Creación, interpretación y aplicación de la ley penal [\[arriba\]](#)

La legalidad, en su comprensión formalista, era vista como un resguardo no solo frente a la arbitrariedad de los gobernantes sino también de los jueces[10]. Por ende, se demandaba que la aplicación normativa por parte de los magistrados permaneciera ajena a toda interpretación que pudiera afectar la decisión legislativa plasmada en la letra de la ley, como si fueran dos tareas totalmente escindibles. Hoy, superada esa concepción, no puede más que reconocerse que la aplicación de la ley penal no es una operación neutral ni aséptica, y que la instancia de sujeción del hecho al derecho no es un mecanismo preciso que concluye en un resultado seguro.

Por el contrario, la concreción de la ley penal necesariamente exige de procesos previos de comprensión o interpretación que, con distintos alcances, se encuentran siempre presentes. Si se asume que interpretar es, ante todo, atribuir sentido al enunciado legal, entonces no solamente las situaciones dudosas demandan interpretar, sino que se trata de un procedimiento inherente a la aplicación de cualquier norma, incluso en los casos aparentemente sencillos o familiares[11].

Por lo demás, la labor de la jurisdicción en sus distintos niveles ya no puede ser vista como un acto absolutamente ajeno al proceso de creación normativo, pues es en el momento de su interpretación operativa cuando la ley termina definiendo sus verdaderos contornos. El ordenamiento jurídico no proporciona de modo directo todas las respuestas, sino que da pautas generales para la resolución de conflictos. El camino que permite definir el sentido de la ley para su aplicación a un caso está dado por la interpretación judicial, siempre dentro de los sentidos posibles que habilita la literalidad del texto y de los criterios de interpretación que define el propio ordenamiento jurídico. Entendido así, el acontecimiento judicial tiene carácter realizativo, pues constituye la configuración de la regla general para la singularidad del caso[12].

Ahora bien, los legisladores lógicamente pretenden que las leyes que sancionan sean interpretadas y aplicadas con cierto sentido y alcance, pero puede ocurrir que posteriormente, en la práctica, las agencias ejecutivas o los jueces las entiendan

de un modo distinto. Esto bien puede deberse a que las normas sancionadas no sean precisas, a defectos de la técnica legislativa o a otras circunstancias, fácticas o jurídicas, ya existentes o sobrevenidas, que conduzcan a que una norma termine siendo aplicada de un modo no previsto o deseado por el legislador.

Por supuesto que la legitimidad propia del legislador para sancionar leyes determina que su voluntad deba prevalecer a la hora de imprimir el significado de los enunciados normativos, pero quien en la práctica resuelve cuál es o ha sido la intención del legislador termina siendo el juez. Así, con el paso del tiempo la ley puede ir adquiriendo una vida propia e independiente de la voluntad legislativa.

Frente a esta situación, en la que el legislador entiende que las normas han quedado desfiguradas en el proceso de interpretación y aplicación judicial, es natural, legítimo e incluso saludable para la división de poderes, que el órgano legislativo reclame la preservación de la intangibilidad de las normas dictadas por el cuerpo de representación de la voluntad popular. Para cumplir con tal cometido, los caminos posibles son dos: dictar una ley que la reemplace o modifique el texto de la norma anterior, o sancionar una norma interpretativa o aclaratoria, que simplemente esclarezca el contenido de la norma interpretada, que se conserva inalterada.

En el primer caso, no caben dudas de que la nueva norma debe ser aplicada a los hechos cometidos a partir de su entrada vigencia, no pudiendo admitirse que sea aplicada retroactivamente, salvo en casos de benignidad, por estricto respeto del principio de legalidad penal. La respuesta se vuelve más conflictiva en relación a las normas interpretativas o aclaratorias. No parece ser tan claro si las exigencias de la legalidad penal, en especial el principio de irretroactividad, se mantienen incólumes ante este tipo de normas o, por el contrario, ceden, pudiendo proyectarse su aplicación hacia el pasado, como si las leyes interpretativas hubieran existido desde el momento de entrada en vigencia de la ley interpretada, adquiriendo una unidad de significado normativo.

