

“Castillo”, y una nueva temporada de lesa humanidad en el cuarto piso

Por JUAN SEBASTIÁN ORSO^(*)

Introducción

Los tribunales ordinarios exigen que se cumplan los plazos, morigeran la coerción, restituyen la libertad y hasta sobresean cuando el inocente todavía no ha sido declarado culpable y el tiempo de la prisión preventiva se vuelve un castigo. No sucede lo mismo en casos de lesa humanidad, o al menos no sucede como regla general. Once años de prisión preventiva son palabras que nunca deberían leerse en una oración, pero he aquí los hechos en “Castillo” que la Corte Suprema fue llamada a revisar⁽¹⁾. Afortunadamente, la Corte dejó sin efecto la sentencia apelada en nombre del principio de inocencia, de legalidad y del plazo razonable. Pero, ¿cómo llegamos a este punto? Desde el *common law*, donde Blackstone advertía que la prisión antes de la condena era una ofensa contra la libertad, hasta la Revolución de Mayo y el art. 18 de nuestra Constitución, el principio fue siempre el mismo: las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella.

A partir de esa premisa, este comentario busca demostrar sintéticamente que las experiencias históricas sobre la prisión preventiva en caso de crímenes aberrantes –pasando por la gesta de nuestra Nación, los juicios de Núremberg y el Juicio a las Juntas– no avalan lo que sucedía en procesos vinculados con delitos de lesa humanidad hasta el fallo “Castillo”. Las novedades en el derecho no son necesariamente una buena noticia, y las largas prisiones preventivas impuestas tras la segunda ola de juicios de lesa humanidad no solo se comportan como la cuadratura del círculo, sino que restauran la lógica inquisitiva, y hasta del enemigo, que la historia constitucional argentina, desde sus orígenes, se propuso abolir.

El trabajo sigue la evolución de los principios de la prisión preventiva en cuatro etapas. En la primera se reconstruye la tensión entre los principios liberales del *common law* y la influencia que la corriente inquisitiva española ejerció en nuestro derecho patrio. En la segunda se examinan dos experiencias de juzgamiento de crímenes aberrantes para evaluar cómo fueron conciliadas la persecución penal y el respeto por las garantías. La tercera etapa se detiene en la segunda ola de juicios por delitos de lesa humanidad en la Argentina, para mostrar cómo la prolongación sistemática de la prisión preventiva respondió a una lógica propia del derecho penal del enemigo. Finalmente, el comentario se cierra con el examen de la

saga “Muiña” y “Batalla” y con el reciente fallo “Castillo”, entendido este último como un punto de inflexión que reencauza la prisión preventiva bajo los estándares del plazo razonable y la necesidad procesal.

I. La historia de la prisión preventiva

Optar por la prisión preventiva y no por la fianza, reseñaba Blackstone en el antiguo *common law*, “constituye una ofensa contra la libertad”⁽²⁾. La regla general, en la época del antiguo *common law* y hasta nuestros días, es que la prisión preventiva “tiene únicamente por objeto la custodia segura del imputado y no su castigo”⁽³⁾, por lo que ante nuevos estatutos sancionados por el Parlamento que privaban de solicitar la excarcelación a imputados por graves delitos, Blackstone concluía que “existen casos –aunque se presenten rara vez– en los cuales resultaría formalista e injusto mantener a una persona privada de su libertad, aun cuando se la acuse del delito más grave”⁽⁴⁾.

Esta enseñanza pasó sin escalas al derecho de los Estados Unidos, porque bien reseña Kent que el *common law* “fue traído por nuestros antepasados al emigrar a este país. La Revolución no implicó su abolición; antes bien, tuvo por efecto fortalecer y vigorizar los principios más justos de dicho derecho”⁽⁵⁾. Dentro de esos principios, el experimento constitucional de los Estados Unidos positivizaba el derecho a la libertad personal contra detenciones arbitrarias en su art. 1, sección 9, cláusula 2, como en la quinta, sexta, octava y décimo cuarta enmienda, garantizando que “incluso en los casos de detención o prisión válidamente dispuesta, se tenga especial cuidado en que no se prolongue de manera irrazonable ni innecesaria”⁽⁶⁾. En uno de sus primeros precedentes sobre prisión preventiva, la Suprema Corte norteamericana citaría a Blackstone y el *common law* para exigir en “Ex parte Burford” que la orden de detención “expresé su certeza conveniente, y cuide que sea legítima”⁽⁷⁾.

Nuestro derecho patrio es parte de esta historia. Tras la defensa de Buenos Aires ante las invasiones inglesas y la expulsión del virrey Sobremonte por nuestros padres fundadores, un oficial inglés declaraba que ambos eventos han “hecho avanzar sus ideas políticas más de un siglo”⁽⁸⁾, notando Beverina que durante esa época: “El estímulo indirecto que la independencia de los estados de la América del Norte y la revolución francesa prestaron para el surgir de nuevos sentimientos (...) recibió con estos acontecimientos vividos en el Río de la Plata un impulso directo e incontenible”⁽⁹⁾. No es ninguna coincidencia, entonces, que el acta de la Primera Junta Gubernativa del 25 de mayo de 1810 tuviera lo que Mitre caracterizó como un “embrión” de la Constitución Nacional y estableciera, en el art. 6, el cuidado de la “seguridad individual de todos los vecinos, haciéndosele (...) responsable de lo contrario”⁽¹⁰⁾. Transcurrirían tan solo unos pocos meses para que Moreno exija una Constitución que establezca para la posteridad “la seguridad de las personas, la conservación de sus derechos, los deberes del magistrado, las obligaciones del

