

# Revista Jurídica



Universidad de  
**SanAndrés**

**N°5 | Dic 2017**

**ISSN 2314-3150**

# REVISTA JURÍDICA

DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS 2017



Nº 5 | 2017

## CUERPO EDITOR

### Director

*Agustín Colque*

### Editores

*Juan Pablo Santa María*

*Macarena Posse*

*Julia Rosenkrantz*

*Nicole De Giusti*

*Lara Benítez*

*Juan Ignacio Leguízamo*

*Agustín Lastra*

*Felicitas Lacioppa*

*Nicolás Sorabilla*

*Julieta Cervetti*

*Federico Szalkowitz*

ISSN 2314-3150

---

*Universidad de San Andrés - Vito Dumas 284 (B1644BID) - Victoria, Pcia. de Bs. As.  
Tel.: (54-11) 4725-7000 - [www.udesa.edu.ar](http://www.udesa.edu.ar)*

**COORDINACIÓN**  
**ACADÉMICA**

*Jimena Báez Breard*

**AUTORIDADES DE SAN ANDRÉS**

**Rector**

*Lucas S. Grosman*

**Vicerrector**

*Martín Rossi*

**Directora del Departamento de Derecho**

*Florencia Saulino*

**ÍNDICE**  
ARTÍCULOS

ARTÍCULOS

---

El huracán Muiña y un nuevo capítulo de la discusión entre reglas y principios <b>Por Alejandro Carrió</b> .....	1
El asesoramiento jurídico en la Administración Pública <b>Por Orlando Javier Moreno</b> .....	39
Actualidad sobre medidas cautelares en materia de patentes de invención en Argentina <b>Por María Laura Etcheverry</b> .....	45

## El huracán *Muiña* y un nuevo capítulo de la discusión entre reglas y principios

por Alejandro Carrió (\*)

### I. Introducción

A principios de mayo de 2017 un huracán se desató en todos los confines del mundo jurídico argentino. La Corte Suprema, mediante una ajustada mayoría de tres votos contra dos, había resuelto un caso llegado a sus estrados<sup>1</sup>. A raíz del fallo dictado, una persona condenada en su momento por delitos considerados de “lesa humanidad” se hacía acreedora a un cómputo más beneficioso de los años transcurridos por él en prisión preventiva, por aplicación de la ley 24.390 conocida como del “2x1”<sup>2</sup>.

El “huracán” al que he hecho referencia se manifestó de distintas formas. Se sucedieron multitudinarias manifestaciones de protesta por las calles. Los programas de televisión fueron visitados por distintos letrados que no ahorraron críticas a lo que la Corte había resuelto. Se hicieron presentaciones frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que encontrara algún remedio al supuesto “dislate” que la Corte acababa de consagrar. En tiempo “record”, el Congreso dictó una ley destinada a impedir los beneficios de esta ley del “2x1” mediante el extraño mecanismo de pretender interpretar, en 2017, lo que los legisladores pudieron haber querido significar cuando sancionaron, en 1994, la referida ley que acordaba el citado beneficio<sup>3</sup>. Los jueces de la Corte que dictaron el fallo mayoritario fueron denunciados penalmente por el delito de prevaricato y un fiscal federal de la Capital llegó al extremo de impulsar la investigación. Los jueces fueron acusados de haber hecho algo cercano a la destrucción del “contrato social” que une al pueblo argentino, y el disgusto respecto de lo que habían firmado pareció no tener fin.

---

(\*) Agradezco especialmente a Alberto F. Garay sus comentarios y su colaboración en la preparación de este artículo. También agradezco a Martín Farrell sus generosos aportes al primer borrador.

<sup>1</sup> El caso se llamó “Bignone”, por ser el imputado que encabezó la carátula del juicio. “Muiña”, a su vez, fue la persona beneficiada por fallo del Alto Tribunal y quien desató, metafóricamente, el huracán al que se refiere el título de este artículo. El fallo es de fecha 3/5/2017, su publicación completa puede verse en [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

<sup>2</sup> Luego veremos en más detalle los alcances de esta ley.

<sup>3</sup> La ley en cuestión es la N° 27.362 (B.O. 12/5/2017).

Este trabajo constará de dos partes. En una primera, explicaré qué fue realmente lo debatido en “Muiña”, pues es altamente probable que buena parte de las airadas críticas dirigidas al fallo se deban a la falta de comprensión respecto del concreto punto de derecho que la Corte fue llamada a resolver. En esta empresa, haré desde ya algunas evaluaciones personales que me llevan a sostener que las reglas jurídicas del derecho argentino no daban mayor espacio para resolver de una forma distinta de cómo lo hicieron los jueces que firmaron el voto de la mayoría del Alto Tribunal.

La segunda parte del trabajo se relaciona con lo que acabo de señalar. Esto es, analizaré desde una óptica algo diferente las razones de por qué entiendo que la solución dada por la mayoría al caso venía como predeterminada por las “reglas jurídicas”. Esta expresión, utilizada de manera consciente, es particularmente relevante. Veremos así que, según cómo delimitemos el concepto de “reglas jurídicas”, estaremos realmente argumentando de una manera sólida o no.

Y en esta difícil empresa, intentaré explicar qué es la pretensión de hacer ingresar en la categoría de “reglas jurídicas”, o “reglas de derecho”, ciertos postulados genéricos o “principios” (en una terminología más reciente, “estándares”), donde radica a mi entender el núcleo central del problema. Ello, al pretender elevar en este caso a la categoría de “regla jurídica” ciertas fórmulas de contornos imprecisos, y además, haberlo hecho con un muy escaso rigor conceptual.

Veremos igualmente que tales “principios” han sido extrapolados de casos judiciales donde la materia sometida a decisión era bien distinta de aquella de la que se buscó extraer conclusiones con contenido jurídico.

Por último, cerraré todas estas disquisiciones con la descripción de lo que constituye, a mi juicio, una verdadera “paradoja conceptual”.

## **II. Primera parte: lo planteado y resuelto en “Muiña”**

### **A. Los hechos relevantes**

Luis Muiña había sido sometido a proceso penal, imputándosele delitos de suma gravedad tales como privación ilegal de la libertad e imposición de torturas, para los cuales el Código Penal contempla penas tanto de reclusión, como de prisión.

Tales hechos tuvieron inicio (y algunos, como veremos, se prolongaron en el tiempo), en los años de la represión ilegal que caracterizó al gobierno de facto surgido del golpe militar de marzo de 1976. Muiña fue detenido y constituido en prisión preventiva el 1° de octubre del año 2007, por lo cual es un hecho no disputado que el 30 de septiembre de 2009 había cumplido ya dos años de prisión preventiva, sin haber sido aun juzgado por el hecho imputado.

El juicio oral concluyó con una sentencia condenatoria respecto de Muiña y de otros imputados. A Muiña se le impuso la pena de trece años de prisión por encontrarlo co-autor de los graves delitos mencionados más arriba, y que fueron calificados como de lesa humanidad. Ese fallo fue dictado con fecha 3 de febrero de 2012, y confirmado por la Cámara de Casación Penal que intervino a raíz de las apelaciones deducidas.

Luego de ello, debió establecerse la fecha de cumplimiento de la condena. En un fallo dictado el 9 de septiembre de 2013, el Tribunal Oral decidió que, a partir del 1° de octubre de 2009, los días transcurridos en prisión preventiva por el imputado debían computarse de acuerdo al sistema establecido en el art. 7° de la ley 24.390<sup>4</sup>. Se sabe que dicha norma vino a modificar el art. 24 del Código Penal que legisla justamente sobre la manera en que debe computarse la prisión preventiva del imputado, a los fines del cálculo de la pena a cumplir. En lo que aquí interesa la ley 24.390 dispuso que:

*“Transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión”.*

En base a esa norma, y siguiendo el criterio imperante en la jurisprudencia, el Tribunal Oral decidió que ese “descuento” de los días transcurridos en prisión preventiva debía extenderse hasta la fecha en que la condena quedó firme, lo que dio una fecha de cumplimiento que provocó el agravio del Ministerio Público.

<sup>4</sup> En la parte que interesa, dicho sistema rigió entre el 22/11/1994 y el 1/6/2001, fecha en que la ley 24.390 fue modificada por ley 25.430, derogándose justamente ese art. 7°.

El motivo por el que el Tribunal Oral entendió que correspondía aplicar el sistema de cómputo dispuesto por esta ley 24.390 a los fines de la fijación de la pena definitiva, resulta simple. La invocación en el pronunciamiento del art. 2º del Código Penal muestra que ese Tribunal Oral entendió que debía aplicar en esta materia la ley penal más beneficiosa para el imputado, Ello, por la razón de que aunque esa ley (la 24.390) no estuviera ya vigente al momento de pronunciarse el fallo, sí lo había estado en un momento anterior<sup>5</sup>.

Para que se entienda lo que viene luego son necesarias las siguientes aclaraciones. Previo a la vigencia de la ley 24.390 reseñada, el art. 24 del Código Penal que, como expliqué, es el que determina la incidencia de la prisión preventiva del imputado en su sentencia de condena, no contenía ninguna disposición que permitiera este cómputo “privilegiado”, por así llamarlo, de los días de prisión preventiva transcurridos luego de cierto lapso de tiempo.

Por otro lado, se sabe que esa ley 24.390 se dictó con el declarado propósito de hacer realidad una garantía expresa de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 7º, inc. 5º, declara que *“toda persona...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”*<sup>6</sup>.

Finalmente, basta leer el articulado de la ley 24.390 para advertir que ella contenía una única categoría de delitos exceptuados de sus beneficios, que eran ciertos delitos previstos en la ley 23.737 sobre tráfico de estupefacientes<sup>7</sup>. Vale decir, nada había en el texto de esta ley, reglamentaria de una norma de la Convención Americana de Derechos Humanos, que permitiera excluir los delitos atribuidos a Muiña del amparo de este cómputo “privilegiado”.

---

<sup>5</sup> El texto del art. 2 del Código Penal es claro al respecto: *“Si la ley vigente al momento de cometerse el delito fuera distinta de la que existe al dictarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”*. Luego veremos la trampa en la que parecen caer los jueces que votaron en disidencia en “Muiña”, respecto del efecto que tendría, en la correcta aplicación de esta norma, la posible caracterización de “permanente” de alguno de los delitos por los que se condenó al imputado.

<sup>6</sup> Este carácter de “reglamentario” de la ley 24.390 respecto del citado art. 7, punto 5, de la Convención Americana surge inequívocamente del art. 9 de la ley.

<sup>7</sup> Aun a riesgo de desordenar la exposición, cabe aclarar que la Corte Suprema, según lo hacen notar los votos de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz, se había pronunciado ya sobre esta excepción consagrada en la ley, tachándola de inconstitucional. De esto me ocuparé también más adelante.

Siguiendo ya con los antecedentes del caso, la Cámara de Casación Penal, por su Sala IV, fue llamada a pronunciarse sobre las impugnaciones del Ministerio Público, respecto de la determinación del vencimiento de la sentencia de condena dictada. A estar al relato de antecedentes, la Cámara de Casación consideró incorrecto lo resuelto, pues señaló que la aplicación del art. 2º del Código Penal invocado por el Tribunal Oral requería de *“algún cambio en la valoración que la comunidad efectúa respecto de la conducta imputada”*.

Refiriéndose ya a la concreta aplicación de la ley 24.390, que era la considerada por el Tribunal Oral como “más benigna”, la Casación dijo que: *“la norma que preveía la aplicación del ‘2 x 1’ no fue la expresión de un cambio en la valoración social de la clase de delitos que han sido atribuidos en este proceso, sino que solo adoptó, durante un corto período de tiempo, un mecanismo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos”*<sup>8</sup>.

También consideró la Casación relevante que durante la vigencia de la ley 24.390 (entre noviembre de 1994 y junio de 2001) Muiña no había estado en prisión preventiva, circunstancia que, dijo, hacía este caso diferenciable del precedente “Arce”, de la Corte Suprema<sup>9</sup>. Todo ello la llevó a revocar el pronunciamiento del Tribunal Oral apelado y a rechazar la aplicación de la ley 24.390 como ley penal más benigna.

Con este telón de fondo, la defensa de Muiña llevó su caso a la Corte Suprema. Adelanto que el fallo de la Cámara de Casación fue revocado por la Corte, mediante el voto conjunto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz, más la concurrencia del juez Rosatti. Los jueces Lorenzetti y Maqueda votaron en disidencia.

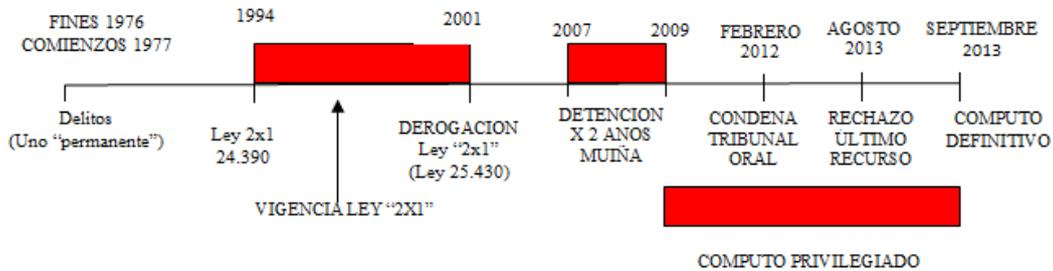
Por entender que esto facilitará bastante la comprensión de los temas centrales sobre los que debió fallar la Corte Suprema, incluyo a continuación una línea de tiempo que muestra los hitos centrales de la cronología que acabo de reseñar.

---

<sup>8</sup> Ver estas citas en el voto concurrente del juez Horacio Rosatti, cons. 2º.

<sup>9</sup> Verlo en “Fallos”: 331:472. Este fallo de la Corte dice también algunas cosas de interés sobre las que también volveré.

LÍNEA DE TIEMPO



**B. Las cuestiones sometidas a decisión de la corte y las respuestas de los jueces**

*II. B. a. El art. 24 del Código Penal (según ley 24.390) y su naturaleza. La posición de los jueces en "Muiña"*

Una primera cuestión a resolver se vincula con la naturaleza de esta norma del Código Penal. Como veremos, el juez Lorenzetti sostuvo que no se estaba realmente ante una ley penal, pues ella solo buscó reglamentar un instituto de entidad procesal, como es la prisión preventiva. De allí, en su criterio, la inaplicabilidad al caso del mandato del art. 2º del Código Penal, en cuanto impone recurrir a la ley más benigna.

Fuertes razones me llevan a sostener que estamos ante una norma penal. Para empezar, ella está contenida en el Código Penal, sancionado por el Congreso, y de aplicación para todo el país. El art. 24 del Código Penal se ubica en el Libro Primero, dentro del Título II "De las Penas", y parece difícil imaginar algo más propio del derecho penal que la pena.

Además, el caso "Arce" de la Corte Suprema mencionado *supra*, se encargó de refutar el argumento de que la ley 24.390 tendría solo un alcance "procesal", que evitaría la aplicación de la ley más benigna. Y no solo eso, "Arce" explicó que **correspondía su aplicación como ley más benigna, aun cuando su real naturaleza no fuera "penal", sino solo "procesal"**.