En la doctrina nacional se han ensayado algunas soluciones. Por ejemplo, Bidart Campos entendía que

“cualquiera sea la materia regulada por la ley, la ley aclaratoria o interpretativa de otras anterior -a la que en modo alguno puede modificar o reformar- surte efecto retroactivo (con el sentido de que se considera vigente desde que lo estuvo la ley que aclara o interpreta, como si formara con ella un solo cuerpo normativo)”[13].

En similar sentido, Fontán Balestra consideraba que las leyes auténticamente interpretativas producen sus efectos desde la fecha de vigencia de la norma que interpretan, ya que no se trataría de nuevas leyes, aunque aclarando que eso no rige para aquellas que aparentan ser interpretativas, pero modifican el texto legal originario[14]. Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar advierten que debe descartarse la posibilidad de aplicar retroactivamente cualquier ley que se califique como interpretativa, pues eso constituiría un sencillo recurso para violar el principio de legalidad[15]. Se evidencia entonces la relevancia de determinar si una ley es verdaderamente interpretativa o solo aparenta serlo.

Si bien las leyes interpretativas o aclaratorias no están expresamente previstas como un instrumento normativo de singular naturaleza en la Constitución nacional,

en reiteradas ocasiones el Congreso las dictó, y la Corte Suprema reconoció esa facultad, en la medida que salvaran dudas sobre conceptos dudosos, equívocos u oscuros (Fallos: 134:57; 166:133; 184:621; 187:352). En más de una oportunidad la labor de la Corte Suprema radicó en determinar si la nueva ley era genuinamente interpretativa de una norma anterior que requería ser aclarada para dotarla de un sentido unívoco o si, por el contrario, se trataba de una norma con la que se pretendía asignarle un sentido novedoso a la ley supuestamente interpretada. Para cumplir ese objetivo, sometió la ley a test de consistencia y razonabilidad (Fallos: 134:57; 187:352, 267:297; 311:290). La Corte Suprema consideró central este esclarecimiento para aceptar que la ley interpretativa pudiera tener efecto retroactivo (Fallos: 127:106; 134:57; 166:133; 184:621; 187:352; 234:717; entre otros).

No obstante, la Corte Suprema nunca se enfrentó al deber de juzgar la constitucionalidad de una ley penal interpretativa de carácter más gravoso, cuya aplicación pretendiera efectuarse retroactivamente. Al menos hasta el momento de fallar en el caso “Batalla” (Fallos, 341:1768), el 4 de diciembre de 2018. El propio juez Rosenkrantz, en el considerando 28) de su voto en disidencia, reconoció que en otros casos resueltos por la Corte Suprema siempre se trataron cuestiones civiles, previsionales, impositivas o de honorarios, pero nunca penales. Así las cosas, destacar ciertos puntos de ese caso y del contexto en que fue dictado resulta valioso para profundizar en el análisis de la relación entre legalidad penal y leyes interpretativas.

IV. “Muiña” y “Batalla”, separados por la Ley N° 27.362 [\[arriba\]](#)

La Corte Suprema resolvió el caso “Muiña” (Fallos, 340:549) el 4 de mayo de 2017, y el caso “Batalla” (Fallos, 341:1768) el 4 de diciembre de 2018. El objeto de ambos procesos era esencialmente el mismo. La cuestión pasaba por determinar si la regla del 2x1 para el cómputo de pena, prevista en la Ley N° 24.390, resultaba o no aplicable a un condenado por delitos de lesa humanidad. La Corte Suprema resolvió ambos procesos con igual integración y en el término de un año y medio, pero su decisión no fue la misma. Entre los dos fallos, el Congreso nacional dictó la Ley N° 27.362, que en su articulado proclama ser interpretación auténtica de la Ley N° 24.390, y eso resultó dirimente para alterar la postura del máximo tribunal.

IV.1. El caso “Muiña”

Luis Muiña había sido condenado por delitos de lesa humanidad a trece años de prisión. Sintéticamente, la Corte debía determinar si su cómputo de pena debía realizarse aplicando el art. 7 de la Ley N° 24.390, que regulaba la regla del 2x1: después de los primeros dos años de prisión preventiva, cada nuevo día contaba como dos días de pena. El hecho delictivo había sido cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 24.390 (el 22.11.1994) y el encarcelamiento y la condena ocurrieron cuando ya había sido derogada (el 1.6.2001, mediante Ley N° 25.430). Entonces, la decisión pasaba por decidir si el cómputo debía realizarse de acuerdo a lo previsto en la derogada Ley N° 24.390, que lo había regulado de modo más favorable al imputado.