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *En resguardo del debido proceso (inconstitucionalidad de una norma procesal penal)*, por FRANCISCO N. D’ATRI, ED, 200-688; *El garantismo abolicionista (A propósito de una crítica del profesor Favaretto)*, por HÉCTOR H. HERNÁNDEZ, EDPE, 06/2011-37; *En búsqueda de las garantías penales para los adolescentes por vía de un régimen penal de responsabilidad penal limitada*, por GABRIEL A. LANARO OJEDA, EDPE, 11/203-5; *Una mejora en la calidad del precepto constitucional del debido proceso legal en materia penal: la reforma procesal penal en la provincia del Neuquén*, por ARMANDO M. MÁRQUEZ, EDCO, 2014-293; *La implementación de la policía judicial y la garantía del debido proceso en materia penal*, por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2016-387; *La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o a la revocación de la prisión preventiva*, por EMILIO A. IBARLUCIA, ED, 176-755; *Prisión domiciliaria - Análisis de la ley 26.472*, por AUGUSTO JAVIER MORENO, ED, 233-962; *¿De qué hablamos cuando hablamos de garantismo? Una mirada desde el debido proceso*, por NICOLÁS IGNACIO MANTEROLA, ED, 275-931; *La reincidencia y el principio de culpabilidad*, por PABLO DANIEL BRUZZONE, EDPE, 07/2018; *Prisión preventiva y riesgo de reiteración delictiva. Análisis jurisprudencial, legislativo y de derecho comparado*, por MARTÍN MIGUEL MONEDERO, EDPE, 01-02/2020; *La garantía de la doble instancia penal cuando una sala cambia sus criterios*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 260-601; *¿Prisión preventiva de oficio? La implementación de los arts. 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal*, por CARLOS E. LIERA, ED, 286-609; *Prisión preventiva y plazo razonable de juzgamiento en situaciones de excepción*, por LUIS GUSTAVO LOSADA, ED, 287-748; *La prisión domiciliaria y la anomia de la educación*, por GERMÁN E. GIMENEZ MEZA, Revista de Derecho Penal, Marzo 2023 - Número 3. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Abogado y especialista penal, UNR. Doctorando, UBA. *Ex visiting scholar*, Humboldt-Universität zu Berlin. Agradezco a Andrés Rosler y a Sofía Calderone por la pronta revisión de un borrador de este comentario, eximiéndolos de toda responsabilidad por las posibles omisiones o por la perspectiva adoptada.

(1) CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Castillo, Carlos Ernesto s/ incidente de recurso extraordinario”, Fallos, 348:1357, 23/10/2025 y El Derecho Penal, diciembre 2025.

(2) Blackstone, William, *Commentaries on the laws of England*, t. 4, Christion, Edward (ed.), Londres, Richard Taylor for Thomas Teg, 1830, p. 297.

(3) *Id.*, p. 299.

(4) *Id.*, p. 300.

(5) Kent, James, *Commentaries on American Law*, t. 2, Holmes, Oliver W. (ed.), Boston, Little, Brown and Company, 1873, p. 28.

(6) *Id.*, p. 31.

(7) 7 U.S. 448, Ex Parte v. Burford (SCOTUS 1806).

(8) By an Officer of the Expedition, *An Authentic Narrative of the Proceedings of the Expedition under the Command of Brigadier-Gen. Craufurd, with an Account of the Command of Lieut. Gen. Whitelocke*, Oxford, impreso en n.º 18 Chapel Place, 1808, p. 196.

(9) Beverina, Juan, “Invasiones inglesas”, en Levene, Ricardo (dir.), *Historia de la Nación Argentina*, t. 4, sec. 2, Buenos Aires, El Ateneo, 1961, p. 310.

(10) *Registro oficial de la República Argentina*, t. 1, Buenos Aires, “La República” - Imprenta especial, 1879, p. 22. El art. 9, por su parte, disponía que no podían imponerse gravámenes al pueblo “sin previa consulta y conformidad de este Exmo. Cabildo”, manifestación temprana del espíritu del debido proceso, de la soberanía popular y de la prohibición de las leyes *ex post facto*. Para la cita de Mitre, véase Mitre, Bartolomé, *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, 4º ed., t. 1, Buenos Aires, Felix Lajouane Editor, 1887, p. 333.

súbdito, y los límites de la obediencia; en fin, la justicia, que es la base verdadera de toda libertad”⁽¹¹⁾.

Las desavenencias de nuestra organización interna atrasarían el gran plan constitucional de Moreno, pero la ausencia de una Ley Fundamental no debe extraviarnos en reconocer la protección dogmática de nuestros derechos mucho antes de la consolidación formal de nuestra Nación en 1853/60. La protección de la libertad personal frente a detenciones arbitrarias no es la excepción, tal como figura en el Decreto de seguridad individual sancionado el 23 de noviembre de 1811 por la Junta Conservadora. Allí se pronunciaba “contra los esfuerzos de la tiranía” y regulaba en su art. 6 lo que no sería más que el nacimiento de nuestro actual art. 18, última parte: “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que, a pretexto de precaución, solo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente”⁽¹²⁾.

Este espíritu cambiaría para siempre el destino de nuestra nacionalidad y serían otros próceres, como el Dean Funes, quienes se encargarían de introducir grandes obras del iluminismo penal para reforzarlo. Así fue con Daunou, en cuyo ensayo sobre garantías publicado en 1822 clamaba la libertad personal “sería ilusoria, si procesos interminables prolongasen sin medida las detenciones, y si las cosas se hallasen cambiadas de tal modo que las sentencias de los jueces nunca indicase otro motivo, que la voluntad de los ministros o de otros agentes de la autoridad suprema” [sic]⁽¹³⁾.

Para 1853, el sistema federal, republicano y representativo era el deber impuesto por la Comisión redactora al Congreso General Constituyente de Santa Fe. En el informe que la primera presentó al segundo el 18 de abril de ese año, se preguntaban: “¿Cómo hacer para que el gobierno federal proporcione a la nación respeto y reputación exterior, paz intestina y desenvolvimiento del comercio, de la industria y la población? La comisión ha creído resolverlo *por los medios consagrados en las ‘Declaraciones y garantías’*”⁽¹⁴⁾ (la itálica me pertenece).