En efecto, en “Arce” la Corte, con remisión al dictamen del Procurador General Righi, resolvió dos cosas de sumo interés:

Primero: Que la aplicación retroactiva al caso de la ley 25.430 (la derogatoria del cómputo del “2 x1”), en vez de la 24.390, “*se halla vedada por el principio constitucional mencionado* (se refiere al de legalidad del art. 18 de la Constitución) *en atención al carácter material que -en mi opinión- ostentan las reglas de cómputo de la prisión preventiva*”<sup>10</sup>.

Segundo: Que en materia de la aplicación de la ley más benigna del art. 2, Código Penal, ella debe proyectarse a la materia del cómputo de la prisión preventiva. El Procurador dijo así que “*tratándose de normas que afectan la libertad ambulatoria, la prohibición de retroactividad regiría incluso si se considerara que revisten carácter procedimental*” (Ver estas citas en el dictamen del Procurador General, Apartado IV, últimos dos párrafos, Fallos: 331:472, 475). Este fallo “Arce” contó con los votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. La juez Argibay propició la desestimación del recurso con invocación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El voto inicial de los jueces Highton y Rosenkrantz en “Muiña” recoge adecuadamente este precedente “Arce”, en lo relativo al carácter “material” de las reglas referidas al cómputo de la prisión preventiva. Así lo dicen, sin esfuerzo, en el último párrafo del considerando 6º de su sentencia.

El que cambia su posición es el juez Lorenzetti. En efecto, luego de haber firmado el voto mayoritario en “Arce”, en “Muiña” sostiene que no corresponde adjudicarle a la ley 24.390 el carácter de ley penal más benigna. Refiriéndose a ella, dice que “*se trató de una ley de naturaleza procesal concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables exigidos por el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” (su voto, cons. 15).

---

<sup>10</sup> Este carácter “material”, y “de fondo”, de lo dispuesto por el art. 24 del Código Penal según el texto de la ley 24.390, como fundamento para su aplicación “ultractiva” pese a su derogación, fue confirmado por la Corte en el fallo “Bocazzi”, sentencia del 12 de mayo de 2015, votos de los jueces Lorenzetti, Highton y Maqueda, por remisión al dictamen del Procurador General. Causa “B-412, L XLIX”. Agradezco especialmente a Pablo Hirschmann haber llamado mi atención sobre este fallo, confirmatorio de los principios del caso “Arce”.

La forma en que este voto intenta diferenciar lo que se había firmado en “Arce” es insustancial para este punto concreto. En efecto, la diferenciación intentada se centra en que, en “Muiña”, y a diferencia de “Arce”, su detención preventiva no se había materializado durante la vigencia de la ley 24.390<sup>11</sup>, sino varios años después de su derogación por la ley 25.430. También señaló el juez Lorenzetti que en esa norma derogatoria (la 25.430), expresamente se había aclarado en su art. 10 que “*la presente ley* (se refiere a la 25.430) *integra el Código Procesal Penal de la Nación*” (ver cons. 14).

Para empezar, es claro que si “Muiña” estuvo o no detenido durante la vigencia temporal de la ley 24.390 no es un elemento útil para determinar si estamos ante una ley que deba integrar el concepto de ley más benigna, en los términos del art. 2 del Código Penal. A lo sumo es un dato que servirá para calibrar si ese es un buen argumento para permitir la aplicación de una ley posterior, por sobre una anterior más benigna (lo que en “Arce” se fulminó como violatorio del principio de legalidad).

Además de ello, que la ley posterior exprese algo que la anterior más benigna no decía (esto es, que ella integra el Código Procesal Penal), no cambia el eje de la discusión acerca de si el art. 2 del Código Penal resulta aplicable, y tampoco desvirtúa la fuerte afirmación de “Arce” acerca de que **incluso si se le diera a aquella el carácter de norma “procedimental”, aun así regiría a su respecto la aplicación del principio de ley más benigna.**

*II. B. b.- El art. 2 del Código Penal no ofrece dificultades de interpretación. Normas análogas en Pactos Internacionales y el valor del principio “pro homine”*

*II. B. b.1. La fuerza de “siempre” y la ley relevante para esta discusión*

Ante todo, dejaré para después el análisis de la posible naturaleza “permanente” de delitos tales como el de una privación sostenida de la libertad, pues considero que eso es materia de una discusión diferente y que nubla la adecuada solución del caso.

---

<sup>11</sup> Recuérdese que ella rigió hasta el 1° de junio de 2001.

Hecha la aclaración, parece bastante evidente lo que sigue. Cada vez que exista el supuesto previsto por el art. 2 del Código Penal, o sea, que la ley vigente al tiempo de cometerse el delito sea distinta de la que existe al dictarse el fallo (o en el tiempo intermedio), los tribunales deben “*siempre*” aplicar la más benigna.

Como justamente la norma del art. 2 se refiere a los supuestos de posible sucesión de leyes, el art. 3 del Código Penal aclara algo en verdad bastante único, y de especial pertinencia para el caso: Que “*en el cómputo de la prisión preventiva se observará **separadamente** la ley más favorable para el imputado*”<sup>12</sup>.

La ley más benigna, cuya aplicación reclamó Muiña, **es la ley 24.390** que, justamente por su derogación en 2001, no era ya “*la ley que existe al pronunciarse el fallo*” (lenguaje del art. 2 del C. Penal).

Al dictar el Tribunal Oral su cómputo de pena en el auto del 9 de septiembre de 2013 (ver la línea de tiempo incluida más arriba), debió por imperativo legal elegir “*separadamente*” la ley más favorable, aplicando ultractivamente una ley derogada más benigna.

Y esta obligación de escoger la ley derogada más benigna, pues por ella debe optarse “*siempre*”, es una cuestión “*separable*” (según ordena el art. 3 del C. Penal), de si el delito por el que se lo encontró culpable al imputado debe o no ser catalogado de “*permanente*”, según se analizará luego.

Al momento de dictarse el fallo que dio origen a la intervención de la Corte (**el de cuantificación del monto de pena que restaba cumplir, de septiembre de 2013**), la única cuestión por delante era la de escoger el sistema legal más beneficioso para el imputado a los fines de dicho cómputo. Y allí, nuevamente, la elección del tribunal no fue difícil. Entre la norma del art. 24 del C. Penal previa a la ley 24.390, la de su texto según la ley 24.390, y la que rigió a partir de junio de 2001 por imperio de la ley 25.430, el Tribunal Oral optó correctamente por “*el art. 7º de la ley 24.390, en su versión original por resultar*

<sup>12</sup> El énfasis de “*separadamente*” es obviamente mío. Lo de “*bastante único*”, a su vez, responde a lo siguiente. En esta materia, “*el juez debe tomar a las dos leyes como hipotéticamente coexistentes, y efectivamente lo son durante un tiempo, pues unos casos resultan regidos por una ley y otros casos por la otra. El juez no resuelve cuál de las dos leyes es **vigente**, sino cuál de las dos **aplica a ese caso***”. Sebastián Soler, Tratado de Derecho Penal Tipográfica Editora Argentina, 1978, T. I, pag. 193. El énfasis, aquí, en el original.

*ley penal más benigna*” (lenguaje del pronunciamiento del Tribunal Oral del 9 de septiembre de 2013).

No voy a reproducir aquí los pasajes de los votos de los jueces Highton y Rosenkrantz, por un lado, y el del juez Rosatti, por otro, pues ellos no se apartan, como no podrían haberlo hecho, de aquello que parece -y en verdad es- extremadamente simple.

La ley no les daba ningún margen para dejar de aplicar esa ley 24.390, al eliminar la conjunción de los arts. 2 y 3 del Código Penal todo posible margen de discreción interpretativa. Recurrir ante un texto legal tan claro a pautas tales como los “deseos del legislador”, “el fin último de la ley”, “las consecuencias” a que conduciría su aplicación, cuando es la misma ley penal la que indica lo que debe hacerse “siempre”, es atribuirles a los jueces una prerrogativa que el sistema republicano no confiere. Los votos que menciono, por lo demás, lo explican elocuentemente.

*II. B. b. 2. ¿Y los pactos Internacionales? La trascendencia del principio “pro homine”*

Dos normas podrían citarse aquí, de idéntica redacción. Una es el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en lo pertinente dice: “*Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

La segunda está en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 15, primera parte, redactada exactamente igual. De este artículo, se sabe también, debe descartarse lo indicado en su segundo párrafo, respecto de la distinta consecuencia que cabe a asignar en caso de actos “*delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”. Para esos supuestos, expresa el párrafo segundo del art. 15, no rige el derecho a la aplicación de la ley más benigna enunciado al comienzo.

La razón por la que debe descartarse este segundo párrafo es porque la Argentina suscribió este Pacto con la expresa reserva que surge del art. 4º de la ley 23.313. Esta dice:

*“El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional”.*

Ahora bien, considerando la discusión en torno a la ley 24.390 y su sistema de cómputo privilegiado, podría cuestionarse que no es exactamente lo señalado por estos instrumentos, que requieren *“la imposición de una pena más leve”*. Vale decir, bien podría sostenerse que la consagración del sistema de cómputo de prisión preventiva más favorable sancionada en el año 1994 no equivalió en realidad a la *“imposición de una pena más leve”*.

Los votos que hicieron mayoría en este caso tuvieron la prudencia de no fundar su fallo en estas normas, pese a que ellas habían sido materia de discusión en el caso (Ver considerando 4º de los votos que hicieron mayoría).

Pero la duda acerca de la aplicación de una norma de contenido convencional no debe hacernos perder de vista algo que los jueces consideraron prioritario. Esto es, el derecho a la aplicación de una ley derogada más benigna, de modo de consagrar su ultractividad, la cual tenía (y tiene) en los arts. 2 y 3 del Código Penal una base legal incontrastable.

Y al tenerla, se vuelve enteramente operativa la norma de interpretación contenida en el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto señala que:

*“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

*...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con cualquiera de las leyes de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”* (énfasis agregado).

Parece claro que al momento de suscribir la Argentina el llamado Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la aplicación de la ley penal más benigna del Código Penal llevaba más de un siglo y medio de vigencia. Y también resulta claro que el estatus de norma más beneficiosa para el imputado de la ley 24.390 había sido afirmado por la Corte Suprema en un fallo relativamente reciente (“Arce”), suscripto por una cantidad apreciable de jueces.

No sorprende entonces que quienes firman la sentencia de “Muiña” le hayan asignado a los arts. 2 y 3 del Código Penal la trascendencia que le dieron.

*II. B. c. El carácter “permanente” del delito de privación ilegal de la libertad y la necesidad de despejar un equívoco*

Vamos ahora a la parte que más dificultades conceptuales puede ofrecer, siempre que nos hagamos la pregunta equivocada.

*II. B. c. 1. El planteo*

El voto en disidencia del juez Maqueda en “Muiña” plantea lo siguiente. De los delitos atribuidos a Muiña, existe uno especialmente relevante, que es la privación de la libertad de una persona de apellido Roitman que, al momento del dictado del fallo condenatorio de 1ª instancia (febrero de 2012), continuaba en calidad de desaparecido. Otras víctimas del accionar del Muiña, en cambio, o bien recuperaron su libertad en los días posteriores a su secuestro entre fines de 1976 y principios de 1977, o bien fallecieron durante el mismo año 1976.

El estado de “desaparición” de Roitman, prolongado largamente, implica la posibilidad de calificar a su privación de la libertad como un delito “permanente”. O sea, uno cuyo momento de comisión se prolonga por todo el plazo en que continúa ese estado de privación de la libertad<sup>13</sup>.

El voto del juez Maqueda, entonces, y a partir del considerando 9º, explica que esta caracterización de “permanente” impide la aplicación pretendida del art. 2 del Código Penal. En sus palabras:

*“El carácter permanente de un delito implica que si durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del art. 2º del Código Penal, donde se debe aplicar siempre la más benigna), sino de un supuesto de*

<sup>13</sup> A los fines del análisis que efectuaré daré por válida la caracterización de “delito permanente” asignada a lo sucedido con esta víctima, aun cuando existen autores que tildan a este criterio de “ficción”, dado el muy extenso tiempo transcurrido entre la desaparición en cuestión y el momento del dictado del fallo. En esa línea, Roberto Gargarella añade una crítica conceptual de peso. Concluir que Muiña siguió privando de la libertad al Sr. Roitman durante la vigencia de la ley 24.390 (entre los años 1994 y 2001), lleva inexorablemente a que ésta sea la “ley vigente” al momento de cometer el delito. Ello refuerza entonces la imposibilidad de eludir su aplicación, en base al principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional. Ver su trabajo “Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna. El caso ‘Bignone’ y el test de la mirada”, en Revista La Ley, Edición Especial del 18 de mayo de 2017, pág. 14.

*coexistencia de leyes y siendo que solo una de ellas es la que se debe aplicar -porque es uno el delito cometido- debe aplicarse la vigente en el último tramo de la conducta punible, aun cuando sea la más gravosa” (Cons. 9º del voto, 2º, párrafo; citas omitidas, el énfasis, por las importantes razones que se verán, es mío).*

Luego de ello el juez Maqueda ofrece las razones por las que entiende que en los llamados “delitos permanentes” no resulta lesionado el principio de legalidad, ni siquiera cuando se les aplica una nueva ley. Con citas de pronunciamientos de la Corte Interamericana se señala que “*la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo*” (Ver cita del caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia de la Corte IDH del 24 de febrero de 2011, apartado 236; el énfasis, nuevamente, es mío).

Otros pasajes de este voto, con otras citas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, explican por qué “*se ha descartado que la aplicación de la norma penal más gravosa dictada durante el transcurso de un delito cuya comisión se extiende en el tiempo apareje una violación al principio de legalidad del art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos*” (los transcripto corresponde al mismo considerando 9º).

El voto del juez Lorenzetti recoge también esta línea de fundamentación. Ver sus argumentos a partir del considerando 17.

## *II. B. c. 2. La confusión*

Ni el caso “Gelman vs Uruguay”, ni la postura que se expone en estas disidencias contrarían el derecho a la aplicación de la ley 24.390 reclamado por el imputado en “Muiña”.

El error central del planteo es pensar que la posible “coexistencia” de normas represivas durante todo el lapso de comisión de un delito permanente, o la posible tipificación de figuras más graves durante la continuada comisión de éste, es el meollo de lo que aquí se debate.

Una breve mención de lo discutido en “Gelman”, en el exacto párrafo de la sentencia de la Corte Interamericana que se cita (el 236), sirve para ilustrar lo que afirmo. Lo debatido en esa sección de la sentencia fue: si “*al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva*”.

Considerar aplicable esta nueva ley que tipificaba de manera especial un delito que antes podía tener un alcance diferente, era importante a fin de resolver los planteos de caducidad que se habían deducido, producto de amnistías cuya validez debía también analizar la Corte Interamericana.

Ahora bien, justamente la naturaleza “permanente” del delito investigado, como es la desaparición forzada de una persona, fue lo que permitió a la Corte Interamericana afirmar que resulta válido “*aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo*” (ídem, párrafo 236).