La cuestión se decidió con mayoría de tres contra dos, a favor de la aplicación de esa ley derogada, por tratarse de un supuesto de ley intermedia más benigna. Por la mayoría, el primer voto fue de Rosenkrantz y Highton de Nolasco, mientras que

Rosatti se expidió por su propio voto. Por su parte, Lorenzetti y Maqueda formularon sendas disidencias.

Rozenkrantz y Highton de Nolasco se expidieron por la aplicación de la ley intermedia en función del principio de benignidad penal, agregando que el mismo surtía efectos incluso en los delitos de lesa humanidad. Rosatti resolvió en similar sentido, refiriendo que el legislador no había previsto un régimen diferenciado para delitos de lesa humanidad, por ende, tampoco podían hacerlo los jueces. Añadió que el compromiso internacional de juzgar y sancionar delitos de lesa humanidad debía ser cumplido por los tribunales sin vulnerar la legalidad y el debido proceso, pues eso también puede acarrear responsabilidad internacional.

Lorenzetti planteó que el caso no se resolvía a través del principio de ley penal más benigna, sino que debía tenerse en cuenta todo el sistema de fuentes y los diversos principios que de él emergen. Desarrolló varios fundamentos que lo llevaron a rechazar la aplicación de la Ley N° 24.390. Entendió que no había operado un cambio de valoración social respecto de los delitos de lesa humanidad que justificara la aplicación de una ley intermedia más benigna. Además, planteó que la finalidad de ley del 2x1 no era que se aplicara a este tipo de casos. Añadió que no se daba un supuesto de sucesión de leyes, sino que, por tratarse de un delito permanente, era un caso de coexistencia de leyes, al que debía aplicarse la ley vigente en el último tramo del tiempo de comisión, por lo tanto, no había violación alguna al principio de irretroactividad. Asimismo, estimó que una solución distinta incumpliría la obligación internacional de investigar y sancionar adecuadamente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, pues se estaría desnaturalizando la sanción penal. Por su parte, Maqueda brindó argumentos en sintonía con los de Lorenzetti.

IV.2. La Ley N° 27.362

La decisión de la Corte Suprema en “Muiña” generó un amplio repudio público. Tan solo siete días después del dictado de esa sentencia, el Congreso nacional sancionó la Ley N° 27.362. La norma se adjudica el carácter de interpretación auténtica de la Ley N° 24.390 (art. 3). Rechaza la aplicación del 2x1 a los delitos de lesa humanidad (art. 1), disponiendo además que solo corresponde su aplicación en casos en que el condenado hubiera estado privado de su libertad en forma preventiva en el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de la ley referida (art. 2). Asimismo, dispone que esa nueva norma surte efecto en relación a causas en trámite (art. 3).

IV.3. El caso “Batalla”

Según la propia Corte Suprema, la cuestión a resolver en “Batalla” era básicamente la misma que en “Muiña”: la aplicación o no de la derogada Ley N° 24.390 del 2x1 a un condenado por delitos de lesa humanidad, con la diferencia que el Congreso Nacional ya había dictado la “ley interpretativa” N° 27.362.

El caso terminó siendo resuelto en sentido contrario a “Muiña”, rechazando la aplicación de la ley de 2x1, por mayoría de cuatro contra uno. El primer voto fue de Highton de Nolasco y Rosatti que cambiaron su postura a partir del dictado de la Ley N° 27.362. Lorenzetti y Maqueda, en un voto conjunto, mantuvieron los

fundamentos plasmados en el caso anterior. Rosenkrantz, por su parte, formuló la única disidencia.

Highton de Nolasco y Rosatti, en primer lugar, establecieron que la Ley N° 27.362 era genuinamente interpretativa, manifestando que existían motivos jurídicos y político-institucionales que exigían que la ley del 2x1 fuera aclarada para poder determinar si su aplicación comprendía a los delitos de lesa humanidad. Luego expresaron que correspondía su aplicación a causas en trámites, pues una ley verdaderamente interpretativa integra a la interpretada, y su aplicación no resulta retroactiva, sino que ambas normas se yuxtaponen. En tal inteligencia, aplicaron la Ley N° 24.390 conforme a la interpretación fijada por la Ley N° 27.362 y rechazaron la aplicación del beneficio del 2x1.