Fue el padre de la Constitución, José Benjamín Gorostiaga, quien expresó que el proyecto “está vaciado en el molde de la constitución de los Estados Unidos”, que “la sanción de la Constitución es urgente” y “el único recurso que nos queda para establecer el orden y salvar a la Confederación de la disolución y de la anarquía”⁽¹⁵⁾.

Cuando se insertó el art. 18, se lo hizo de forma consecuente en todas sus partes. Su comienzo: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” sintetiza mejor que cualquier otra oración el espíritu del debido proceso y el principio de inocencia. Luego, al prescribir que: “Nadie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”, al igual que la primera oración, este precepto comienza con una negativa: no promueve, sino que únicamente habilita la posibilidad de la privación de la libertad “a cubierto de las arbitrariedades que pudieran cometer los que gobiernan”⁽¹⁶⁾. Y ha prohibido

los tormentos y azotes, exigiendo en la última parte un trato humano hacia el imputado o condenado preso: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”⁽¹⁷⁾.

Pocos años después de que la Corte Suprema comience a funcionar, esta estableció en “Paz” que el “único objeto” de la prisión preventiva es que no se frustre la justicia⁽¹⁸⁾. En la misma línea, precisó en “Aguirre” que el art. 18 *in fine* de la Constitución Nacional impide mantener privado de la libertad a un procesado cuando la detención deja de ser un medio necesario de seguridad, es decir, cuando ya no cumple una función estrictamente cautelar⁽¹⁹⁾. Más adelante, en “Llanos”, sería todavía más clara al decir que “aunque no [lo] consigna en términos expresos, la limitación de la prisión preventiva, mediante fianza de cárcel segura, ha sido derivada por esta Corte de la cláusula final del art. 18 de la constitución nacional (...) Esa prescripción, según la jurisprudencia establecida, tiene por objeto principal garantizar la libertad bajo fianza a los reos de delitos (...) porque denegada la excarcelación, se retendría en la cárcel a los procesados, sin que esa retención pudiera justificarse como una medida necesaria de seguridad, por manera que ‘la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley penal de forma’”⁽²⁰⁾.

1.1. El desfasaje constitucional de la prisión preventiva a nivel reglamentario

En cuanto a la prisión preventiva, una de las exposiciones más elocuentes sobre sus dilemas, esto es, entre las garantías individuales del sometido a proceso y el interés público por el castigo ante el delito, es reseñada por Alcorta mientras el padre de nuestro primer Código Penal y gobernador de Buenos Aires en ese entonces, Carlos Tejedor, promulgaba la ley sobre fianza y prisión preventiva de la provincia de Buenos Aires en 1878 (que luego serviría de modelo al código de procedimientos en lo criminal para la justicia federal de 1888)⁽²¹⁾. Para la comunidad, la prisión preventiva puede comportarse como medida de seguridad, “pues un primer crimen puede llevar a su autor a cometer otro”; también como garantía de la ejecución de la pena, “pues [el imputado] podría escapar por la fuga al castigo, así como a las reparaciones civiles” y como medio de instrucción, que “importa no dejarle el poder [al imputado] de hacer desaparecer los rastros del crimen”⁽²²⁾. Pero precisamente por ello, para el imputado, puede convertirse en una grave injusticia: “[La prisión preventiva] [n]o puede invocar el derecho de la justicia, porque no se dirige contra un culpable, sino contra un sospechoso; porque no se funda sobre un juicio, sino sobre una simple presunción; porque el derecho de la justicia es precisamente lo que está en cuestión. No puede invocar el hecho mismo de las investigaciones, porque el procedimiento tiene por objeto verificar si este procedimiento es o no fundado, y por consecuencia, si la detención tiene o no causa legítima. Es, pues, cierto que esta medida *no es legítima sino porque es necesaria. He ahí la única razón de su institución, el solo título de su existencia*”⁽²³⁾ (la itálica me pertenece).

(17) No resta a la épica de este complejo entramado que el art. 18 haya sido aprobado sin mayor pena, ni gloria, en los debates de ese año o de 1860; por el contrario, demuestra la rica tradición dogmática en la protección de la libertad personal ante detenciones arbitrarias.

(18) CSJN, “Criminal, contra D. Exequiel N. Paz, sobre desacato. Incidente sobre excarcelación”, *Fallos*, 8:291, 30/11/1869.

(19) CSJN, “Criminal, contra D. Julián Aguirre, por rebelión. Incidente sobre excarcelación bajo fianza”, *Fallos*, 16:88, 3/4/1875.

(20) CSJN, “Llanos solicitando la excarcelación de los procesados por rebelión y otros, sobre constitucionalidad”, *Fallos*, 102:219, 1/8/1905.

(21) Así informándolo el diputado Paunero al momento de su discusión parlamentaria. Véase Congreso Nacional, Cámara de Diputados, 7ª Sesión Ordinaria (4.6.1897), Buenos Aires, Argentina, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1897, p. 81.

(22) Alcorta, Amancio, *Las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1881, p. 426.

(23) Alcorta, Amancio, *Las Garantías...*, pp. 426-427. El propio Alcorta reseña que “en Inglaterra y Estados Unidos, la libertad bajo fianza es la regla general. En Inglaterra puede ser ordenada por todos los hechos criminales (...) y se exceptúan solamente los crímenes calificados por *treason*; y aun en esos crímenes, el secretario de Estado y la Corte Superior de Justicia (King’s Bench) pueden, de su libertad, acordar la libertad bajo fianza del acusado y según las circunstancias del hecho”; véase en *id.*, p. 428.

(11) Moreno, Mariano, *Colección de Arengas en el foro, y escritos*, Londres, Imprenta Jaime Pickburn, 1836, p. 213. Difundido por Moreno en la *Gazeta extraordinaria* de Buenos Aires bajo el título “Medios de que se ha de valer el Congreso para conseguir su fin”, publicada el 6 de noviembre de 1810.

(12) Caillet-Bois, Ricardo R., *Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas (1811 - 1898)*, Universidad de Buenos Aires, Departamento Editorial, 1956, p. 30.