La idea que subyace a este razonamiento es la siguiente. Si durante la comisión de un delito cuya comisión se prolonga en el tiempo se sanciona una nueva figura penal más grave, o bien a la existente se le agrava su penalidad, la aplicación de la nueva figura penal (antes inexistente) o la aplicación de la mayor pena contenida en la nueva ley, no hace que estemos ante la violación del principio de legalidad.

El “continuar” cometiendo un delito luego de que el legislador -o una Convención a la que el país de que se trate ha adherido- le ha asignado a la conducta que se “viene cometiendo” un estatus más gravoso, importa un notorio desprecio del autor por esa mayor gravedad contenida en la nueva ley. Esta última puede serle aplicada al imputado sin violación al principio de irretroactividad de la ley penal o al de legalidad.

En este contexto, se entiende que el juez Maqueda haya hablado, como enfatice antes, de que “*es uno el delito cometido*”, el cual principió su ejecución en un momento determinado y continuó cometiéndose bajo la vigencia ya de una ley posterior. También se entiende que mencionara la “*entrada en vigor del tipo penal respectivo*”.

La idea subyacente, reitero, es que el continuado desprecio por lo que las leyes indican impide que el imputado pueda invocar la tipificación anterior menos gravosa, o la pena anterior más benigna.

Dicho todo esto, sostengo que esta cuestión, que trata de nuevas tipificaciones de delitos o agravamientos de pena, no tiene en verdad ninguna conexión con lo planteado en “Muiña”. Aquí, lo debatido no fue la sanción de una ley más gravosa referida al específico delito que se había empezado a cometer (la privación ilegal de la libertad), **sino algo muy diferente, como es la forma del cómputo de la prisión preventiva.**

De allí que sea sumamente impropio hablar de “*coexistencia de leyes*” entre la que era más beneficiosa para el imputado (la 24.390), y aquella vigente al momento de dictarse el fallo (la 25.430), **desde el momento en que ésta derogó a su antecesora.**

En suma, hacer el esfuerzo de caracterizar como “permanente” a la ley **de fondo** por cuya infracción se condenó a Muiña (una privación ilegal de la libertad de quien jamás apareció), nada agrega a la discusión sobre si la manera de computar una prisión preventiva al amparo de una ley (la del “2 x 1”), podía ser válidamente reclamada por el imputado pese a no estar vigente al momento de efectuarse el cómputo final de su condena. Ello, por el sencillo hecho de ser la misma más benigna.

Reitero, la cita del caso “Gelman” y las demás menciones a principios aceptados en los tribunales de derechos humanos sobre la viabilidad de aplicar tipificaciones más gravosas o penas más altas en base a normas “de fondo” sobrevinientes, resultan insustanciales para la correcta decisión de lo planteado en “Muiña”.

Y en este punto, es bueno recordar otra vez que la resolución que debía dictar el Tribunal Oral, y que motivó la posterior intervención de la Corte Suprema, se limitó a establecer el “*Cómputo de detención y pena de Luis Muiña*”<sup>14</sup>. Para ese momento, la concreta determinación de los delitos cometidos, la elección de la ley penal de fondo que rigió el caso y la asignación de la pena específica adjudicada a Muiña eran temas ya establecidos por el Tribunal Oral en su sentencia condenatoria, la cual había adquirido firmeza.

<sup>14</sup> Así se titula el breve auto de cómputo del Tribunal Oral, de fecha 9 de septiembre de 2013, obrante a fs. 4435 del expediente que llegó a la Corte en apelación.

Esta “confusión” entre la única cuestión que debía resolverse en Muiña y los tipos delictivos que pudieron haberse infringido, desdibuja notoriamente la utilidad de los ejemplos que propone Gargarella en su trabajo citado en nota 13, *infra*. En efecto, su clasificación entre: (i) “casos arquetípicos” de aplicación del fundamento de la ley penal más benigna (una comunidad ha dejado de considerar “falta grave” lo que antes se reputaba como tal); (ii) “casos complicados” (la valoración social de lo que debe ser delictivo es variable, considerándose primero a una determinada conducta como “falta grave”, luego no, y en un tercer momento, otra vez sí); y (iii) “casos inaceptables” (una conducta muy grave es despenalizada por un gobierno irracional que, afortunadamente deja el poder y su sucesor retoma la senda de lo razonable), poco agrega a la discusión del caso “Muiña”. Es que, como dije, al momento de determinarse el cómputo final de la pena no existía ya discusión alguna acerca de los delitos asignados a Muiña, ni era entonces necesario hacer fincar el análisis en la mayor o menor reprobación social de los delitos efectivamente cometidos.

### *II. B. c. 3. La respuesta de la mayoría en “Muiña”*

La respuesta de los votos mayoritarios a esta cuestión de la incidencia de los llamados “delitos permanentes” resultó adecuada.

En el voto de los jueces Highton y Rosenkrantz, el tema se ataca a partir del considerando 9°. Allí se señala que no se discute que se esté ante un delito permanente (ver 2° párrafo de ese considerando). También se acepta que “*la misma calificación prevé el art. 3° de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 aprobada por ley 24.566 y elevada a jerarquía constitucional por ley 24.820*”. Este voto concede además que los Estados deben adoptar medidas legislativas para tipificar como delito la desaparición forzada y considerarlo como continuado o permanente, mientras no se establezca el destino de la víctima.

Pero lo que también se hace más adelante, correctamente, es explicar que la Corte Interamericana no se expidió puntualmente sobre el mismo tema que la Corte debió resolver en este caso (Ver el desarrollo en el considerando 13 del voto). Se recuerda ahí entonces que en el caso “Gelman vs. Uruguay”, invocado por el juez Maqueda en su

disidencia, “*se decidió una cuestión diferente a la debatida en esta causa, más precisamente, que la tipificación sobreviniente de la conducta punible mediante la figura de la desaparición forzada de personas, no era violatoria de la garantía de la irretroactividad de la ley penal en tanto dicha nueva tipificación, por un lado, era requerida por la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta punible...y, por el otro, era consecuencia de la obligación de investigar y sancionar hechos de tal especie sí requerida por el ius cogens*” (El énfasis es mío).

La conclusión del voto mayoritario en “Muiña”, la cual comparto, es que: “*En ninguno de los casos mencionados hubo pronunciamiento alguno respecto de la aplicación de una ley más benigna*”. Ello, porque la ley penal más benigna reclamada no se refirió a una cuestión de tipificación de un nuevo delito (para lo cual la naturaleza permanente del delito de que se trate es relevante), sino a un mero cómputo de detención y pena. En ese contexto, los jueces debían aplicar ultractivamente una ley derogada (la 24.390), por ser más benigna.

Hay además en este voto un esfuerzo por explicar cómo los casos previos llegados a la Corte no habían permitido conformar una mayoría clara acerca de cómo resolverlos. En este punto, es relevante señalar que **en ninguno de ellos se había consagrado el criterio de que en los delitos permanentes resulta inválida la aplicación de la ley 24.390, a los fines de determinar el cómputo de la pena**. Incluso, en casos donde sí se había aplicado dicho beneficio, y que motivó el agravio del Ministerio Público así como un expreso pedido del Procurador General para que se restringiera la aplicación de los beneficios de la ley 24.390 a casos de delitos de “lesa humanidad”, la Corte desestimó el recurso del Ministerio Público por aplicación de la fórmula del art. 280 del Código Procesal Civil de la Nación<sup>15</sup>.

En dos casos relevantes originados en un mismo imputado, de nombre “Rei”, la Corte volvió a dejar pasar la oportunidad de sentar jurisprudencia clara sobre la incidencia de los delitos permanentes en los cambios legislativos. En “Rei” (1)”<sup>16</sup>, se había denegado la excarcelación del imputado, en un caso que versaba sobre ocultación de menores de edad. Este fue considerado un delito permanente, “*pues la acción típica cesa cuando se descubre*

<sup>15</sup> El caso es “Simón”, Corte Suprema, sentencia del 6 de agosto de 2013. S.1 XLIX. La desestimación del recurso fue firmada por los jueces Lorenzetti, Highton, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda.

<sup>16</sup> “Fallos”: 330:2434, sentencia del 29 de mayo de 2007.

*la verdadera identidad de la víctima*” (del dictamen del procurador General, capítulo II). La denegatoria de la excarcelación se apoyó en la mayor pena resultante de una ley posterior al comienzo de ejecución del delito (ley 24.410, que agravó las penas del art. 146 del Código Penal). Ello fue cuestionado por la defensa con invocación, entre otras normas, de lo dispuesto por el art. 2 del Código Penal y de lo dispuesto en los Pactos Internacionales a los que ya me he referido .

La Corte, por mayoría, y con remisión al dictamen del Procurador General, declaró la improcedencia del recurso extraordinario de la defensa. Entendió que dada la materia por la que había sido concedido el recurso, la cuestión versaba en verdad sobre la interpretación de normas de derecho común (el art. 146 del Código Penal y su modificación por ley 24.410), y que las cláusulas constitucionales invocadas por el recurrente no eran idóneas para la procedencia del recurso (ver Cap. IV del dictamen del Procurador).

Sólo el juez Zaffaroni votó en disidencia. Con remisión al criterio expuesto por él en el caso “Jofré” (Fallos: 327:3279), consideró que le asistía razón a la defensa y que debía hacerse lugar al recurso deducido.

En “Rei” (2)<sup>17</sup>, que había llegado a la Corte por invocación del imputado del cómputo privilegiado de la ley 24.390 del “2x1”, el cual había sido rechazado en las instancias previas, sucedió lo siguiente. La mayoría de la Corte desestimó el recurso de la defensa con invocación del art. 280 del Código Procesal Civil de la Nación.

El juez Zaffaroni, en cambio, votó en disidencia y a favor del cómputo privilegiado. Ello, pese a tratarse claramente de un supuesto de “delito permanente”, en el marco de un pedido de aplicación de los beneficios de la llamada ley del “2 x 1”. Lo hizo con remisión a la doctrina de “Arce”, que había sido citada por los jueces que votaron en mayoría en “Muiña”, como fundamento de su decisión.

#### *II. B. d. La cuestión del “cambio de valoración” como presupuesto de la aplicación del art. 2 del Código Penal*

<sup>17</sup> R.829, XLVIII, Recurso de Hecho, sentencia del 10 de diciembre de 2013.

Recuérdese que el argumento de la Cámara de Casación para revocar el cómputo de pena efectuado por el Tribunal Oral y desechar la aplicación de la ley más benigna, había sido el siguiente. La solución normativa consagrada en el art. 2 del Código Penal requiere, como presupuesto para su aplicación, que el dictado de la ley más benigna haya respondido a un verdadero cambio de valoración en la conducta imputada.

El argumento se completa explicando que en ningún momento había variado la valoración respecto a la gravedad de los delitos imputados a Muiña, por lo que el art. 2 del Código Penal estuvo mal aplicado.

El voto en disidencia del juez Lorenzetti comparte este criterio (Ver lo afirmado en el considerando 14, cuarto párrafo).

Una primera respuesta a esta línea argumental aparece con claridad en el voto de los jueces Highton y Rosenkrantz, al señalar que: *“en un estado democrático los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido. La ley 24.390 significó un cambio de valoración respecto de las consecuencias de la duración excesiva de la prisión preventiva. Por lo tanto el argumento del tribunal apelado no puede ser admitido. A todo evento, el razonamiento del a quo resulta inaceptable porque contradice el claro texto del art. 2º del Código Penal”* (ver considerando 7º de ese voto, segundo párrafo).

El voto del juez Rosatti, a su vez, contiene una réplica de fuerza equivalente (ver allí el considerando 8º).

Una segunda crítica al argumento de la supuesta necesidad de cambio en la valoración social del delito imputado, es ya de mi cosecha. Parece haber aquí una nueva confusión entre lo que es **la materia delictiva que se le imputó a Muiña** (los secuestros y tormentos, respecto de los cuales es claro que no existió ninguna valoración social positiva de nadie), con lo que fue en el caso la concreta ley penal más benigna cuya aplicación se reclamó.

En este caso, es claro que esa valoración existió, pues se supone que cuando los legisladores actúan lo hacen persiguiendo algún propósito valorativo, la cual fue independiente de considerar a los delitos cuya condena quedase alcanzada por esta norma, más o menos disvaliosos.

Es más, la única valoración contenida en la ley 24.390 relativa a delitos que no debían quedar alcanzados por la ley fue la mención de aquellos previstos en ciertos artículos de ley 23737 sobre estupefacientes. Esta diversa valoración, y la consiguiente excepción a los beneficios del “2 x 1”, por lo demás, había sido declarada inválida por la misma Corte como violatoria de la garantía de la igualdad. Ello sucedió en el caso “Véliz”, que el voto emitido en primer término en “Muiña” cita<sup>18</sup>.

### III. Segunda parte: “reglas” y “principios”

#### A. La aparición en escena de un “cuerpo jurisprudencial, nacional y supranacional”

Parece bastante claro que las reglas de derecho positivo apoyaban decididamente lo resuelto por la mayoría de la Corte en “Muiña”.

Basta repasar el directísimo lenguaje de los arts. 2 y 3 del Código Penal, los que no se prestan a ningún equívoco, así como la norma interpretativa del art. 29 b) de la Convención Americana de DDHH, para concluir en la existencia de reglas bien precisas que determinaban esa, y sólo esa, solución del caso. A ello cabe agregar el carácter de “reglamentaria” de la ley 24.390 de otra norma de la Convención Americana (la del art. 7 inc. 5°), para que quede claro que el derecho positivo, tanto de jerarquía legal como convencional, estaban del lado del planteo de Muiña.

---

<sup>18</sup> En “Veliz”, Recurso de Hecho, V.210, causa N°5640, sentencia del 15 de junio de 2010, la Corte dijo que debía honrarse el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, acordado a toda persona detenida según los términos del art. 7, ap. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Agregó que “*la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas, por más aberrantes que puedan ser...importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de prisión preventiva al convertirla en pena anticipada*”. También explicó la Corte que “*la asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de rango constitucional tales como la presunción de inocencia, la libertad personal y el plazo razonable dentro del proceso*”.

Vimos también que es relativamente fácil disolver el aparente problema creado por la caracterización de uno de los delitos atribuidos como “permanente”, en el sentido de que ello impediría hablar de una sucesión de leyes en el tiempo. Según el argumento que se pretendió esgrimir, ese carácter de “permanente” haría que estemos ante normas “coexistentes” y no “sucesivas”, al ser “uno solo el delito cometido”.

La línea de tiempo que muestra cuál era la única cuestión a resolver al momento del cómputo de la pena es suficiente prueba de que, en esta especial materia, había una ley (derogada) que resultaba más beneficiosa para el imputado que la vigente al momento de dictar sentencia. Bajo esa óptica, existió sin duda una sucesión de leyes, y la derogada (la 24.390), por ser más benigna que la ley 25.430 que la sucedió, debía ser aplicada a fin de no ignorar el claro mandato de los arts. 2 y 3 del Código Penal.

Vimos por último que el art. 24 del Código Penal (reformado por la ley 24.390) es una norma de contenido penal, carácter reconocido por la Corte en los precedentes “Arce” y “Bocazzi”, y que aunque se la tildara de “procesal”, la misma Corte señaló que por tratarse de una norma relativa a la libertad de las personas cabía su aplicación ultra activa.