Por su parte, Lorenzetti y Maqueda reprodujeron los argumentos sentados en "Muiña", insistiendo en que el conflicto no se resolvía acudiendo al principio de ley penal más benigna, sino que otros compromisos y principios prevalecían a la hora de resolver un caso de lesa humanidad. Dedicaron un único párrafo, al final de su voto, para dejar en claro que para fallar no aplicaban la Ley N° 27.362, afirmando que esa ley no tenía relación directa e inmediata con la solución del caso, por lo que no resultaba conducente expedirse sobre una eventual violación al principio de irretroactividad.

Ahora bien, Rosenkrantz, en su voto disidente, en primer lugar, determinó que la Ley N° 27.352, pese a lo proclamado por el legislador, no es genuinamente interpretativa, sino innovativa, pues ya era posible asignarle a la ley original un sentido unívoco por los métodos canónicos de interpretación legal, y la nueva ley solo buscaba imponer un sentido novedoso.

Destacándolo por sobre lo anterior, agregó que incluso si se tratara de una ley genuinamente interpretativa, aun así, no podría ser aplicada retroactivamente, pues de lo contrario se violaría la prohibición de retroactividad derivada del principio de legalidad penal. Agregó que, en otros casos de leyes interpretativas, concernientes a otras disciplinas del derecho, la Corte Suprema siempre había procurado recalcar que en materia penal estaba vedada la aplicación retroactiva de la ley más gravosa. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la nueva norma.

V. ¿Hacia una nueva legalidad en materia de leyes interpretativas? [\[arriba\]](#)

La lectura de los diversos fundamentos plasmados en cada uno de los votos suscita numerosas cuestiones que ameritan un estudio pormenorizado. Sin embargo, a los fines de este trabajo solo es posible destacar ciertos aspectos vinculados con los alcances del principio de legalidad en relación a las leyes interpretativas.

Se constata que, pese a que todos los magistrados coincidieron en cuál era el objeto de la controversia a resolver en "Muiña" y "Batalla", los caminos seguidos para sustentar sus soluciones fueron tan distintos que ofrecen pocos puntos de contacto y no permiten sacar conclusiones unívocas acerca de la posición del máximo tribunal.

Una aproximación superficial a la cuestión podría llevar a afirmar que, entre un caso y el otro, la Corte Suprema dejó de aplicar la ley intermedia más benigna, por indicación del Congreso a través de una ley interpretativa. De allí, podría

concluirse que, a partir de "Batalla", el máximo tribunal nacional estableció que incluso en materia penal las leyes interpretativas integran la norma original y se aplican retroactivamente (o se yuxtaponen), como si hubieran existido desde el momento de la entrada en vigencia de la ley interpretada. Es decir, que la Corte Suprema no habría realizado ninguna distinción respecto de otros casos previamente resueltos en relación a leyes interpretativas de otras disciplinas. Sin embargo, esta aproximación no luce plenamente acertada. En efecto, esas consideraciones podrían ser ciertas solamente para Highton de Nolasco y Rosatti, pero no son admitidas por Rosenkrantz, Lorenzetti y Maqueda.

En "Batalla", Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz se formulan prácticamente las mismas preguntas, pero las respuestas alcanzadas son opuestas. Los primeros consideran que la Ley N° 27.362 es genuinamente interpretativa, no así Rosenkrantz. Además, solo Highton de Nolasco y Rosatti admiten la aplicación retroactiva -o yuxtapuesta- de las leyes interpretativas en materia penal, por lo que mal puede hablarse de una nueva doctrina consolidada sobre este punto, máxime teniendo en cuenta que Highton de Nolasco ha dejado de formar parte de la Corte Surpema.