(13) Daunou, Pierre C., *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, Funes, Gregorio (trad.), Buenos Aires, Imprenta de Expósitos, 1822, p. 20. Bajo el encargo de Rivadavia, Dean Funes traducía y prologaba esta obra, introduciéndola con las siguientes palabras: “La pequeña obra, que traducida del francés con algunas notas propias doy al público, tiene por objeto poner en libertad a los ataques del poder contra los derechos del ciudadano. Estos se hallan comprendidos bajo el título de garantías individuales. Siempre que ellas tengan toda su observancia, las personas serán libres”. *Id.*, p. 5.

(14) Convención Nacional de 1898, *Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866*, tomo IV, Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1898, p. 265.

(15) *Id.*, p. 270. Así lo manifestó dos días después, en la sesión del 20 de abril.

(16) Peña, Enrique A., *El Recurso de Habeas Corpus*, Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, p. 1897, pp. 25-26. Un reflejo de la política penal meramente habilitada, pero no promovida, surge del viejo fallo de la Corte, “Gómez”, que dispuso: “es un principio de jurisprudencia universal, que no debe darse a las leyes penales una interpretación extensiva en perjuicio del acusado”. Véase CSJN, “Criminal, contra los expleados nacionales ‘D. Justo Gómez y otros’ por delito de falsedad y sustracción de rentas públicas”, *Fallos*, 8:316, 13/1/1870.

A pesar de estas nobles consideraciones, como de la emulación del *common law* en la Constitución, lo cierto es que las primeras reglamentaciones de la prisión preventiva en provincia y en la nación quedarían desfasadas de nuestra Constitución y resultarían verdaderamente atrasadas. Se comprueba en gran parte del siglo XIX la desconcertante continuidad del criterio inquisitivo-sustantivo de prohibir la excarcelación bajo fianza cuando la pena del delito imputado superase ciertos años de prisión “corporal”, dejando la salida en estos casos solo por la vía del sobreseimiento o la absolución⁽²⁴⁾. Esta regla provenía de la Ley 16, primer título, parte 7, de las Partidas y su comentario histórico refleja el espíritu cruel e injusto que la inspiraba, al subvertir el principio de inocencia por miedo a penas alternativas históricamente draconianas, propias del régimen monárquico español: “si manda la ley que el homicida sea condenado en ciento y que no pagándolos dentro de diez días sea decapitado o pierda la mano; tal delito se llama capital potencialmente, y así no debe ser excarcelado el reo bajo fianza, porque en caso de duda debe siempre atenerse el juez a lo más seguro”⁽²⁵⁾.

La impronta inquisitiva de este sistema procesal medieval se evidencia con particular nitidez en el comentario de que “el preso por orden del Rey no debe ser excarcelado bajo fianza, a no mandarlo el Rey mismo”⁽²⁶⁾. Este tipo de administración de justicia obedecía a que: “Tanto el gobierno como la justicia derivaban del rey y se impartían en su nombre, pues éste era la fuente indiscutida de todos los poderes”⁽²⁷⁾. Consecuentemente, el proceso en verdad era un procedimiento unilateral que reflejaba la voluntad del soberano. Nada puede hacer peligrar su eficacia, ni siquiera la voluntad de las propias partes, por lo que el designio absoluto ya está dado de antemano y el juez también es parte para hacerlo valer: “que privilegie la meta por sobre el método y, por tanto, haga lo que le parezca en la incansable búsqueda de la verdad real para lograr satisfacer el propio sentido de justicia”⁽²⁸⁾. Si la inquisición tiende al control, también lleva a la concentración y, naturalmente, a la conversión del proceso en un mero procedimiento cautelar: poder por y para el poder como principio de unidad.

El contraste con el espíritu republicano gestado a partir de 1810 no podría ser más marcado. Así lo recordaba Paine al sostener que “mientras más se acerque un gobierno al sistema de república, menos tiene que hacer un rey”⁽²⁹⁾. Ya la Junta Conservadora, al dictar su reglamento de 1811, estableció la separación entre los poderes ejecutivo y judicial y afirmaba la transferencia de la soberanía del monarca al pueblo bajo la premisa de que toda autoridad “debe nacer del seno de ellas mismas y ser una obra de sus propias manos”⁽³⁰⁾. No obstante, en el camino a la delegación “los hombres tienen ciertos derechos que no les es permitido abandonar”, por lo que el individuo goza de ciertos valladares que no se pueden desbordar⁽³¹⁾.

Si existe, entonces, una soberanía popular con ciertos derechos irrenunciables, éstos no son otros que las garantías fundamentales, de las que se desprende, como consecuencia lógica, la presunción de inocencia. Desde esta perspectiva, si la prisión preventiva “es la más prolongada privación de libertad que el imputado sufre durante el proceso”⁽³²⁾, su naturaleza solo puede ser excepcional, cautelar y, sobre todo, provisional, porque se ejecuta ma-

terialmente como una pena y su prolongación *ad eternum* no sería otra cosa que transmutar la presunción de inocencia en una de culpabilidad. En palabras de Binder: “Las cargas que pesan sobre los acusadores y la inexistencia del deber de descargo o de informar por parte del imputado constituyen las dos caras de la moneda de un mismo principio (inocencia). A un proceso organizado bajo este principio rector lo denominamos sistema acusatorio”⁽³³⁾.

1.2. Efectos de una concepción inquisitiva de la prisión preventiva

La continuidad de esta vieja regla de las Partidas en el orden legislativo primario se ve reflejado, entre otros ejemplos, en el art. 18 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873, como en el art. 3 de la ley sobre fianza y excarcelación porteña de 1878 que ya he mencionado. Este último art. disponía lo siguiente: “La excarcelación bajo fianza puede pedirse siempre que el hecho que motive la prisión designada en el auto que la ordena, tenga solo pena pecuniaria o bien corporal cuyo máximo señalado en la ley no exceda de dos años de prisión, o una y otra conjuntamente”⁽³⁴⁾. Recordemos que pena corporal era en ese entonces la de reclusión o prisión (entre otras), por lo que básicamente todos los delitos graves no podían ser excarcelados bajo fianza.