Si todo esto es así, y lo es, ¿por qué lo resuelto en “Muiña” despertó una andanada de críticas no sólo de personas ajenas al Derecho sino también de buena parte de la comunidad académica?

Una primera y fácil respuesta (más comprensible en los legos), es que se trató de una decisión moralmente cuestionable. A una persona condenada por delitos graves, considerados de lesa humanidad, se le estaba permitiendo salir de prisión sin agotar realmente la cantidad de años indicados en la sentencia de condena.

Muchos integrantes de la comunidad jurídica, a su vez, reforzaron ese argumento sosteniendo que la Corte se había apartado de los “estándares” internacionales vigentes para casos de lesa humanidad, así como de los “*principios que inspiran la jurisdicción universal*”<sup>19</sup>. Y aquí, hicieron mención de fallos de la Corte Suprema tales como “Arancibia Clavel”<sup>20</sup>, “Simón”<sup>21</sup> y “Mazzeo”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Ver esta expresión en el considerando 35 del fallo dictado por la Corte Suprema en “Mazzeo”, infra, nota 23.

<sup>20</sup> Fallos CSN, 327:3294, (año 2004), donde se afirmó la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

A ello se le agregó un argumento de alegada “obligatoriedad”. Esto es, la “obligación” de nuestros tribunales de seguir dichos estándares internacionales, bajo riesgo de que el país incumpla sus obligaciones bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, de rango constitucional, volviéndose responsable frente a la comunidad internacional por ese incumplimiento<sup>23</sup>.

Sobre la base de esos fallos, en donde se habían citado a su vez como autoridad sentencias emergentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como “Barrios Altos v. Perú” y “Almonacid Arellano v. Chile”<sup>24</sup>, se esgrimió el fundamento de que existía lo que se denominó como un “*cuerpo jurisprudencial nacional y supranacional*”<sup>25</sup>.

Y entonces este “cuerpo”, así definido, vendría a tener mucho más peso que las normas invocadas por la mayoría en “Muiña”. De allí que, para esta postura, las disidencias de los jueces Lorenzetti y Maqueda eran las que habían captado adecuadamente la esencia del problema y arribado a la correcta solución del caso.

## **B. Un cuerpo con base, “ab initio”, bien endeble**

En este apartado voy a ocuparme de marcar las endebles bases sobre las que fue construyéndose ese “cuerpo jurisprudencial” que, como dije, tendría una fuerza normativa de mayor entidad que todo lo invocado por la mayoría en “Muiña”.

### *III. B. a. El lenguaje con el que se incorporaron los Pactos Internacionales*

Para empezar, debe hacerse notar que la incorporación de ciertos pactos Internacionales al texto de la Constitución Nacional no significó la posibilidad de que los

---

<sup>21</sup> Fallos CSN, 328:2056 (2005), donde se declaró la inconstitucionalidad de las leyes llamadas de “punto final” y “obediencia debida”.

<sup>22</sup> Fallos CSN, 330:3248 (2007), donde se declararon inconstitucionales los indultos que había dictado el presidente Menem durante el año 1989.

<sup>23</sup> Para un trabajo claramente enrolado en esta postura puede verse el de Hernán V. Gullco, “Caso Muiña: ¿Es verdad que la ‘ley’ obligaba a la mayoría a resolver como lo hizo?”, en Rev. La Ley, supra nota (no dirige a nada)

<sup>24</sup> Sobre su real alcance volveré posteriormente.

<sup>25</sup> Ver este desarrollo en el trabajo de Hernán Gullco, supra nota 23.

mismos alteraran otros principios, de rango constitucional, tales como los de legalidad o cosa juzgada.

El lenguaje del art. 75 inc. 22 CN, en cuanto señala que dichos instrumentos “*no derogan artículo alguno de la Primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”, debería alcanzar para ilustrar este punto<sup>26</sup>.

### *III. B. b. Las “condiciones” en que se incorporaron tales instrumentos*

Consideró también útil despejar otro equívoco en el que algunos juristas suelen incursionar. Sólo que aquí, hay que admitir, cuentan con la ayuda de un “obiter dictum” de la propia Corte Suprema. Dicho “obiter” no sólo fue innecesario para responder a la cuestión que el Tribunal tenía frente a sí (y de allí su caracterización de “obiter”). Además, se incurrió en una afirmación carente de todo sustento, la cual tendría luego una vasta proyección en la forma de interpretar el derecho constitucional en general. Pero mejor, vayamos por partes.

Se sabe que la Convención Americana de Derechos Humanos incluyó entre los derechos de las personas inculpadas de delito, el de “*recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*” (ver art. 8º, 2, “f”). Se sabe también que en el caso “Giroldi”<sup>27</sup> la Corte Suprema analizó la constitucionalidad de una norma del Código Procesal Penal de la Nación (el art. 459, inc. 2º) que limitaba las posibilidades de interponer recurso de casación a que la pena impuesta superara cierto monto. Bien mirado, era un caso simple de resolver. Una norma procesal venía a restringir un derecho (el de apelar todo fallo condenatorio) expresamente afirmado en un Pacto de jerarquía constitucional, por lo que el caso reclamaba tan sólo otorgarle primacía al lenguaje de la Convención.

El “obiter”, sin embargo, apareció en el considerando 11 de “Giroldi” al señalar que:

---

<sup>26</sup> Me resisto distraer aquí la atención del lector con citas acerca de cuál debería ser la interpretación de esta norma. Ella dice lo que dice, y cualquier persona debería entender que lo buscado fue incorporar al orden jurídico, como “*complementarios*”, ciertos derechos o garantías mencionados en esos instrumentos. Por ejemplo, el denominado “derecho de rectificación o respuesta” del art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero cuidando de que dicha incorporación no signifique la derogación de los derechos que la propia Constitución ya consagra.

<sup>27</sup> Fallos CSN, 318:514 (1995).

“(L)a ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos...ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (énfasis agregado).

Y luego de otorgarle a la expresión “en las condiciones de su vigencia”, la significación antedicha, la Corte expresó, lo cual sería repetido en pronunciamientos posteriores, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...” (ver mismo considerando 11).

Antes de analizar si existía alguna base para efectuar semejantes afirmaciones, obsérvese la trascendencia de lo que la Corte argentina hizo. En efecto, una cosa es decir que en la interpretación de una norma de la Convención Americana de DDHH es aconsejable que nuestros tribunales tomen como pautas interpretativas los fallos de la Corte Interamericana, y otra bien distinta es sostener que tienen *la obligatoriedad* de hacerlo.

Más radical todavía, es decir que *esa obligación provendría de nuestra propia Constitución Nacional*. Ello, al afirmar que la expresión del art. 75 inc. 22 (que señala que ciertos instrumentos internacionales tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”), vino a significar ni más ni menos que esto: Lo que la Corte Interamericana diga es una pauta de interpretación *impuesta por el propio lenguaje del art. 75. inc. 22 de la Constitución*.

Ahora bien, para saber cuál fue el real sentido de incluir la expresión “en las condiciones de su vigencia” en el lenguaje del art. 75 inc. 22, resulta un ejercicio de provecho repasar la versión taquigráfica de la Sesión Ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Nacional Constituyente (Reunión N° 22).

Todos los que en esa sesión se pronunciaron sobre por qué se expresaba que ciertos Pactos “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional*”, expusieron concordantemente el siguiente fundamento: dichos instrumentos se incorporan **con las limitaciones mencionadas en las reservas formuladas por nuestro país, al momento de firmarse cada tratado en particular.**

Basta leer las exposiciones de los Convencionales que se refirieron al tema para advertir que ese fue el único alcance tenido en cuenta por ellos, al momento de optarse por la fórmula del art. 75 inc. 22<sup>28</sup>.

### *III. B. c. El art. 27 de la Constitución Nacional*

Para concluir, tampoco debemos olvidar que todo tratado internacional, sin que quepa excluir aquí a los mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, debe ajustarse a lo estipulado en el art. 27 de la Constitución. Ello, en cuanto exige que los tratados “*estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”.

Vale decir, además de la cláusula expresa de la Convención Americana de DDHH contenida en el art. 29 b) ya mencionada, que prohíbe interpretar cualquier derecho contenido en la Convención como limitando derechos y libertades contenidos en la legislación interna de cada estado parte (en “Muiña”, el de la aplicación ultra activa de una ley más benigna), tenemos que tampoco un tratado internacional puede entrar en colisión con los principios de derecho público de la Constitución. Por ejemplo, el de sujeción al principio de legalidad.

Justamente la presencia del art. 27 de la C.N. es lo que llevó recientemente al Juez Rosatti (su voto en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico v. Argentina’ por la Corte Interamericana de

---

<sup>28</sup> Ver, así, las expresiones de los Convencionales Barra, Alfonsín y Quiroga Lavié. En palabras de este último: “La nueva norma constitucional expresa que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional ‘en los términos de su vigencia’. Ello significa dos cosas a modo de interpretación del nuevo texto: a) que los tratados serán o no operativos según fueran los términos en que estuviere formulado cada derecho en el respectivo tratado internacional...; b) que la vigencia de un tratado alcanza no solo al contenido del mismo, **sino también a las reservas incluidas por el Ejecutivo al ratificar el respectivo tratado.** Ello no puede negarse que sea así, debido a que si es cierto que la ratificación es el acto constitutivo de la validez del tratado, en tanto la reserva forma parte de la ratificación, es obvio que ella forma parte del tratado” (énfasis agregado).

Derechos Humanos”<sup>29</sup>) a afirmar que: “*A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamiento constitucional*”<sup>30</sup>.

Al mismo tiempo, y como bien señala Alberto F. Garay en su comentario al fallo citado *supra*, “*en tanto el art. 27 de la CN siga vigente...la Corte Suprema está en la obligación de verificar si en el instrumento internacional se ha respetado el límite que la Constitución impone al gobierno federal. Es decir, si el instrumento internacional está ‘en conformidad’ con los principios de derecho público. Si la Convención los respeta, pero su transgresión proviene de la Corte IDH so pretexto de interpretarla, entonces ese escrutinio debe extremarse con más razón*”<sup>31</sup>.

Hechas estas aclaraciones, veremos ahora que los llamados “principios de derecho internacional” que habrían contribuido a conformar un “cuerpo jurisprudencial nacional y supranacional” tienen —tales “principios”—, bases todavía más endebles como para justificar las críticas a lo resuelto en “Muiña”.

### **C. Los “leading cases” en materia de delitos de lesa humanidad y su conexión con lo debatido en “Muiña”**

Pese al contenido emocional que naturalmente despierta la comisión de delitos muy graves, considerados contrarios al derecho de gentes, trataré de hacer algo de historia y de entender su vínculo con lo debatido en “Muiña”.

Los gobiernos dictatoriales y las dictaduras que campearon en diversos países de Latinoamérica no hace muchos años, dieron lugar no sólo a manifiestas violaciones a los derechos humanos, sino también a intentos de asegurar la impunidad de los miembros de los regímenes que estaban dejando el poder. Esa impunidad se buscó a través del dictado de leyes de “auto amnistía” o, en ocasiones de “caducidad”.

---

<sup>29</sup> Sentencia del 14/2/2017, publicada en J.A., N° 6, 2017-II, donde se analizó si la Corte Suprema estaba obligada por un fallo de la Corte Interamericana a “dejar sin efecto” un fallo anterior de ella. La mayoría de la Corte respondió que no, lo que despertó la airada crítica de los mismos “internacionalistas” que acometerían tiempo después contra lo resuelto en “Muiña”.

<sup>30</sup> Considerando 5° de su voto, 3° párrafo).

<sup>31</sup> Ver su trabajo “La Corte Interamericana no puede ordenar que se dejen sin efecto sentencias firmes”, loc. cit. nota 29, págs. 45 y siguientes.

Los casos de autoamnistías dictadas por los mismos regímenes dictatoriales (tal lo sucedido en Perú y Chile), fueron el antecedente para que los órganos de justicia de esos países no acordaran a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos suficiente reparación. Ello motivó ciertos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tuvieron luego mucha influencia en fallos más recientes de nuestra Corte Suprema de Justicia.

El caso relativo a la auto amnistía de Perú fue “*Barrios Altos v. Perú*” (fallo de la Corte IDH del 14 de marzo de 2001). El de Chile, originado en la autoamnistía dictada mediante decreto del Poder Ejecutivo *de facto*, es “*Almonacid Arellano v. Chile*” (Corte IDH, sentencia del 26/9/2006).

En el marco de esos casos, donde lo debatido, reitero, fue la validez de las normas de autoamnistía dictadas por regímenes ilegales, la Corte Interamericana señaló, en “*Barrios Altos*”, que “*resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y de establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos*”<sup>32</sup>.

En “*Almonacid Arellano*”, donde la base fáctica era similar, la Corte IDH había lidiado además con la invocación de la garantía del *non bis in ídem*. Ello, producto de que el caso abierto en Chile, donde debía ser investigada la muerte del Sr. Almonacid Arellano, había sido cerrado con intervención de un tribunal militar al que se le había otorgado competencia para intervenir. Esta circunstancia hizo que la Corte IDH se pronunciara, además, sobre la procedencia de ese alegado obstáculo. Al fundar el rechazo de la defensa de *non bis in ídem*, dijo que esa garantía no resultaba aplicable puesto que la causa había sido tramitada por “*tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad*”. En la misma línea argumental, agregó que la aplicación del decreto de autoamnistía “*consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en la impunidad*”<sup>33</sup>.

Estos párrafos, extraídos de fallos cuya materia fue declarar inválidas normas de autoamnistía y juzgamiento de causas por tribunales militares, fueron luego invocados por

<sup>32</sup> Fallos “*Barrios Altos*”, párrafo 41 de la sentencia.

<sup>33</sup> Fallos “*Arellano Almonacid*”, párrafos 154 y 155.

la Corte argentina para rechazar ya, en casos tramitados en nuestro país ante tribunales judiciales, defensas de violación de los principios de legalidad y cosa juzgada. Tal fue lo sucedido, por ejemplo, en el caso “Mazzeo”<sup>34</sup>, donde la mayoría de la Corte argentina aplicó muy forzosamente criterios nacidos de casos de la Corte IDH con un sustrato fáctico bien diferente. Eso lo hizo al analizar la validez de un indulto, el cual había sido considerado válido muchos años antes, por la propia Corte Suprema, respecto del mismo imputado<sup>35</sup>. “Mazzeo” contó con la fortísima disidencia de los jueces Fayt y Argibay.

Ahora bien, volviendo a la materia de este trabajo, cabe seriamente preguntarse si doctrinas tendientes a evitar parodias de procesos, a poner en su justo lugar amnistías inválidas, o a evitar la aplicación de “eximentes de pena” que tuvieron su origen en el claro deseo de sustraer a los responsables de violaciones a los derechos humanos de todo proceso judicial, tienen espacio en un caso como “Muiña”.