La posición de Rosenkrantz es contundente, pues establece que incluso ante las leyes genuinamente interpretativas prevalece la prohibición de retroactividad en materia penal, como un límite infranqueable surgido del principio de legalidad. Esta inteligencia es rechazada por Highton de Nolasco y Rosatti, pero no por Lorenzetti y Maqueda, quienes eluden la aplicación de la ley interpretativa para resolver el caso y, así, se eximen de expedirse acerca de una eventual violación al principio de irretroactividad. Parecería que, sobre este extremo, la postura de Lorenzetti y Maqueda es más próxima a la de Rosenkrantz que a la del otro voto, pues de haber considerado aplicable la ley interpretativa podrían haber resuelto el conflicto valiéndose de la literalidad de una norma del ordenamiento jurídico interno, sin necesidad de acudir a exigencias del sistema internacional de derechos humanos. Si bien esto último resulta plausible, no puede sostenerse de forma concluyente.

Lorenzetti y Maqueda coinciden en la solución final adoptada por Highton de Nolasco y Rosatti, pero, como se reseñó precedentemente, sus fundamentos son diametralmente distintos y ofrecen escasos puntos de confrontación. Poco aportan en relación a las leyes interpretativas. En líneas generales, los argumentos de Lorenzetti y Maqueda para interpretar la ley del 2x1 y definir su ámbito de aplicación se arraigan en los principios y compromisos emergentes del sistema de fuentes en sus distintos niveles. A las claras, su postura se nutre de esa idea de legalidad material que no reniega de la dimensión axiológica y de la necesidad de ponderar los diversos principios comprometidos.

Cabe preguntarse si, en contra de lo que hacen Lorenzetti y Maqueda, Rosenkrantz limita su comprensión del principio de legalidad y lo toma como una regla formal e invencible, que ignora las exigencias axiológicas surgida el derecho internacional. No parece razonable admitir semejante desconocimiento de los criterios actuales por parte de Rosenkrantz, especialmente porque los pronunciamientos vinculantes de la Corte Interamericana de Derecho Humanos no dejan lugar para tal apartamiento[16]. Por el contrario, en sus fundamentos, el magistrado reconoció las exigencias aludidas, pero estimó que la escasa gravedad del caso no ameritaba una solución acudiendo a las normas y principios internacionales, agregando que la

aplicación del 2x1 a ese conflicto no impedía el debido castigo del condenado ni resultaba en una situación de impunidad.

Este último punto conduce a reflexionar que, incluso reconociéndose la existencia de esa dimensión material del principio de legalidad, no deja de ser tarea de la jurisdicción determinar en qué casos y en qué medida se justifica el desplazamiento de la legalidad formal a favor de soluciones con arraigo axiológico que impliquen matizar las exigencias de la ley previa, escrita, estricta y cierta. Lo cierto es que desde la formulación general que caracteriza a los principios y derechos a su aplicación concreta hay una distancia considerable. La aplicación de la ley por los jueces no debe socavar las previsiones del legislador, pero entre más generales e infradeterminadas sean las normas, más difícil resulta inferir respuestas determinantes. Las mismas reglas y principios pueden admitir una pluralidad de soluciones con aspecto proporcional y racional, y eso es lo que vuelve el margen de actuación de los jueces tan amplio.

Pese a la imposibilidad de realizar aquí un análisis crítico de cada uno de sus argumentos, al menos debe reconocerse posturas de Maqueda, Lorenzetti y Rosenkrantz en "Batalla" no solo lucen fundadas, sino que son congruentes con su actuación previa en el caso "Muiña". En este sentido, lo que más podría reprochársele al voto de Highton y Rosatti en "Batalla" no son las consideraciones por las que le reconocen carácter interpretativo a la Ley N° 27.362, ni los efectos que le asignan, sino más bien la transformación de su postura respecto de lo resuelto en "Muiña", pues en esa oportunidad no habían advertido con claridad sobre los requerimientos interpretativos que proclamaron en el fallo posterior.

Así todo, el camino seguido en ese voto podría encontrar cierto sustento doctrinario en una visión dialógica o conversacional de la interpretación constitucional, entendida como una alternativa de las posiciones favorables al activismo o a la autorestricción en la tarea judicial, máxime teniendo en cuenta los profundos desacuerdos que generaban estas cuestiones, no solo en el seno del máximo tribunal, sino en ámbitos académicos y en la sociedad misma[17]. De todos modos, la necesidad de deliberación democrática en torno a la interpretación de la Ley N° 24.390 y especialmente en relación a los alcances de los principios comprometidos no había sido anticipada por los magistrados en su fallo primigenio.