Estos usos y costumbres subterráneos a nuestra Constitución debieron ser desplazados tras 1853, pero como en tantos otros órdenes de nuestra legislación ello no sucedió de forma inmediata o se retrasó. Hasta nuestros días, un proceso guiado por la “carcelación” y no por la libertad sigue ocurriendo por la equivocada fusión de criterios sustantivos bajo el ropaje de la “peligrosidad procesal”. Pero en siglo XIX, las arbitrariedades ocasionadas por esta visión no pasaron desapercibidas, ni dejaron de generar pocos problemas a futuro.

En cuanto a lo primero, el diputado Méndez Paz argumentó que un mejor sistema que la limitación sustantiva fijada en dos años de prisión por la ley porteña sería “dejarlo al arbitrio del juez, porque habrá casos en que el delito no tendrá un día o dos más de los dos años; y me parecía injusto cerrar la puerta para que estos delincuentes no gocen de los recursos que les concede esta ley, y se vieran privados de todos los medios de seguridad”⁽³⁵⁾.

Asimismo, la extensión prolongada de la prisión preventiva comenzaba a generarse por dos motivos que combinaban lo peor de este sistema: i) el criterio sustancial que excluía de la fianza casi todos los delitos graves; ii) la discrecionalidad del juez para no ponerle fin, al no existir tampoco un plazo límite. Los resultados evidenciados en años siguientes motivaron a que Rivarola escriba que “el único despotismo posible en este país es el de los jueces de instrucción”, porque es él quién causará “todos los vejámenes de la instrucción de un sumario y de una larga prisión preventiva sin obtener siquiera la reparación moral a que tiene derecho todo aquel contra quien se ha formado una acusación que no ha sido probada”⁽³⁶⁾.

Tal era la magnitud del problema, que en 1898 Rivarola, Piñero y Matienzo incorporarían a su proyecto de código penal el delito de decreto indevido de la prisión preventiva para el juez que “prolongare la prisión preventiva, que computada según el artículo 45, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado”⁽³⁷⁾. Años antes, en 1891, Rivarola incorporaría a su propio proyecto de código penal el actual art. 3: “En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado”⁽³⁸⁾. En la expresión de sus motivos se explicaba, nuevamente, que era la extensión inusitada de las prisiones preventivas lo que provocaba que distintas leyes se sucedan entre sí mientras esta durase⁽³⁹⁾.

[33] Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, t. 5, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2021, p. 159.

[34] *Registro oficial de la Provincia de Buenos Aires - Tercer Trimestre*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1878, p. 9.

[35] *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, 5ª Sesión Ordinaria (15.5.1878)*, Buenos Aires, Imprenta de El Economista, 1878, p. 159.

[36] Rivarola, Rodolfo, *La Justicia en lo Criminal. Organización y Procedimiento*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1899, pp. 66-67.

[37] Rivarola, Rodolfo - Piñero, Norberto - Matienzo, José N., *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Buenos Aires, Taller tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1898, p. 174.

[38] Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. I, Buenos Aires, H.A. Tommasi ed., 1922, p. 298.

[39] *Id.*

[24] Un ejemplo de pena corporal puede hallarse en el proyecto de código penal de 1866 de Tejedor, que las recibió bajo el título segundo, art. único; eran las de muerte, presidio, penitenciaría, destierro, confinamiento, prisión y arresto, es decir, básicamente la pena de casi todos los delitos graves. Véase Tejedor, Carlos, *Proyecto de código penal para la República Argentina*, t. 1, Buenos Aires, Comercio del Plata, 1866, p. 89.

[25] López, Gregorio, *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX*, t. 1, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1844, p. 33.

[26] *Id.*, p. 34.

[27] Zorraquín Becú, Ricardo, *La Organización Judicial Argentina en el Período Hispánico*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981, p. 81.

[28] Alvarado Velloso, Adolfo E., *Teoría General del Proceso: el Proceso Judicial*, t. 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 149.

[29] Paine, Thomas, *La independencia de la costa firme justificada*, García de Sena, Manuel (trad.), Caracas, Instituto panamericano de geografía e historia, 1949, pp. 54-55. La pertinencia de esta observación es doble cuando se observa que sus ideas circularon entre nuestros padres fundadores en los preludios de la independencia.

[30] R. O., Beverina, Juan, “Invasiones inglesas”..., p. 122.

[31] *Id.*

[32] Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, t. 2, Chiara Díaz, Carlos - Meana, José M. (acts.), Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 1998, pp. 353-354.

El clavo en el cajón de esta aciaga tradición llegaría de la mano de Tomás Jofré, discípulo de Chiovenda, autor del código procesal penal de San Luis y quien denunció el estado del arte en ese entonces: “La república Argentina se encuentra sumamente atrasada en materia procesal. La excarcelación bajo fianza sólo se concede por excepción. Parece que el legislador creyese que todo acusado es culpable”⁽⁴⁰⁾. En sintonía con nuestro comentario sobre el modelo inquisitivo al que respondía la regla de las Partidas, también Jofré denunció que: “Son leyes de injusticia, de desigualdad, más propias de un país monárquico que de un pueblo regido por instituciones republicanas”⁽⁴¹⁾. Afortunadamente, con su pluma mediante, Buenos Aires y San Luis comenzarían a reformar sus códigos para receptar un modelo de excarcelación amplio y procesal, no sin antes concluir Jofré sobre nuestra historia general que “todos los códigos de los pueblos cultos dan una gran amplitud al derecho de la excarcelación bajo fianza y solamente nosotros permanecemos apegados al viejo sistema inquisitivo que siente horror por las garantías individuales”⁽⁴²⁾.

II. El legado de la justicia ante crímenes aberrantes

Adentrados en el siglo XX, las experiencias de persecución y castigo de delitos aberrantes también nos dejan algunas enseñanzas en torno al problema de la prisión preventiva. El modo en que se resolvió esa disyuntiva en Núremberg y su contexto inmediato, como en Argentina y su contexto inmediato, permite evaluar hasta qué punto es pasible juzgar delitos masivos y aberrantes sin abdicar ciertas garantías procesales básicas.