Nadie duda de que firmar un Pacto de Derechos Humanos implica para el Estado signatario asumir la responsabilidad de actuar en casos de violaciones de esos derechos humanos. Pero cuando existe un caso donde: (i) una persona sí ha sido juzgada y condenada; (ii) llega el momento posterior en que un tribunal debe actuar en función de leyes referidas ya al cómputo de la pena; (iii) existen normas claras como los arts. 2 y 3 del Código Penal, (iv) hay efectivamente una ley ya derogada pero más beneficiosa para el imputado; y (v) la propia Convención Americana de Derechos Humanos da como pauta que ninguna disposición de la Convención debe interpretarse en el sentido de limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido por las leyes de un estado signatario (en el caso, el de aplicación de una ley más benigna); si se da todo eso, (vi) los jueces que deben resolver el caso no tienen, en mi opinión, mayor opción que resolverlo de la forma en que se hizo en el voto mayoritario en “Muiña”.

---

<sup>34</sup> “Fallos”: 330:3248.

<sup>35</sup> El caso anterior de la Corte, del año 1992, donde la misma persona imputada en “Mazzeo” se había beneficiado con un indulto dictado por un presidente constitucional, y que la Corte consideró entonces válido, es “Aquino”, Fallos:315:2421

### **D. Los “principios” invocados para refutar lo resuelto en “Muiña”**

Resta aún por analizar en toda su extensión la línea de fundamentación de los críticos de “Muiña”.

Para poder apartarse de claras reglas de derecho positivo, se invocaron “principios” o “estándares” que se consideran emanados de fallos de tribunales internacionales y que podrían sintetizarse así: En los delitos de lesa humanidad deben eliminarse todos los obstáculos cuya consecuencia sea impedir el juzgamiento y la ejemplar condena de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

La “fuente” originadora de este estándar es, como señalé ya, ciertas afirmaciones contenidas en los casos “Barrios Altos” y “Almonacid Arellano”, que continuamente se citan.

Y si en esos casos se llegó al extremo de eliminar “barreras” tales como las de “prescripción de la acción penal” o inclusive la “cosa juzgada”, ¿por qué no ha servir el mismo “estándar” para defensas relativas a la manera en que debe computarse el monto efectivo de cumplimiento de una condena?<sup>36</sup>

Me propongo demostrar ahora todas las anomalías jurídicas en las que es necesario incurrir para hacer fincar en el concepto de “principio” o “estándar” emanado de un fallo judicial, una postura de tal naturaleza.

#### *III. D. a. Las Anomalías*

##### *III. D. a. 1. Hay que reformular por completo la idea de qué es un “precedente”*

Recuérdese aquí el inveterado concepto expresado por la Corte Suprema hace ya más de cien años en “Municipalidad c/ Elortondo”<sup>37</sup>, acerca cómo interpretar un precedente judicial:

---

<sup>36</sup> Hernán Gullco, en su trabajo citado supra, nota 24, sostiene que la aplicación a Muiña de los beneficios de la ley del “2x1” equivalió a tanto como una “conmutación de pena”, lo cual también resultaría algo prohibido por los referidos “estándares” provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>37</sup> Fallos CSN, 33:162 (1888). El párrafo destacado en el texto fue recordado por la Corte Suprema en el reciente caso “Acosta”, del 22.8.2017, en oportunidad de descalificar una sentencia de la Cámara Electoral que, expresó la Corte, “se limitó a otorgar carácter vinculante a expresiones generales contenidas en una sentencia anterior con total desconexión del marco normativo aplicable...En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que, como en el caso, han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en las

---

*“Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal... ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan”.*

Ni “Barrios Altos”, ni “Almonacid Arellano”, se refieren a situaciones de hecho y de derecho equivalentes a las que la Corte debió resolver en “Muiña”. Aquellos fueron casos de autoamnistías dictadas por los mismos gobiernos responsables de las violaciones a los derechos humanos que se buscaba perseguir. En “Almonacid Arellano”, además, debió lidiarse con un “fallo” que invocó la auto amnistía como impedimento para la apertura de la investigación. Dicho fallo había emanado de un tribunal militar al que se le había otorgado jurisdicción para intervenir. En ninguno de esos casos había existido una investigación, un juicio oral y mucho menos una sentencia condenatoria.

De la misma manera, ninguno de los casos de la Corte argentina que anularon las denominadas “leyes del perdón” lidió tampoco con el caso de personas juzgadas y condenadas.

*III. D. a. 2. Hay que hacer primar un “principio” por sobre reglas claras de derecho, tanto de orden local como una emanada de una Convención Internacional*

El “principio” según el cual, en materia de delitos de lesa humanidad, no son admisibles los “obstáculos” que frustren el cumplimiento de la condena impuesta por todos los años fijados en la sentencia de condena (así debería ser enunciado), debe primar no solo sobre normas del Código Penal, sino además sobre una norma interpretativa de la misma Convención Americana, como es el art. 29 b) de ella, a la que me he referido previamente.

Con lo cual, para hacer primar los “principios” del derecho internacional por sobre las reglas de derecho invocadas por la mayoría en “Muiña”, es necesaria la aceptación, a la manera de un dominó defectuoso, de todas estas proposiciones:

---

que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite (Fallos: 329:519 y 335:2028, entre otros)”.

(i) Es válido invocar fallos de la Corte Interamericana, tales como “Barrios Altos” y “Almonacid Arellano”, aunque sus hechos difieran en muchos aspectos esenciales de los de Muiña.

(ii) Al ser la Corte Interamericana la intérprete natural de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluso sus consideraciones generales (u “obiter dicta”), tienen más peso que la letra de la misma Convención que debe interpretar. Esos “obiter” tendrían también más peso que las concretas normas de derecho positivo relativas a los derechos de los imputados en causa penal.

(iii) La Corte argentina debe seguir obligatoriamente esos “principios” o consideraciones generales de los fallos “Barrios Altos” y “Almonacid”, aun cuando se contrapongan con una norma expresa de la Convención y aun cuando no exista, en la misma Convención, norma alguna que diga que los referidos “principios generales” son de seguimiento obligatorio para países que no fueron parte en la contienda.

El art. 68 de la Convención dice: “*Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte*”.

No hay en la Convención una norma adicional o más amplia que esa.

### III. D. b. “El Concepto del Derecho”<sup>38</sup>

Una vez superados los obstáculos anteriores, que no son pocos, el jurista que desee refutar con algún fundamento lo resuelto por la mayoría en “Muiña”, debe aceptar que la noción o “concepto del derecho” ha quedado “ampliado” de manera que puedan tener allí cabida:

(i) Normas de derecho positivo, dictadas por el legislador; (ii) Los principios entroncados con esas normas y que los complementan; (iii) Los criterios jurisprudenciales que se van elaborando y que permiten calibrar el real alcance de las normas jurídicas. Hasta aquí, nada que nos pueda resultar sorprendente.

---

<sup>38</sup> Ese es el título de la clásica obra de H.L.A.Hart, Ed. Abeledo Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió. Hart sigue siendo, en mi opinión, el jurista que mejor iluminó los aspectos que otorgan validez a un sistema jurídico.

Ahora bien, lo que aquel jurista necesita además proponer es que el “Derecho” se integra adicionalmente con: (iv) los “estándares” (en nuestro caso, meros “obiter dicta”) extraídos de ciertos fallos de la Corte IDH, en la medida en que digan algo que parezca justo para la “correcta” solución del caso.

Veamos, para concluir este trabajo, por qué considero que (iv) es en verdad una categoría autónoma que implica integrar el concepto de “Derecho” de manera anómala, con componentes radicalmente distintos a los aceptados pacíficamente y que vuelven, a esos componentes, ciertamente imprevisibles.

*III. D. b. 1. Diferencia entre criterios jurisprudenciales (iii) y los “obiter” que componen (iv)*

La tarea es, en el fondo, sencilla. Debe apoyarse en la muy elaborada (hasta ahora) diferenciación entre “holding” y “dicta” y en la aceptación (hasta ahora) de que los criterios jurisprudenciales se van abriendo camino a medida que nuevos casos plantean nuevas situaciones. La tarea del jurista en esos supuestos consiste en analizar si lo “novedoso” del caso permite igual incluirlo dentro de lo resuelto previamente como “holding”.

Todo este proceso evolutivo sobre cómo el derecho judicial es “derecho” se ve trastocado cuando los mismos “obiter” (los contenidos en “Barrios Altos” y “Almonacid”) se invocan en cualquier caso posterior de “lesa humanidad”, sin importar sus diferencias. Ello, con el agravante que se los considera “jurisprudencia” de seguimiento obligatorio, sobre la base de una interpretación del lenguaje del art. 75 inc. 22 C.N. carente, dicha interpretación, de todo fundamento.

*III. D. b. 2. Diferencia entre los “obiter” que componen (iv) y los principios entroncados con normas jurídicas y que las complementan (ii)*

Se me puede aquí objetar que he bajado adrede la jerarquía de esos “obiter”, pues ellos serían verdaderos “principios jurídicos”, como lo son muchos sobre los que los jueces descansan a la hora de basar sus decisiones.

En efecto, la realidad en nuestros tribunales muestra que muy frecuentemente se invocan como fundamentos (válidos) de una sentencia “principios” o “pautas” tales como: en derecho constitucional, el que consagra la igualdad ante la ley y sólo autoriza a tratar de manera diferente a las situaciones diferenciadas; en causas que involucren a menores de edad, el que ordena tomar especialmente en cuenta el interés del menor; en causas de naturaleza penal, el que prohíbe incursionar en aplicaciones analógicas; en causas relativas al derecho administrativo, el que establece la presunción de legitimidad de los actos del poder público; etc<sup>39</sup>.

Pero antes de explicar las razones de por qué entiendo que los detractores de “Muiña” hacen un empleo indebido de lo que llaman “principios” o “estándares internacionales”, creo necesario precisar mejor los aspectos constitutivos de este tipo de “principios”, a fin de distinguirlos de los invocados por esos detractores.

### *III. D. b. 2. 1. Casos donde la “regla” y el “principio” coinciden*

Esto es lo que ocurre con el denominado “principio” constitucional de la igualdad. El mismo coincide exactamente con su formulación constitucional (la contenida en el art. 16, C.N) de manera que “principio” y “garantía” son en verdad sinónimos.

Nada se opondría, desde ya, a que se buscara fundar la decisión “correcta” del caso Muiña en este principio, solo que el mismo, en puridad, opera mucho más a favor de la postura del voto de la mayoría que la de las disidencias. Ello, al pretender exceptuar a los autores de delitos de “lesa humanidad” de un beneficio legal, sin que exista en la norma que lo confirió ninguna diferenciación específica.

### *III. D. b. 2. 2. Cuando el “principio” ayuda a enriquecer una regla o facilita su interpretación*

---

<sup>39</sup> Aun cuando me comprenden claramente las generales de la ley, el autor que de manera más rica se ocupó de enunciar una gran cantidad de principios de este tenor, en función de las críticas dirigidas al denominado “positivismo jurídico”, es Genaro R. Carrió. Ver así “Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico”, incluido como Capítulo IV en “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 5ª Ed., 2006, pág. 194 y siguientes. Allí puede encontrarse una exhaustiva enumeración de variados principios como los ejemplificados más arriba.

Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con el “principio” por el cual, en materia de normas relativas a la libertad de las personas, debe optarse por la interpretación más favorecedora de la libertad<sup>40</sup>.

Tal fue, concretamente, el criterio expresado por la Corte en el caso “Arce” ya mencionado, y que se formuló en estos términos: Aun cuando se le asignara naturaleza “procesal” a la ley del “2x1”, debía igualmente, por aquella razón, admitirse su aplicación ultra activa.

Como se ve, estamos aquí en presencia de un “principio” que ayuda o facilita la interpretación de determinadas “reglas”, tales como las contenidas en los arts. 2 y 3 del Código Penal, y que permite concluir en la aplicación ultra activa de una ley derogada más benigna.

Nuevamente este “principio” interpretativo de ciertas reglas o normas jurídicas, lejos de servir de soporte a lo pretendido por los detractores de Muiña, opera en realidad como sustento de lo resuelto en el voto mayoritario.

*III. D. b. 2. 3. Cuando el “principio” viene a colmar una laguna del derecho o a solucionar los problemas de vaguedad del lenguaje: Labor de los jueces y “creación” jurisprudencial*

Estamos aquí ante una situación que sucede con alguna frecuencia. La razón principal radica en que no es esperable que el legislador pueda prever absolutamente todas las situaciones que determinan la aplicación de una norma.

Pero antes de adentrarnos en este análisis, existe un punto que es necesario aclarar. **En ninguno de los supuestos que he mencionado recién, donde los “principios” prestan una muy estimable ayuda, su aplicación conlleva el violentar la regla concreta que rige el caso, o directamente ignorarla.**

Esta afirmación, que acabo de enfatizar, merece quizás una elaboración más específica. En “El Concepto del Derecho” ya mencionado<sup>41</sup>, Hart menciona que la actividad judicial

---

<sup>40</sup> De manera equivalente, el derecho judicial de los Estados Unidos registra ya desde el precedente “Boyd v. United States”, 116 US 616 (1886) la proposición por la cual debe recurrirse a una interpretación “liberal” de las normas relativas a la libertad y seguridad de las personas.

que da origen a la aparición de “precedentes” (a los que califica como “ejemplos dotados de autoridad”), hallan su razón de ser en la necesidad de aplicar la legislación (a la que califica como el “lenguaje general dotado de autoridad”). En la elaboración, entonces, de estos “precedentes”, lo que debe determinarse es si el caso que el juez tiene frente a sí “se asemeja en grado suficiente al caso típico, en aspectos relevantes”<sup>42</sup>.

Pero lo que no debe olvidarse en este análisis, es que el mayor o menor campo de acción de los tribunales para fijar por medio de precedentes el real alcance de las reglas de derecho, estará en directa función de cuánto espacio “periférico”, por así llamarlo, ha dejado la regla de que se trate. Así, cuanto más notas de precisión y menor contenido de vaguedad pueda hallarse en la norma que debe ser interpretada, menos necesario será que su concreta interpretación demande, a su vez, de la invocación de algún “estándar” o “principio” que pueda acudir en su ayuda.

Para usar nuevamente las palabras de Hart, “en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos (es donde) los tribunales desempeñan una función productora de reglas”<sup>43</sup>. Por lo menos lo mismo cabe decir de los “standards”, habitualmente variables

Ahora bien, ¿cuál es el mecanismo con el que los jueces han abierto jurisprudencia para casos de situaciones no claramente definidas o no previstas, de manera que “el principio”, ya de raíz jurisprudencial, pueda pasar a considerarse una “regla” integrante del concepto de derecho?

Para retomar aquí otra idea central de H. L. Hart, ello sucederá cuando un uso judicial de un principio adquiere consistencia y regularidad suficiente como para considerarlo parte de un sistema normativo<sup>44</sup>. Genaro R. Carrió, a su vez, profundiza este análisis de los requisitos necesarios para que un determinado “principio” pueda considerarse como incorporado al derecho. Ello sucederá, en sus palabras, cuando su uso “adquiera

---

<sup>41</sup> Supra, nota 38.

<sup>42</sup> Op. cit, págs. 157 y siguientes. Allí Hart observa los distintos factores que pueden incidir para fijar estos criterios de “relevancia y proximidad de parecido” en materia de interpretación de reglas jurídicas.

<sup>43</sup> Op. cit, pag. 169.