VI. Reflexiones finales [\[arriba\]](#)

Pese al profuso y reiterado reconocimiento del principio de legalidad penal, su mera enunciación no garantiza que sea entendido y dimensionado uniformemente por todos los operadores. Las discrepancias se suscitan especialmente a momento de establecer si una norma o acto del poder público satisface o transgrede las exigencias de dicho principio, labor que se ha vuelto cada vez más compleja a partir de la incorporación de una dimensión material al principio de legalidad. Evidentemente, las exigencias de la legalidad penal se vaciarían de contenido, quedando como meras proclamas de deseo, si quienes se encargan de interpretar y aplicar las normas pudieran alterar sustancialmente el sentido que se les dio al momento de sancionarlas. Aunque lo mismo podría decirse de los legisladores, si pretendieran retrotraer su voluntad hacia el pasado, como si existiera una conexión atemporal entre la psiquis del legislador histórico y el actual.

Hace tiempo ya se advertía sobre la transformación de la legalidad penal a partir de las exigencias del derecho penal de los derechos humanos, entendido como un ámbito de excepción dentro de la potestad pública de sancionar[18]. El cambio de

paradigma surgía de la tensión entre el cumplimiento de las garantías tradicionales en materia penal y los compromisos asumidos en materia actuación positiva para la investigación y sanción de graves violaciones derechos humanos. Esa transformación se plasmó en casos emblemáticos nacionales como “Priebke” (Fallos, 318:373), “Arancibia Clavel” (Fallos, 327:3312) o “Simón” (Fallos, 328:2056). La Corte Interamericana de Derechos Humanos remarcó esa senda, por ejemplo, en el caso “Gelman vs. Uruguay”[19].

Pero la relativización de las exigencias de la legalidad tradicional, que en principio cedía en la investigación y castigo en casos de violaciones de derechos humanos vinculados con crímenes de guerra y lesa humanidad, también fue admitiéndose frente a otros avasallamientos de la dignidad humana. Esto pudo apreciarse, por ejemplo, en el caso “Bulacio vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego fue recogido en el fallo “Espósito” de la Corte Suprema (Fallos, 327:5668). Desde la doctrina se advirtió en aquel entonces sobre “la existencia de legalidades diferenciadas según el campo de aplicación de la potestad penal del Estado”[20]. En la actualidad, esa tendencia expansiva de la legalidad material por sobre la dimensión formal, en miras al cumplimiento de objetivos de justicia, sigue plenamente vigente[21].

Ahora bien, conforme a lo reflexionado, no parece certero considerar que el fallo “Batalla” de la Corte Suprema haya alterado sustancialmente la significación del principio de legalidad penal en relación a las leyes interpretativas. Al margen de la ausencia de consensos en los puntos neurálgicos del fallo, lo cierto es que la resolución poco modifica el paradigma imperante en las últimas décadas. Incluso si se admitiera la competencia del legislador para sancionar leyes interpretativas con miras a satisfacer valores superiores y cumplir compromisos asumidos en el derecho internacional, los tribunales siguen teniendo la decisión final a la hora de controlar la constitucionalidad y convencionalidad de esas decisiones, debiendo ponderar si la instrumentación de esa alegada búsqueda resulta respetuosa de todos los principios y derechos comprometidos en cada caso concreto[22]. Las críticas que puedan realizarse a esta realidad no son otras que las surgidas del inacabable debate sobre la legitimidad democrática de la Justicia.

No caben dudas de que estos temas suponen enormes desafíos teóricos y prácticos. Pero los principios comprometidos son los que sustentan el Estado de derecho y, por ende, la permanente reflexión crítica y la búsqueda de soluciones son tareas valiosas y necesarias.

VII. Bibliografía [\[arriba\]](#)

BIDART CAMPOS, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, T. II-A, Ediar, Buenos Aires, 2009.

BLANCO VALDÉS, Roberto Luis, La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal. Introducción y parte general, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

GARGARELLA, Roberto, "Constitucionalismo dialógico y leyes interpretativas", La Ley, AR/DOC/58/2019.

GATTI, Franco, "La razonabilidad en la escena judicial: hacia un 'Hércules' terrenal, Revista de Ciencias Sociales, Número 77, 2020, 209-222.

HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y de convencionalidad)", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, 2008, 131-156.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 9° ed, Reppertor, Barcelona, 2011.