II.1. Los juicios de Núremberg

En primer lugar, tres meses antes de la rendición incondicional de la Alemania nazi, el presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, se dirigía a la conferencia de Yalta para decidir sobre el futuro de una diezmada Europa. Cargaba en sus manos un memorándum redactado en conjunto por el secretario de Guerra, Henry L. Stimson, y el procurador general Francis Biddle, con las bases de la futura Carta de Londres, andamio legal de los juicios de Núremberg. Bajo el título “Dimensiones del Problema de los Crímenes de Guerra”, se reportaba que “La criminalidad de los dirigentes alemanes (...) representa el resultado de un régimen sistemático y planificado del terror”⁽⁴³⁾, pero el *quid* de la cuestión yacía bajo el título “Programa recomendado”. Allí se expresaba que: “Tras la rendición incondicional de Alemania, las Naciones Unidas podrían, si así lo decidieran, ejecutar a los criminales nazis más notorios, como Hitler o Himmler, sin someterlos a juicio ni audiencia previa. No favorecemos este método. Si bien presenta las ventajas de una resolución segura y rápida, sería contrario a los principios más fundamentales de justicia, comunes a todas las Naciones Unidas”⁽⁴⁴⁾.

Era este el comienzo de la opción por el imperio de la ley, con todas sus futuras críticas y defectos. En esencia, Stimson lograba resistir los planes del secretario del Tesoro Henry Morgenthau Jr., como del propio Winston Churchill, quienes favorecían con fervor las ejecuciones sumarias. Para Stimson, “[e]sto fue precisamente el tipo

de justicia que los propios nazis habían empleado con tanta frecuencia. Pero este hecho constituía, en realidad, la mejor razón para rechazar tal solución. Toda la posición moral de las Potencias vencedoras se derrumbaría si sus juicios solo pudieran imponerse mediante métodos nazis. *Nuestra ira, por justa que fuera, debía someterse al imperio de la ley. Por ello, adoptamos una tercera vía y sometimos a los criminales capturados a un proceso judicial. Les otorgamos a los nazis aquello que ellos habían negado a sus propios enemigos: la protección de la Ley*”⁽⁴⁵⁾ (la itálica me pertenece).

No es que se deba blindar Núremberg, pues es cierto que “confiesa no ser justicia legal sino política”⁽⁴⁶⁾. Su saldo puede ser negativo en muchos aspectos, al imponer su jurisdicción de una forma retroactiva y más gravosa, reñida frontalmente con el derecho penal liberal que debía precisamente custodiar. Sin embargo, también es cierto –y en ello quiero poner el acento– que el episodio debe colocarse en perspectiva histórica. Ante la disyuntiva entre la ejecución sumaria y el juicio con ciertas garantías, fue esta última la que persuadió a Robert H. Jackson de asumir el caso como fiscal: “hay ciertas cosas que no pueden hacerse bajo el pretexto de un juicio. Los tribunales juzgan causas, pero las causas también ponen a prueba a los tribunales”⁽⁴⁷⁾. Meses después, en Postdam, las tres potencias aliadas se comprometieron a “someter a dichos criminales a una justicia pronta y cierta”⁽⁴⁸⁾; una promesa que efectivamente cumplirían porque apenas un año y cinco meses transcurrirían entre las primeras detenciones y la conclusión del juicio el 1 de octubre de 1946.

II.2. La Alemania de posguerra

La afirmación del imperio de la ley no concluyó en Núremberg. Cuando se fundó la República Federal alemana en 1949, la competencia para juzgar a los criminales nacionalsocialistas pasó a los tribunales alemanes, sujetos ahora al plazo máximo de prescripción de veinte años para los homicidios cometidos antes del 8 de mayo de 1945, conforme al artículo 78 del Código Penal alemán entonces vigente. Ante el inminente colapso total de las causas en trámite, el ministro de Justicia, Ewald Bucher y el canciller Ludwig Erhard de la Unión Demócrata Cristiana, optaron por no declararlos imprescriptibles retroactivamente, sino tan solo prorrogar la prescripción cinco años más *in extremis* hasta 1969⁽⁴⁹⁾. El gabinete ya había pronunciado que cualquier extensión de la prescripción dispuesta hacia el pasado “contradice el principio de seguridad jurídica. Precisamente mediante leyes retroactivas y excepcionales fue como este principio fue quebrantado en el Estado hitleriano”⁽⁵⁰⁾. En el acalorado debate del *Bundestag* que siguió el 10 de marzo de 1965, el diputado Dehler fundaba su voto en contra de la irretroactividad del siguiente modo: “El poder punitivo del Estado tiene límites. En este sentido, el Estado no es señor del derecho, sino que está vinculado al derecho preestablecido, aun cuando ello sea doloroso, aun cuando contradiga nuestro sentimiento moral”⁽⁵¹⁾. Para luego afirmar:

(45) Stimson, Henry L., “The Nuremberg Trial: Landmark in Law”, *Foreign Affairs*, n.º 2, vol. 25, enero 1947, pp. 179-180 (pp. 179-189). No es la primera vez que esta tercera posición emerge en contextos de transición. Ante la impunidad generalizada de los viejos enemigos o la ejecución sumaria por fuera del derecho, se encuentra la alternativa que “utiliza la legalidad como coartada”; véase Rosler, Andrés, *Si quiere una garantía compre una tostadora: ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, p. 197.

(46) Wyzanski, Charles E., “Nuremberg: a fair trial? A dangerous precedent”, *The Atlantic*, abril, 1946, en <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1946/04/nuremberg-a-fair-trial-a-dangerous-precedent/306492/>.

(47) Jackson, Robert H., “The Rule of Law Among Nations”, *American Bar Association Journal*, n.º 6, vol. 31, junio 1945, p. 292 (pp. 290-294).