<sup>44</sup> Al analizar la influencia sobre la “moral” en su “concepto del derecho”, Hart lo expresa de la siguiente manera: “El derecho de todo estado moderno muestra en mil puntos la influencia, tanto de la moral social aceptada, como de ideas morales más amplias. Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible, por vía legislativa, ya en forma silenciosa y poco a poco, a través del proceso judicial”.

consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor”<sup>45</sup>.

En temas penales, por ejemplo, ello podría predicarse del sostenido empleo en los últimos años de la llamada “regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente”. Allí, poco a poco, y por aplicación del “principio” según el cual la administración de justicia no puede beneficiarse de sus propias ilegalidades, es posible sostener que nuestros jueces dotaron a la garantía del “debido proceso” de un componente que a hasta ese momento no tenía, o no lo tenía expresamente.

Por virtud de ese “principio”, puede sostenerse que es hoy una “regla de derecho” la exclusión de todo medio probatorio obtenido por vías ilegítimas<sup>46</sup>.

### *III. D. c. Análisis de la cuestión a la luz del enfoque previo*

¿Hay en los “principios” que invocan los detractores de lo resuelto en “Muiña”, algo similar a lo que acabamos de explicar? Esto es, ¿existe un uso sostenido y paulatino de una pauta, o un principio consistentemente utilizado a partir de una familia de casos, de donde extraer la “solución” que pretende imponerse?

Ella, según vimos, sería que en los delitos de lesa humanidad deben removerse todos los obstáculos impeditivos de la aplicación de una pena que no sea la exactamente fijada en la sentencia de condena.

Y aquí, como ya adelanté, ninguno de los precedentes judiciales en que pretende fundarse el “principio” que se invoca había jamás lidiado con una situación como la de “Muiña”. Vale decir, una investigación completa, un juicio celebrado ante un tribunal de derecho, con activa participación de las víctimas, y una condena impuesta.

<sup>45</sup> Ver “Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico”, supra nota 39, pag. 229.

<sup>46</sup> Se sabe que fue en “Montenegro”, Fallos CSN, 303:1938 (1981), un caso sobre torturas que permitieron la obtención de importante prueba de cargo, donde la Corte acuñó el principio por el cual “compromete a la buena administración de justicia pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito”. Este lenguaje se trasladó con los años a casos de allanamientos sin orden judicial donde se obtuvo prueba incriminatoria (“Fiorentino”, Fallos CSN, 3016-1752, año 1984; y “Rayford”, Fallos CSN 308:733, 1986), y también a casos de detenciones ilegales que sirvieron de base para la adquisición de otras pruebas (“Daray”, Fallos CSN, 317:1985, año 1994).

Pero además de ello, ¿hasta dónde debería llegar el “principio” por el cual resultaría necesaria la remoción de los “obstáculos” que impidan, en todos los casos, la condena de los delitos de lesa humanidad? ¿Qué haríamos si la prueba de la culpabilidad se obtiene en violación a derechos constitucionales de los imputados (por ejemplo, una confesión extraída bajo apremios, pero de utilidad para obtener otros elementos incriminatorios)? ¿Diríamos también aquí que existe un cuerpo jurisprudencial nacional y supranacional que exige la aplicación de una pena, inclusive en este supuesto?

Como vemos, los problemas a que nos conduce la adopción de un esquema de estas características nos deja en una zona de incertidumbre muy poco recomendable.

#### **IV. Conclusión y una paradoja conceptual**

He intentado, en los puntos anteriores, expresar mi preocupación ante la aparición de criterios que implican apartarse de reglas claras de derecho positivo, en supuestos donde la aplicación de tales reglas lleva a un resultado que nos parece moralmente injusto.

Y aunque comprenda muy bien el deseo de los críticos de “Muiña” de encontrar algún fundamento que autorice a que los delitos graves reciban penas ejemplificadoras, considero que el Derecho es algo demasiadopreciado para que lo integremos con categorías que parecen mucho más una creación “ad hoc”, que un sistema normativo que nos deje a cubierto de las arbitrariedades.

Lo sucedido con “Muiña” es revelador, además, de otro factor si se quiere bastante paradójal. Ante posibles críticas de que los “principios” invocados por los detractores de “Muiña” no tienen otro sustento que su propia concepción de lo que es “moralmente correcto”, se apela a lo siguiente: Se invoca la existencia de un “cuerpo jurisprudencial” que, en base a forzadas interpretaciones de preceptos constitucionales, “obligaría” a fallar de la forma en que lo propugnan.

En esta concepción, no existe entonces arbitrariedad alguna respecto de lo que “debe” resolverse. Ni siquiera la hay, aun cuando lo resuelto implique apartarse de la solución normativa que rige el caso. Ello, pues su decisión viene como “impuesta” por la existencia

de ese “cuerpo” de seguimiento pretendidamente obligatorio. Ninguna discrecionalidad puede predicarse al respecto.

Lo paradójal sin embargo, es que bajo la pretensión de evitar la discrecionalidad, se termina apelando a una construcción de base notoriamente endeble respecto de cómo fue edificándose ese “cuerpo jurisprudencial” al que dicen atenerse. De resultados de todo ello, la potestad jurisdiccional de los jueces y su consiguiente ámbito de actuación, lejos de verse limitada por algo equivalente a la doctrina del “stare decisis”, se ve, en los hechos, continuamente ensanchada.

## El asesoramiento jurídico en la Administración Pública

*por Orlando Javier Moreno*

### Resumen

Los estudios que sobre la administración pública se realizan en nuestro país suelen ser estudios parciales, enfocados casi con exclusividad en las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa. Un estudio de ese tipo no puede lograr sino resultados incompletos, y ello porque la administración pública es mucho más que normas: hay en ella comportamientos, dinámicas e inercias que muchas veces no se conocen. Este fenómeno administrativo también se presenta en la función de asesoramiento jurídico de la administración pública, donde no solo están presentes las normas jurídicas.

**Palabras clave:** Administración pública – asesorías legales – dictamen jurídico previo – realidad administrativa.

En la administración pública, por principio, ningún órgano administrativo (ni siquiera el Presidente de la Nación) puede tomar una decisión formalizada mediante el dictado de un acto administrativo sin que previamente se haya cumplido con un procedimiento determinado, por mínimo que este sea.

En ese procedimiento de toma de la decisión estatal intervienen diversas áreas administrativas que con su actividad van formando, por lo menos en un plano teórico, la voluntad del órgano con competencia para decidir.

Un área cuya actuación es particularmente relevante en ese procedimiento de toma de la decisión estatal es el área jurídica, pues a ella le corresponde decir –por supuesto, desde el punto de vista legal–, si la decisión que se quiere tomar puede ser adoptada o no.

Por lo general, la actividad del área jurídica suele ser estudiada desde un plano marcadamente teórico y centrado en lo normativo (como también suele hacerse con el propio procedimiento administrativo y con muchos otros institutos del derecho administrativo), cuando no circunscripta a determinar en qué casos corresponde que tome

intervención, y a discurrir acerca de las consecuencias que la falta de intervención del área tiene en la validez de la decisión adoptada.

Se dejan de lado, por desconocimiento u olvido, cuestiones que, si bien no son propias del plano normativo, influyen decididamente en él y, por ende, en el buen o mal consejo legal.

Pero comencemos por el principio.

En nuestro país, en el orden nacional, la función de asesorar jurídicamente a los órganos de la administración pública le corresponde al Procurador del Tesoro y a las asesorías y direcciones de asuntos legales constituidas en cada uno de los ministerios, secretarías de Estado y organismos de la administración nacional que en conjunto componen el Cuerpo de Abogados del Estado, a quienes corresponde emitir el dictamen jurídico previo a toda decisión estatal.

En el referido orden nacional el dictamen previo es exigido con carácter obligatorio por numerosas normas jurídicas. Con carácter general, la “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” (Decreto Ley N° 19.549/72) establece que antes de la emisión de un acto administrativo se deben cumplir los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico, y que “[s]in perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos” (Decreto Ley N° 19.549, art. 7°, inc. d)).

La necesidad del dictamen jurídico previo al acto administrativo que decide también se encuentra establecida con carácter particular en otras normas, por ejemplo: en materia de Investigaciones Administrativas (v. arts. 44 y 122 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 467/99) y en materia de contrataciones estatales (v. art. 11 del Decreto delegado N° 1023/01).

Es ese dictamen jurídico previo el que exterioriza la opinión legal de los Servicios Jurídicos del Estado en casos concretos en los que pueden afectarse derechos subjetivos o

intereses legítimos de particulares, o la hacienda pública<sup>1</sup>, y tiene la virtualidad de operar fundamentalmente como un modo de control de legalidad de la decisión estatal, aunque en ocasiones también cumple una función docente, pues permite corregir comportamientos desviados que en la administración pública suelen seguirse por esa suerte de inercia que caracteriza muchos de esos comportamientos.

Sea como fuere, la importancia del dictamen jurídico se deriva de su finalidad<sup>2</sup>, y esa importancia es tal que hasta existen pautas para su confección<sup>3</sup>.

Cabe tener presente, no obstante, que no cualquier opinión de un Servicio Jurídico permanente puede ser considerada como el dictamen previo exigido obligatoriamente por las normas. En efecto, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho reiteradamente que por dictaminar debe entenderse “...analizar en forma exhaustiva y profunda el tema jurídico que se discute”<sup>4</sup>; y también que el dictamen jurídico “...debe consistir en un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, para poder recomendar conductas acordes con la justicia e interés legítimo de quien formula la consulta (Dictámenes 203:148 y 211:246, entre otros)”<sup>5</sup>.

Consecuente con ello, el referido organismo ha descalificado opiniones de algunos Servicios Jurídicos señalando que el dictamen jurídico “...no puede constituir una mera relación de antecedentes, ni una colección de afirmaciones dogmáticas...”, ni puede considerarse como tal a un asesoramiento que “...se limita a afirmar que la medida cuestionada es legítima pero sin suministrar las razones jurídicas en que tal conclusión se funda”<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Siguiendo a Julio R. Comadira, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que “...el requisito del dictamen previo es insoslayable cuando el acto afecte la hacienda pública...” (Dictámenes 236:091).

<sup>2</sup> “...[E]l dictamen jurídico previo tiene una doble finalidad, por una parte constituye una garantía para los administrados pues impide a la Administración el dictado de actos administrativos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente, y por la otra, evita probables responsabilidades del Estado, tanto en sede administrativa como judicial, al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener (Dictámenes 197:61)” (Dictámenes 236:091).

<sup>3</sup> V. Resolución del Procurador del Tesoro N° 12 del 1° de julio de 1987.

<sup>4</sup> V. Dictamen N° 15/94 (Dictámenes: 208:83) en Rev. PTN N° 21, pág. 393.

<sup>5</sup> V. Dictámenes 231:156.

<sup>6</sup> V. Dictamen 264 del 7 de agosto de 1990.

No obstante, lamentablemente, muchas veces los Servicios Jurídicos permanentes no emiten verdaderos dictámenes, sino que se limitan a dar “opiniones” absolutamente superficiales que suelen concluir con expresiones del tipo “*este Servicio Jurídico no advierte óbice para la continuidad del trámite*”; “*se estima que las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas por la superioridad*”, o alguna otra fórmula más o menos parecida<sup>7</sup>.

Más aún, muchas veces los servicios jurídicos suelen “dictaminar” reconociendo “por las dudas” menos de lo que correspondería reconocer por el temor a equivocarse “en más” y tener algún tipo de responsabilidad por ello (por ejemplo, en materia salarial); creyendo que la función del abogado del Estado es “acompañar la gestión” de los funcionarios de turno y justificar todos y cada uno de sus actos; omitiendo deliberadamente el tratamiento de alguna cuestión por entender que tratarla no sería conveniente “políticamente”<sup>8</sup>; limitándose a señalar lo que prescribe una norma, con total indiferencia del resultado a que ello conduce<sup>9</sup>; no abriendo a prueba un expediente que correspondería ser abierto a prueba

---

<sup>7</sup> Se trata de obviedades. En el primer caso, porque por supuesto que, luego de la intervención del Servicio Jurídico, el trámite va a continuar; y va a continuar hasta ser resuelto por la autoridad competente, eso se sabe; lo que no se sabe (y no se puede saber si el Servicio Jurídico no lo indica), es cómo, de qué manera corresponde que continúe el trámite y se resuelva el expediente:

¿Corresponderá otorgar el derecho peticionado? ¿Corresponderá denegarlo? Y si se tratara de un recurso, ¿habrá que estimarlo o desestimarlos? El segundo ejemplo es otra obviedad, porque –salvo rarísimas excepciones– lo normal es que luego del dictamen del Servicio Jurídico el expediente sea resuelto por el órgano con competencia para ello. Nuevamente, como en el caso anterior, el quid de la cuestión pasa por determinar cómo, o de qué manera debe ser resuelto el expediente.

<sup>8</sup> Se trata de otra idea equivocada: la opinión legal debe basarse en el derecho, no en otras cuestiones que, aunque importantes, le corresponde evaluar al órgano decisor.

<sup>9</sup> Un caso que se repite es el siguiente: El decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos establece que “*Toda persona que comparezca ante autoridad administrativa, por derecho propio o en representación de terceros, deberá constituir un domicilio especial dentro del radio urbano de asiento del organismo en el cual tramite el expediente*” (art. 19 del Decreto 1759/72 T.O. 2017); y que “*Si no se constituyere domicilio [o] no se lo hiciera de acuerdo a lo dispuesto por el artículo anterior, ...se intimará a la parte interesada en su domicilio real para que se constituya domicilio en debida forma...*” (art. 20 del decreto citado). Estas previsiones normativas tenían sentido cuando la administración notificaba sus actos mediante cédula, porque por supuesto que un oficial notificador no iba a desplazarse de un extremo a otro del país; pero desde que la administración notifica sus actos mediante el “oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción” previsto en el artículo 41, inciso e) del reglamento de procedimientos administrativos (se trata de una carta que se lleva abierta al correo para que el agente postal pueda certificar el contenido de ella), y ello ocurre desde hace muchísimo tiempo, carece de todo sentido exigirle al particular la constitución de un domicilio especial porque la carta puede ser despachada a cualquier punto del país con el mismo costo en términos de dinero. No obstante ello, los Servicios Jurídicos invariablemente siguen exigiendo a los particulares la constitución del domicilio especial, “porque así lo establece la norma”.

simplemente por comodidad<sup>10</sup>; asumiendo de antemano que no es posible reconocer que los funcionarios de la administración se equivocan (esto ocurre casi religiosamente en materia de recursos administrativos)<sup>11</sup>, o incluso –también en materia recursiva– sin siquiera “tomarse el trabajo” de leer el expediente<sup>12</sup>.

Por supuesto que estos comportamientos no se dan en todas los Servicios Jurídicos de la administración. Pero cuadra preguntarse: ¿Por qué ocurre cuando ocurre? ¿Por qué se emiten “dictámenes” de semejante calibre? ¿Por qué se elige el cómodo expediente de “dictaminar” sin decir prácticamente nada? ¿Por qué se recurre a obviedades que desmerecen la función de asesoramiento y la del propio asesor que “dictamina” de tal manera?