PETTIT, Philip, "La libertad republicana y su trascendencia constitucional", en BERTOMEU, María Julia, DOMÈNECH, Antoni, DE FRANCISCO, Andrés (comp.), Republicanismo y Democracia, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2010, 41-68.

STRASSERA, Bruno, "El debilitamiento del principio de legalidad", Revista Derechos en Acción, N° 5, 2017.

YACOBUCCI, Guillermo J., "Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo 'Espósito' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)", La Ley, AR/DOC/698/2005.

YACOBUCCI, Guillermo J., "La conflictiva relación entre ley penal e interpretación", Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, Número 1, 2011.

YACOBUCCI, Guillermo J., El sentido de los principios penales, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Cfr. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, Reppertor, Barcelona, 2011, 106.

[2] Cfr. Philip PETTIT, "La libertad republicana y su trascendencia constitucional", en María Julia BERTOMEU, et al. (comp.), Republicanismo y Democracia, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2010, 49.

[3] Se trata de una versión ampliada de la formulación de Feuerbach.

[4] Para un tratamiento de la evolución del constitucionalismo, especialmente las diferencias en el desarrollo del modelo norteamericano, y de los ordenamientos creados a su semejanza, caracterizados desde sus orígenes por la supremacía y la fuerza normativa de la constitución, distinto al de las naciones europeas, que hasta bien entrado el siglo XX no superaron el modelo de Estado legal de derecho, con constituciones meramente políticas, véase: Roberto Luis BLANCO VALDÉS, La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

[5] Cfr. Guillermo J. YACOBUCCI, "Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del

fallo 'Espósito' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)", La Ley, AR/DOC/698/2005.

[6] Cfr. Guillermo J. YACOBUCCI, El sentido de los principios penales, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, 291-292.

[7] Cfr. MIR PUIG, 106-108.

[8] Este fenómeno se constata en los diversos sistemas de protección regionales y también en el universal.

[9] Cfr. YACOBUCCI, "Hacia una...".

[10] En la Europa revolucionaria no existía desconfianza hacia el parlamento y no se contemplaba la posibilidad de que este aprobara una ley contraria a preceptos fijados por la constitución. Esto resultó en que no se establecieran obstáculos para impedir que cualquier ley ordinaria pudiera vaciar el contenido material de la constitución. Cfr. BLANCO VALDÉS, 107.

[11] Se asume esta postura a los fines de avanzar sobre el objeto del trabajo, pero la misma dista de la única existente. Para un tratamiento del tema, véase: Guillermo J. YACOBUCCI: "La conflictiva relación entre ley penal e interpretación", Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, Número 1, 2011.

[12] Cfr. Franco GATTI, "La razonabilidad en la escena judicial: hacia un 'Hércules' terrenal, Revista de Ciencias Sociales, Número 77, 2020, 217.

[13] Germán BIDART CAMPOS, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Ediar, Buenos Aires, 2009, T. II-A, 74.

[14] Cfr. Carlos FONTÁN BALESTRA, Derecho Penal. Introducción y parte general, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 145.

[15] Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI et al., Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2002, 123.

[16] Para un tratamiento de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, vease, Juan Carlos HITTERS: "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y de convencionalidad)", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, 2008, 131-156.

[17] Cfr. Roberto GARGARELLA, "Constitucionalismo dialógico y leyes interpretativas", La Ley, AR/DOC/58/2019.

[18] Cfr. YACOBUCCI, "Hacia una...".

[19] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C. No. 221.

[20] YACOBUCCI, "Hacia una...".

[21] Esto ha llegado a plantearse en casos vinculados a otro tipo de afectaciones de derechos humanos, por ejemplo, en relación a delitos contra la integridad sexual de menores y la prescripción de la acción penal en estos casos, aunque sin lograr un verdadero consenso. Cft. Bruno STRASSERA, "El debilitamiento del principio de legalidad", Revista Derechos en Acción, N° 5, 2017.

[22] En el ya citado caso "Gelman vs. Uruguay" la Corte Interamericana resolvió que, independientemente de que existiera una decisión legislativa con altísima legitimidad democrática (sometida a referéndum), la jurisdicción -el Estado mismo- no podía desentenderse de las obligaciones y principios asumidos a nivel internacional, por lo que debía actuar en contra de lo resuelto por el legislativo.