(48) Taylor, *The anatomy of the Nuremberg trials...*, p. 70.

(49) Weinke, Annette, *Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, pp. 187-192. El argumento oficial sostuvo que dicha prórroga de cinco años constituía una retroactividad impropia, por haberse dispuesto antes de la consumación del plazo original, y por tanto no violaba formalmente la Ley Fundamental. Sin embargo, la medida rozaba los límites de la irretroactividad penal y comprometía, al menos en parte, la pureza del principio de legalidad.

(50) Citado en Maihofer, Werner, “Verlängerung oder Aufhebung der Verjährungsfrist für NS-Verbrechen”, *Apuz*, 12/1965, <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/archiv/527154/verlaengerung-oder-aufhebung-der-verjaehrungsfrist-fuer-ns-verbrechen/>.

(51) Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode - 170 Sitzung (10.3.1965), Bonn, Bonner Universitäts-Buchdruckerei, 1965, p. 8542.

(40) Jofré, Tomás, *Jurisprudencia argentina*, Jofré, Tomás - Anastasi, Leónidas (dirs.), n.º 1, año 1, Buenos Aires, Imprenta Rodríguez Giles, 1918, p. 768.

(41) *Ib.*

(42) *Ib.* Décadas más tarde la Corte también haría lo suyo en el *leading case* “Mattei”, al decir que “debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”. Véase CSJN, “Mattei, Angel s/ contrabando de importación en Abasto”, *Fallos* 272:188, 29/11/1968.

(43) International Conference on Military Trials: London, 1945, *Memorandum to President Roosevelt from the Secretaries of State and War and the Attorney General, January 22, 1945*, <https://avalon.law.yale.edu/imt/jack01.asp>.

(44) *Ib.* Fue Stalin quien propuso originalmente la idea de los juicios en la conferencia de Moscú de 1943, y quien finalmente convenció a Churchill de explorar este camino en octubre de 1944. Tras este último encuentro, Churchill informaba a Roosevelt que “No debe haber ejecuciones sin juicio; de lo contrario, el mundo diría que teníamos miedo de juzgarlos”. Véase Taylor, Telford, *The anatomy of the Nuremberg trials. A personal memoir*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 31.

“La prescripción protege no solo al culpable, sino a todo ciudadano”⁽⁵²⁾.

Mas no se trata en este comentario de la prescripción, sino de los fines del proceso alcanzados en su conjunto sin perder aceleración. El propio ministro Bucher afirmó: “Observo con preocupación cómo los procesos por crímenes nacionalsocialistas colocan a todos los implicados –y especialmente a los tribunales– ante tareas cada vez más insolubles. La búsqueda de la verdad se vuelve cada vez más difícil, no solo por la pérdida creciente de testigos, sino también por el debilitamiento de la memoria tanto de los testigos como de los acusados”⁽⁵³⁾.

Y si los procesos son largos, también son largas las medidas cautelares. Precisamente fue durante esta etapa que Werner Sarstedt, integrante del Ministerio de Justicia, abogaría por una reforma general de la prisión preventiva, pues: “Quien fuese tan sobrio y escéptico que la lucha contra la prisión preventiva excesiva no le hiciere palpar el corazón, ese sí será demasiado viejo para ser juez penal, aun si tuviera treinta años”⁽⁵⁴⁾. ¿Dónde yacía la solución a este problema? En sus palabras: “El método que se nos ha concedido para abreviar la prisión preventiva consiste en acelerar el procedimiento siempre que sea posible, en todos los puntos en que esté a nuestro alcance”⁽⁵⁵⁾. Estas eran, al menos hasta 1970, las lecciones que venían de una parte de Alemania que buscaba fundar de nuevo su comunidad tras décadas de aberrantes delitos y políticas de castigo.

II.3. El Juicio a las Juntas

En el plano argentino, no cabe dudas de que la primera experiencia de justicia ante delitos aberrantes la constituyó el Juicio a las Juntas. El 10 de diciembre de 1983, Ricardo Alfonsín asumía como presidente de la Nación y pronunciaba ante la Asamblea Legislativa que “una savia común alimentará la vida de cada uno de los actos del gobierno democrático que hoy se inicia: la rectitud de los procedimientos”⁽⁵⁶⁾. Su mensaje era claro: que el nuevo gobierno retome la senda del Estado de Derecho y que garantice que la justicia se sirva en el marco de la legalidad. La “piedra angular” de esta política de justicia, según las palabras de su asesor Carlos Santiago Nino, residía en la sanción de la Ley n.º 23.049 el 9 de febrero de 1984, con el fin instrumentar la persecución penal de los integrantes de las tres juntas militares que, desde 1976 a 1983, cometieron masivas violaciones contra los derechos humanos⁽⁵⁷⁾.

No es necesario adentrarse en el paso a paso de este suceso para destacar el deber impuesto al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, como a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, para llevar adelante un proceso expedito. Por primera vez en la historia, el art. 10 *in fine* de la Ley n.º 23.049 habilitaba a la Cámara a avocarse directamente en el proceso llevado ante el Consejo cuando notase “una demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio”⁽⁵⁸⁾, rigiéndose tal proceso por el procedimiento sumario militar con el fin de “garantizar que los juicios en sede militar se desarrollarán durante un lapso mínimo aceptable, sin extenderse indebidamente”⁽⁵⁹⁾. Pero además los fiscales y jueces sabían que, en palabras de Moreno Ocampo: “Si la Cámara había quitado al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas la competencia, porque decía que en 6 meses no podía terminarlo, la fiscalía tenía que concluirlo de tal modo, que no durara años, sino meses”⁽⁶⁰⁾. El juicio comenzó el

22 de abril de 1985 y finalizó el 9 de diciembre de ese año con la sentencia condenatoria.