La principal razón, claramente, tiene que ver con el propio abogado dictaminante: con su falta de compromiso con la tarea que debe realizar; con no asumir debidamente las responsabilidades que le corresponden; con no darse cuenta de la relevancia que el dictamen jurídico previo tiene como garantía de los derechos de los particulares y del correcto actuar de la administración. En pocas palabras, con el comportamiento poco ético de no hacer lo que tiene que hacer, cuando debe hacerlo.

Ahora bien, existen varios factores que aunque no justifican explican –al menos en parte– algunos de los comportamientos señalados; entre esos factores están aquellos que desalientan al abogado del Estado en su labor diaria: la falta de reconocimiento de su tarea; la ausencia de una verdadera carrera administrativa; la falta de concursos para la cobertura de cargos y el amiguismo o confianza para las designaciones en los puestos superiores de los Servicios Jurídicos; la evaluación arbitraria que es resuelta con fundamento en

---

<sup>10</sup> Uno de los aspectos del debido proceso adjetivo en sede administrativa es el derecho de los particulares de ofrecer prueba y de que ella se produzca, en la medida en que sea pertinente para la resolución del caso. Sin embargo, es bastante raro que un expediente se abra a prueba, por lo menos en vía de recurso; en vía de petición sí, pero no en vía de recurso.

<sup>11</sup> Hay abogados que dan por sentado, por haberlo leído por ahí, o vaya uno a saber por qué, que a los funcionarios no les gusta reconocer que se equivocan; incluso hay quienes consideran que es de la esencia humana no reconocer los propios errores. Pero esto no es así, en todo caso, y como todo, dependerá de cada funcionario: de cada persona.

<sup>12</sup> La fórmula que se suele emplear en estos casos, como también en los casos en los que no se tienen argumentos, es –palabras más, palabras menos– la siguiente: “Visto la impugnación obrante a fojas tal y tal, esta Asesoría Jurídica considera que los argumentos expuestos por el recurrente no alcanzan a conmovier los sólidos fundamentos que exhibe el acto en crisis”.

cuestiones distintas del mérito; el trato desigual por parte del superior jerárquico; las diferentes remuneraciones por la misma tarea incluso en un mismo Servicio Jurídico, etcétera.

A ello se agrega que, en general, las Asesorías jurídicas tienen estructuras poco jerarquizadas y mal pagas; que algunas de ellas cuentan con dotaciones mínimas que exigen el doble de esfuerzo (por ejemplo, en los organismos descentralizados); que el personal de dichas Asesorías rara vez tiene la misma situación de revista y a veces –incluso– tiene regímenes diferenciados y por ende diferentes remuneraciones que dificultan el día a día por las rispideces que tales situaciones ocasionan; etcétera.

Y a todo ello todavía hay que sumar cuestiones que tienen que ver con las improntas de los funcionarios superiores de la administración a los que los Servicios Jurídicos reportan; por ejemplo: existen funcionarios que no tienen cabal conciencia de la tarea del abogado del Estado ni respeto por su labor<sup>13</sup>; también funcionarios que “obligan” a su Servicio Jurídico a resolver un caso o varios con criterios que no son precisamente jurídicos (por ejemplo, cuando instruyen rechazar recursos o reclamos por razones de orden presupuestario (de “caja”), porque reconocer determinado derecho en un expediente podría tener efectos expansivos en otros; y también funcionarios que tratan a la administración con criterio de estancia.

Confío en que sacar a la luz a todas estas cuestiones que son parte de una realidad que no muchos conocen posibilitará una mejor comprensión del fenómeno administrativo, y a pensar soluciones desde planos distintos de los habituales. No hay mucho margen ya para seguir discutiendo planos normativos que muchas veces son desplazados por las dinámicas que operan en las oficinas estatales. La mirada tiene que ser mucho más amplia.

---

<sup>13</sup> Es el caso de aquellos funcionario que piden un dictamen y cuando no están de acuerdo con el criterio del Servicio Jurídico, en lugar de apartarse del consejo legal -asumiendo las eventuales responsabilidades del caso como cabría esperar de todo buen funcionario- recurren al cómodo expediente de pedir, cuando no de ordenar, que se cambie el dictamen.

## Actualidad sobre medidas cautelares en materia de patentes de invención en Argentina

*por María Laura Etcheverry (\*)*

**Sumario: I. El fundamento del derecho de patentes. - II. Las medidas cautelares innovativas. - III. Las consecuencias prácticas de la reforma legislativa. - IV. Comentarios finales. - V. Bibliografía.**

### **Resumen**

En Argentina, en materia de derecho de patentes, medidas cautelares innovativas fueron otorgadas a partir del 2001 en plazos y condiciones razonables para los titulares de patentes mediante la aplicación directa del artículo 50 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual expresamente faculta a los jueces a otorgar medidas cautelares rápidas y eficaces destinadas a evitar y/o hacer cesar la infracción de cualquier derecho de propiedad industrial.

Sin embargo, la modificación legislativa introducida en esta materia en el año 2004, y en particular, la manera en que viene siendo interpretada y aplicada por la jurisprudencia en los últimos años, ha llevado en la práctica a la desnaturalización del instituto cautelar y por ende a la frustración de todo el sistema de protección de las patentes<sup>1</sup>.

---

(\*) María Laura Etcheverry es asociada en Marval O'Farrell & Mairal y se desempeña en el área de Propiedad Intelectual con especialización en Patentes. Antes de ingresar al Estudio, trabajó como pasante en Rohr Consulting y como auxiliar letrada en la Escribanía Acquarone. Se graduó como abogada en la Universidad de Buenos Aires en 2006 donde posteriormente realizó un curso de docencia. Más adelante completó una maestría en Propiedad Intelectual en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Fue docente para la materia Patentes y Modelos Industriales en el posgrado de Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Córdoba, y ha escrito varios artículos de su especialidad.

<sup>1</sup> En efecto, en el área farmacéutica, por ejemplo, desde el 2004 a hoy no se confirmó ninguna medida cautelar.

**Palabras clave:** ADPIC – Daño irreparable – Derecho de Patentes – Medidas cautelares innovativas – Medidas rápidas y eficaces – Presunción de validez de las patentes – Propiedad industrial – Tutela efectiva.

### **Abstract**

In Argentina, with respect to patents law, innovative precautionary measures were granted as of 2001 concerning terms and reasonable conditions for the owners of patents through the direct application of article 50 of the WTO Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS), which gives judges the faculty to grant fast and effective precautionary measures with the purpose of avoiding or stopping infractions in this subject matter.

However, an amendment made to the applicable regulatory framework in 2004, and particularly, the manner in which such amendment has been interpreted and applied by the jurisprudence in subsequent years, has denaturalized the precautionary institute and, thus, frustrated the whole patent protection system.

**Key words:** effective protection – Irreparable harm – Industrial property – Patent Law – Preliminary injunctions – Presumption of validity of granted patents – Prompt and effective measures – TRIPS agreements.

## **I. El fundamento del derecho de patentes**

Las patentes de invención amparan los inventos, esto es, las soluciones nuevas, no obvias, industriales y lícitas de problemas de la técnica. Ahora ¿por qué el Estado les otorga protección?

Si bien se han descripto varias teorías a lo largo de los años, podría decirse que hay cierto consenso en que la finalidad del sistema de patentes es incentivar la creación tecnológica y así promover el desarrollo tecnológico, económico y social (Imam, 2006; Mercuriali, 2006).

El Estado otorga una patente, es decir, el derecho exclusivo sobre un invento durante un período de tiempo, como contrapartida a que el inventor, en vez de guardárselo como

secreto industrial, opte por divulgarlo de manera suficiente. Luego de vencida la patente, este invento pasará a ser de dominio público, es decir, ese conocimiento pasará a integrar el patrimonio común de la sociedad.

Su utilidad fue señalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya en el año 1873 en los siguientes términos: "...el obstáculo que artificialmente se creaba al progreso de la industria estaba más que compensado con el estímulo del privilegio acordado a los inventores y con que el invento o descubrimiento pasase al dominio común, una vez espirado el privilegio, mientras que en caso contrario podría el inventor conservarlo secreto tanto tiempo cuanto le fuese posible, con grande y mayor y perjuicio también de la industria y de las artes" (p. 300, transcripción del original).

Sin embargo, para que la finalidad de incentivo antes descripta se cumpla, no solo es necesario tener un sistema de patentes (o, en otras palabras, que el Estado las otorgue), sino que debe asegurársele a su titular el efectivo ejercicio de los derechos de exclusividad que la patente otorga.

En este marco, la existencia de procedimientos rápidos y eficaces para hacer cesar la infracción de derechos de propiedad intelectual, y de patentes en particular, cumple un papel clave, en particular teniendo en cuenta que las patentes tienen una duración temporal limitada<sup>2</sup>. Más en un sistema como el argentino, donde los procesos judiciales para la obtención de una sentencia de fondo en un juicio de conocimiento son largos y engorrosos, y tampoco existen daños punitivos que sirvan como elemento persuasivo para evitar la infracción.

## II. Las medidas cautelares innovativas

Se entiende por medidas cautelares a aquellos procedimientos rápidos y liminares cuya finalidad es asegurar el resultado práctico de una futura sentencia o, en otras palabras, que

---

<sup>2</sup> El art. 35 de la Ley de Patentes, en consonancia con el art. 33 del ADPIC establece que las patentes tienen una duración de 20 años improrrogables contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Sin embargo, teniendo en cuenta que el trámite de patentamiento puede insumir entre 6 y 10 años, y que en nuestro derecho no hay protección provisional (es decir, protección desde la presentación de la solicitud hasta la concesión de la patente), el plazo efectivo de protección es mucho más acotado.

la tutela judicial sea efectiva. La voz cautelar proviene del latín *cautela* que significa precaver, precaverse, recelarse, de *cautio*: caución que se entronca semánticamente, más con “precaución” que con “prevención” cuya finalidad consiste en prevenir o evitar daños que podrían sobrevenir por la duración del proceso (Gelsi Bidart, 1987).

Dentro de este género encontramos las medidas cautelares innovativas, que fueron en nuestro país una creación del jurista Peyrano, quien las definió como aquellas medidas rápidas que tienden a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho (Peyrano, 1981).

La particularidad de este tipo de medidas cautelares es que normalmente el objeto de la medida coincide con el objeto o la pretensión de fondo. En el caso de patentes, una medida cautelar innovativa y una acción de fondo tendrán ambas por objeto obtener el cese de uso de la patente en cuestión por parte del presunto infractor.

Como las medidas cautelares son accesorias a un proceso o juicio de fondo, donde se deberá juzgar con amplitud de debate y prueba la pretensión del actor, si una medida cautelar es concedida, el juicio de fondo debe iniciarse dentro del plazo de 15 días hábiles de la notificación al demandado de la concesión de la medida cautelar (véase el artículo 85 de la Ley de Patentes).

Puntualmente en Argentina y en materia de patentes, las medidas cautelares innovativas fueron otorgadas a partir del año 2001 en plazos y condiciones razonables para los titulares de patentes (Eli Lilly, 2001), mediante la aplicación directa del artículo 50 del ADPIC<sup>3</sup>.

El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Internacional Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS por sus siglas en inglés), es el Anexo 1C del Acuerdo de

---

<sup>3</sup> El artículo 50.1 del ADPIC en su parte pertinente dice: “Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a:

a) *evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual* y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquéllas, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana” [énfasis añadido]. Por su parte, el artículo 50.2 establece: “*Las autoridades judiciales estarán facultadas para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas*” [el resaltado me pertenece].

Marrakech por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994 y aprobado por la Argentina mediante Ley N° 24.428 (B.O., 5 de enero de 1995).

Como todo tratado internacional, el ADPIC tiene jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 19 CN). Por lo tanto, su artículo 50 tiene jerarquía superior a la Ley de Patentes n.° 24.481 (Ley de Patentes), ley que fue adoptada en el año 1994 justamente para adecuar la legislación argentina a los estándares mínimos de protección de propiedad industrial exigidos por el ADPIC.

Si bien la Ley de Patentes en su redacción original no regulaba las medidas cautelares innovativas<sup>4</sup>, la jurisprudencia aplicaba de manera directa el mencionado artículo 50 del ADPIC.

Sin embargo, la modificación introducida a la Ley de Patentes en el año 2004 mediante Ley n.° 25.859 no solo modificó los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares innovativas, apartándose de la letra del ADPIC e incluso de lo previsto por nuestro Código Procesal y la doctrina entendida en la materia, sino que modificó la apreciación de los tribunales para con este tipo de medidas.

Pese a que el art. 50 del ADPIC expresamente faculta a los jueces de los Estados partes a otorgar *inaudita parte* medidas cautelares rápidas y eficaces destinadas a evitar y/o hacer cesar la infracción de cualquier derecho de propiedad industrial, la reforma introducida por la ley 25.859 a la Ley de Patentes, incorporó requisitos específicos y ajenos a nuestro sistema judicial, y estableció que como principio general, el juez debe oír al demandado<sup>5</sup> antes de resolver acerca de la concesión de este tipo de medidas.

En efecto, conforme la actual redacción del artículo 83. II de la Ley de Patentes, previo al otorgamiento de una medida cautelar innovativa se debe probar: (i) razonable

---

<sup>4</sup> En su redacción original, la Ley de Patentes solo preveía el llamado “incidente de explotación”, en el art. 90 (hoy 87) en los siguientes términos: “El demandante podrá exigir caución al demandado para no interrumpirlo en la explotación del invento, en caso que éste quisiera seguir adelante con ella y en defecto de caución podrá pedir la suspensión de la explotación, dando él a su vez en su caso, si fuera requerido, caución conveniente”.

<sup>5</sup> Si bien como excepción al principio general de bilateralidad, el antepenúltimo párrafo del artículo 83, II de la Ley de Patentes establece: “Cumplidas las condiciones precedentes, en casos excepcionales, tales como cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas, los jueces podrán otorgar esas medidas *inaudita altera parte*”, como veremos a continuación, en la práctica, esta excepción es de nula aplicación.

probabilidad de validez, (ii) daño irreparable, (iii) balance de daños y (iv) razonable probabilidad de infracción. Antes de resolver acerca del pedido de una medida cautelar innovativa, un perito de oficio debe pronunciarse sobre los requisitos (i) y (iv)<sup>6</sup> antes mencionados.

La ley 25.859 ha sido analizada por la doctrina especializada en la materia, algunos la han criticado duramente<sup>7</sup> y otros la han halagado<sup>8</sup>. Más allá de que en su origen esta ley puede haber sido celebrada por algunos por haber estado destinada a evitar supuestos abusos por parte de los titulares de patentes (Correa, 2006), en la práctica, y tal como viene siendo interpretada y aplicada por la jurisprudencia en los últimos años, ha llevado a la desnaturalización del instituto cautelar.

---

<sup>6</sup> El artículo 83. II de la Ley de Patentes dice: “Los jueces podrán ordenar medidas cautelares en relación con una patente concedida de conformidad con los artículos 30, 31 y 32 de la ley, para:

1) Evitar se produzca la infracción de la patente y, en particular, para evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana;

2) Preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción, siempre que en cualquiera de estos casos se verifiquen las siguientes condiciones:

a.- *Exista una razonable probabilidad de que la patente, si fuera impugnada de nulidad por el demandado, sea declarada válida;*

b.- *Se acredite sumariamente que cualquier retraso en conceder tales medidas causará un daño irreparable al titular;*

c.- *El daño que puede ser causado al titular excede el daño que el presunto infractor sufrirá en caso de que la medida sea erróneamente concedida; y*

d.- *Exista una probabilidad razonable de que se infrinja la patente.*

*Cumplidas las condiciones precedentes, en casos excepcionales, tales como cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas, los jueces podrán otorgar esas medidas inaudita altera parte.*

*En todos los casos, previamente a conceder la medida, el juez requerirá que un perito designado de oficio se expida sobre los puntos a) y d) en un plazo máximo de quince (15) días.*

En el caso de otorgamiento de alguna de las medidas previstas en este artículo, los jueces ordenarán al solicitante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos” [el énfasis es mío].

<sup>7</sup> Otamendi (2004) criticó la reforma por considerarla innecesaria y desfavorable para los derechos de los titulares de las patentes, con el correspondiente perjuicio a la innovación tecnológica. En igual sentido, Bensadon (2007 y 2012) repasó cada uno de los nuevos requisitos impuestos por la reforma y argumentó el porqué de su ilegalidad e innecesariedad. Sánchez Echague (2011), concluyendo que era necesario morigerar el análisis por parte de los jueces de los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares en pos de promover el adecuado funcionamiento del sistema de patentes cual es incentivar la creación tecnológica.

<sup>8</sup> Por otra, Correa (2002), que había criticado la aplicación directa del ADPIC para la concesión de medidas cautelares innovativas, luego se pronunció también a favor de la reforma junto con Cassagne et. al. (2006), en una obra publicada dos años después de introducida la reforma, en la que celebran esta modificación en tanto vendría a poner fin a abusos en los que se había incurrido por aplicación directa del 50 del ADPIC.

En efecto, y tal como veremos a continuación, los jueces<sup>9</sup> han aplicado los requisitos de manera más que estricta, exigiendo muchas veces prueba indubitable de los requisitos, lo que claramente excede el grado de probabilidad exigido por la norma.

### **III. Las consecuencias prácticas de la reforma legislativa**

A continuación, mencionaremos algunos casos emblemáticos que ponen en evidencia la manera en que la jurisprudencia viene aplicando los requisitos para la concesión de medidas cautelares innovativas introducido por la reforma a la ley de patentes de 2004, ha llevado a la desnaturalización del instituto cautelar en temas de patentes.

En el caso “Bristol Myers Squibb Company s/ medidas cautelares” (2007), la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (CNACiv. y Com. Fed.) confirmó que el principio establecido por el régimen introducido por la ley 25.859 es la bilateralización del proceso cautelar, es decir que, antes de decidir sobre un pedido de medida cautelar innovativa, el juez debe correr traslado a la demandada.

Resulta paradójico que justamente este caso terminó siendo un excelente ejemplo de cómo la bilateralización del proceso lleva muchas veces a su ordinarización, es decir, a la transformación del proceso cautelar en un juicio de fondo contradictorio con amplitud de debate y prueba.

En efecto, este pedido de medida cautelar que data de 2007 recién tuvo sentencia definitiva en 2013 cuando, luego de que se realizara la pericia ordenada, se sustancie con la demandada y se resuelvan las impugnaciones y los pedidos de explicaciones a la pericia, la actora obtuvo una sentencia acerca de su pedido de medida cautelar.

Más allá que constitucionalidad de la modificación legislativa ha sido confirmada por la Sala I de la CNACiv. y Com. Fed. en el caso mencionado, no caben dudas que seis años de trámite para tener una sentencia sobre un pedido de tutela jurisdiccional no es compatible con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país al suscribir el

---

<sup>9</sup> Nos referimos a los jueces del Fuero Civil y Comercial Federal, donde tramitan más del 90% de los juicios de patentes de Argentina.

ADPIC. Muy por el contrario, ello genera una situación de desequilibrio ante la imposibilidad o gran dificultad en el otorgamiento de medidas cautelares innovativas, en particular en determinadas industrias como la farmacéutica.

En otro caso, y luego de que la sola realización de la pericia incurrió más de un año y medio (CNACiv. y Com. Fed., 2011), la jurisprudencia finalmente decidió revocar la medida cautelar concedida en primera instancia por entender que la existencia de daño irreparable no había sido probada de manera cierta.

Exigir prueba indubitable de la existencia de daño irreparable torna prácticamente imposible la obtención de una medida cautelar, además de ser contrario a los principios que rigen los derechos de propiedad industrial. En efecto, particularmente en el ámbito de la propiedad industrial, la indemnización posterior es en general insuficiente para reparar el daño causado por la infracción. Así se ha sostenido que la actividad ilícita del infractor en general afecta de manera irreversible la relación con la clientela y no solamente los daños causados son de imposible valoración posterior, sino que la relación existente con la clientela del titular del derecho antes de la infracción no puede restituirse al estado anterior a la infracción (Bercovitz, 1992)<sup>10</sup>.

Mención aparte merece la interpretación que la jurisprudencia ha hecho del requisito de probabilidad de validez de la patente.

Las patentes, como todo acto administrativo, gozan de la presunción de validez (Bensadon y Mairal, 2007). En particular, en el caso de las patentes, esta presunción de validez de la que gozan los actos administrativos es particularmente fuerte. En efecto, las patentes otorgadas en Argentina son sometidas a un estudio largo y muy detenido, y el porcentaje de concesión con relación a las solicitudes presentadas es bajo. Usualmente, son necesarios varios años de “diálogo” entre el INPI y el solicitante hasta que dicho instituto decide otorgar una patente, si este fuera el caso (Bensadon, 2012). En este dialogo, el examinador a cargo de la solicitud de la patente analiza el cumplimiento de los requisitos

---

<sup>10</sup> Sin embargo, existe otra postura (Correa, 2007) que entiende que reparable es sinónimo de resarcible. Es decir que, mientras el daño sea económicamente resarcible (porque el presunto infractor es solvente), es reparable y por lo tanto, no merecería una tutela cautelar innovativa. Así, se sostiene que entender lo contrario sería darle a los titulares de derechos de propiedad industrial un trato diferencial y privilegiado que no tendría justificativo.

de patentabilidad (novedad, actividad inventiva, aplicación industrial y sustento) y emite vistas en las cuales, de ser necesario, le requiere al solicitante adecuar las reivindicaciones a efectos de cumplir con los requisitos.

Partir de la base de que la patente se presume válida trae consecuencias bien prácticas desde el punto de vista de la observancia de los derechos conferidos por la patente: (i) en primer lugar, que teniendo un título presumiblemente válido, este puede hacerse valer contra cualquier tercero, (ii) además, implica que recae en el presunto infractor interesado en obtener la nulidad de la patente, la carga de demostrar que esta es inválida, es decir, que los requisitos de patentabilidad no se cumplen en el caso, y (iii) en particular en medidas cautelares, hay una tendencia jurisprudencial a no permitir planteos de nulidad de la patente en el marco limitado y acotado de una instancia cautelar<sup>11</sup>.

Sin embargo, en un reciente caso, la Sala II de la CNACiv. y Com. Fed. decidió revocar una medida cautelar otorgada en primera instancia por entender que el requisito de probabilidad de validez no se encontraba acabadamente cumplido, cuando el perito oficial interviniente, al que la demandada había tenido la posibilidad de repreguntar, había dictaminado que sí estaba cumplido (Eli Lilly, 2016).

Recordemos que para que una medida cautelar pueda ser otorgada, la norma exige que los requisitos de infracción y validez se demuestren no en grado de certeza absoluta sino de probabilidad. Luego, en el juicio de fondo se podrá discutir más a fondo si la patente fue otorgada o no conforme a derecho.

Si el simple hecho de que al bilateralizar el pedido de medida cautelar, el demandado alegue que la patente es nula es suficiente para tirar por tierra la presunción de validez aun cuando el perito haya dictaminado lo contrario, entonces la obtención de medidas cautelares es imposible, ya que alegar la nulidad de la patente es una defensa común y corriente ante una presunta violación.

---

<sup>11</sup> Cabe aclarar que existe una postura contraria (Correa, 2002; Correa, 2006) que sostiene que el acto de concesión de una patente goza solo de una aparente legitimidad, o una validez meramente formal. En otras palabras, que el acto de concesión de la patente puede ser perfectamente válido y gozar de presunción de legitimidad, pero esta no se extiende al contenido, es decir a que el invento cumpla con los requisitos de patentabilidad. Esta postura se justifica sosteniendo que la concesión de una patente por parte de la Administración se limita, en muchos casos incluso deficientemente, a verificar los supuestos de forma y de fondo para la aprobación de una solicitud de patente.

#### IV. Comentarios finales

Es condición necesaria para asegurar el adecuado cumplimiento del sistema de patentes el correcto funcionamiento del sistema de medidas cautelares innovativas. Un sistema deficiente donde las medidas cautelares son de difícil o imposible obtención, no solo atenta contra la innovación tecnológica, sino que convalida el aprovechamiento del esfuerzo ajeno por parte de terceros (Sánchez Echagüe, 2011), que no invirtieron recursos en investigación y desarrollo.

Más aún, no solo resulta deseable el buen funcionamiento del sistema para cumplir con el objetivo de incentivar la creación tecnológica, sino también para cumplir con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país mediante la adopción del ADPIC. Más allá de la existencia o no de flexibilidades<sup>12</sup> y de la discusión acerca de cuáles son los temas dejados al arbitrio de la soberanía que cada país (análisis que excede el marco de este trabajo) lo cierto es que el incumplimiento de las obligaciones asumidas puede traer consecuencias indeseadas para Argentina desde el punto de vista comercial, debido a que el procedimiento de solución de controversias previsto por el GATT/TRIPS permite la retaliación cruzada<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Hay quienes sostienen que la previsión contemplada en la tercera oración del art. 1.1 del ADPIC, según la cual los países Miembros “podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos” significa el reconocimiento de que existe una flexibilidad inherente en el texto del ADPIC, autorizando a cada Miembro a implementar sus reglas del modo más apropiado para sus intereses. Sin embargo, el ADPIC utiliza expresamente el término “flexibilidad” solo en dos ocasiones, respectivamente en el Preámbulo y en el art. 66.1, y en ambas únicamente para referirse a las necesidades de los países menos adelantados Miembros. Así, en el Preámbulo, el tratado reconoce “las necesidades especiales de los países menos adelantados Miembros por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable”. En el art. 66.1, “habida cuenta de las necesidades y requisitos especiales de los países menos adelantados Miembros, de sus limitaciones económicas, financieras y administrativas y de la flexibilidad que necesitan para establecer una base tecnológica viable”, les permite diferir la entrada en vigencia del Acuerdo por diez años, con posibilidad de prórrogas ulteriores.

<sup>13</sup> La retaliación cruzada es una contramedida prevista en el acuerdo de la OMC por la cual, observadas ciertas circunstancias, la violación por parte de un Estado Parte de las normas de uno de los acuerdos (por ejemplo, ADPIC) se pueden generar retaliaciones (o “suspensión punitiva de concesiones y otras obligaciones”) relacionadas con otro acuerdo regulado por la OMC (por ejemplo, en los Acuerdos sobre Subsidios y Medidas Compensatorias”). En otras palabras, un Estado parte se puede “cobrar” el

Además, no debe perderse de vista que los tratados internacionales a los que Argentina adhirió tienen jerarquía superior a las leyes, y que conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sus normas integran el ordenamiento jurídico argentino y deben ser cumplidas.

Ello, sumado a que conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada por ley 23.782) en donde se establece el principio *pacta sunt servanda*, los tratados en vigor obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe. Asimismo, el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que los tratados deberán ser interpretados de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

## V. Bibliografía

Bensadon, M. (2007), *Ley de Patentes Comentada y Concordada con el ADPIC y el Convenio de París*, Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.

Bensadon, M y Maira, H. (2007), ¿Por qué una patente de invención se presume válida?, *La Ley*, LL 20077-D-1226.

Bensadon, M. (2012), *Derecho de Patentes*, Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.

Bercovitz, A. (1992), “Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y derecho de la competencia” en *Homenaje a Hermenegildo Baylos*, Grupo Español de la AIPPI, Madrid.

---

incumplimiento de Argentina con, por ejemplo, un cobro de arancel a importaciones de productos argentinos a ese país que estaba exento de arancel.

Correa, C. (2002), “Medidas cautelares en materia de patentes de invención” JA 2002-IV-1130.

Correa, C. (Coor.) (2006), *Medidas Cautelares en el Régimen de Patentes*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Gelsi Bidart, A. (1987), “Tutela procesal ‘diferenciada’”, en *Revista de Estudios Procesales* N° 38.

Imam, A. (2006), “How does patent protection help developing countries?”, *IIC International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 37, nro. 3/2006.

Mercuriali, C. (2006), “Las patentes de inversión en el desarrollo de Latinoamérica”, en *Derechos Intelectuales 12*, ASIPI, Buenos Aires: Depalma.

Sánchez Echagüe, I. (2011), “A diez años de Eli Lilly: Una década de jurisprudencia sobre medidas cautelares innovativas en materia de patentes” en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Año II, Número 6, Diciembre de 2011, pp. 271-287.

Otamendi, J. (2004), “La reforma de la ley de patentes de invención y modelos de utilidad. Tan mala como innecesaria. Referencia a la ley 25.859 publicada en el B.O. el 14/1/2004”, LL 2004, B-1117.

Peyrano, J. (1981), "Medida cautelar innovativa", Buenos Aires, Argentina: Depalma.

### **Jurisprudencia citada**

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2007). “Bristol Myers Squibb Company s/ medidas cautelares”, Expte N°1412/2007, Sala I. [CNACiv. y Com. Fed.]. Buenos Aires, Argentina.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2008). “Novartis AG c/ Laboratorios Richmond SACIYF s/ medidas cautelares”, Expte N°5080/2007, Sala I. [CNACiv. y Com. Fed.]. Buenos Aires, Argentina.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2009). “Novartis AG c/ Laboratorios Richmond SACIYF s/ medidas cautelares”, Expte N°5080/2007, Sala I. [CNACiv. y Com. Fed.]. Buenos Aires, Argentina.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2010). “Novartis AG c/ Laboratorios Richmond SACIYF s/ medidas cautelares”, Expte N°5080/2007, Sala I. [CNACiv. y Com. Fed.]. Buenos Aires, Argentina.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2011). “Novartis AG c/ Laboratorios Richmond SACIYF s/ medidas cautelares”, Expte N°5080/2007, Sala I. [CNACiv. y Com. Fed.]. Buenos Aires, Argentina.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2017). “Eli Lilly and Company c/ Biosidus S.A. s/ medidas cautelares”, Expte N°4483/2014, Sala II. [CNACiv. y Com. Fed.]. Buenos Aires, Argentina.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1873). *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, "Roggiero y Compañía, contra Silveyra y Goulstone, sobre nulidad de una patente de invencion [sic]", t. 14, p. 290 [CSJN, *Fallos*: 14:290]. Buenos Aires, Argentina.