Es de fundamental importancia señalar que Alfonsín y sus colaboradores pusieron un enorme empeño en fundar cada ley y decisión en el derecho preexistente, es decir, en el derecho previo doméstico. Evitar Núremberg y su aura de justicia vencedora y retroactiva era parte de un esfuerzo consciente, pues se aplicó el derecho interno vigente al momento de los hechos, intervinieron funcionarios que habían actuado durante la última dictadura –como el propio Strassera– y el Consejo Supremo estaba constituido de antemano⁽⁶¹⁾.

La sensibilidad de Alfonsín con las garantías se reflejaba además en la sanción de la Ley n.º 23.098, que extendió y facilitó el *habeas corpus*⁽⁶²⁾, como en la Ley n.º 23.054, que incorporó la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nuestro derecho interno⁽⁶³⁾. El espíritu de esta última ley no sería otro que el del futuro art. 75 inc. 22 incorporado tras la reforma 1994, ya que la Convención y sus derechos “reconocen su antecedente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en nuestra Constitución Nacional y en nuestra legislación vigente”⁽⁶⁴⁾ (la itálica me pertenece).

II.4. El contexto en torno a las leyes n.º 24.390 y 25.430

Pero de nada sirve la lección de esta historia si sus conquistas, esto es, si la tinta derramada en constituciones, convenciones y leyes sobre los derechos del imputado, no se traducen a la realidad. Y el encanto de este hechizo fue hecho trizas por Eugenio Zaffaroni cuando en 1993 denunciaba que “en América Latina la operatividad del ejercicio de poder de las agencias de los sistemas penales queda deslegitimada por los hechos mismos”⁽⁶⁵⁾. Su concepción, sustentada en el realismo jurídico penal, revelaba la “duración extraordinaria de los procesos” y, con ello, “una distorsión cronológica que da por resultado que el auto de prisión preventiva –‘de formal prisión’, ‘de reo’, etc.– se convierta en sentencia (porque la prisión preventiva se convierte en pena), la excarcelación o libertad provisoria cumple la función de una absolución y la sentencia formal la de un recurso extraordinario de revisión”⁽⁶⁶⁾.

Sin rodeos podemos afirmar que la sanción de la Ley n.º 24.390 en 1994 pretendió, de manera sana y republicana, dar una respuesta a este problema⁽⁶⁷⁾. En el mensaje del proyecto de ley el Poder Ejecutivo señalaba que “un 57% de los internos son ‘presos sin condena’, personas sometidas a la expresión más violenta de la coerción estatal –el encierro carcelario–, pero aún a la espera de una sentencia que ponga fin a su situación de incertidumbre”⁽⁶⁸⁾. Para palear esta cifra, la ley contemplaba un plazo máximo de prisión preventiva de dos años en su art. 1, con la posibilidad excepcional de extenderla un año más por la multiplicidad de causas o la complejidad procesal. Por sobre todo, el fiscal podía oponerse a la excarcelación solo ante

(61) El legado del Juicio fue para Morgenstern “uno de los puntos más altos de la historia institucional argentina, en el que se protegieron los derechos y garantías de los acusados, donde los jueces y fiscales debieron batallar contra militares todavía poderosos y hubo respeto por la división de poderes”. Véase en Morgenstern, Federico, *Contra la corriente*, Buenos Aires, Ariel, 2024, pp. 147-148.

(62) Ley n.º 23.098, BO 1 n.º 25.538 (25/10/1984). El art. 3 consagraba la procedencia del *habeas corpus* por “agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad”, mientras que el art. 7 disponía que los jueces podrán declarar la inconstitucionalidad de oficio cuando la privación de la libertad emane de un “precepto legal contrario a la Constitución”.

(63) Ley n.º 23.054, BO 1 n.º 25.394 (27/3/1984).

(64) Así lo afirmaba el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional al introducirlo para su debate. Véase Congreso Nacional, Cámara de Diputados, 3ª Reunión - 2ª Sesión Extraordinaria (21/12/1983), Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 60.

(65) Zaffaroni, Raúl E., *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Venezuela, Monte Ávila Editores, 1993, p. 18.

(66) Zaffaroni, Raúl E., *En Busca de las Penas Perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 32.

(67) Ley n.º 24.390, BO 1 n.º 28.023 (22/11/1994). La Convención Constituyente de 1994 acababa de dotar a la CADH con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, por lo que esta ley también era vista como una forma de reglamentar el art. 7.5 de tal instrumento, el que establece: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (la itálica me pertenece).

(68) Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 42ª Reunión - 16ª Sesión Ordinaria (2/11/1994), Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 4114.

(52) *Id.*, p. 8543.

(53) *Id.*, p. 8533.

(54) Sarstedt, Werner, *Rechtsstaat als Aufgabe*, Berlín, de Gruyter, p. 134.

(55) *Ib.*

(56) Alfonsín, Ricardo, *Alfonsín por Alfonsín: Discursos Presidenciales ante la Asamblea Legislativa*, Buenos Aires, Cátedra Libre, Democracia y Estado de Derecho, 2018, p. 26.

(57) Nino, Carlos S., “The Human Rights Policy of the Argentine Government: A Reply”, *Yale Journal of International Law*, n.º 11, enero 1985, p. 217 [pp. 217-230].

(58) Ley n.º 23.049, BO 1 n.º 25.365 (15/2/1984). Desde la sanción de la Constitución de 1853, nunca había sido otorgado a un tribunal civil ordinario el poder de revisión de una sentencia final castrense; mucho menos el poder de avocarse a una causa desde su inicio.

(59) Congreso Nacional, Cámara de Diputados, 6ª Reunión - Continuación de la 4ª Sesión Extraordinaria (5.1.1984), Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 433.

(60) Montenegro, Néstor J., *Será Justicia. Entrevistas a Julio César Strassera y Luis Moreno Ocampo*, Buenos Aires, Editorial Distal, 1986, p. 40.

maniobras dilatorias de la defensa y se incentivaba a prisiones preventivas cortas con el famoso 2x1 en el art. 7 (transcurridos los dos años “se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión”). De no prosperar esta ley, advertía el Ejecutivo, estaríamos “ante una inversión de los principios básicos del proceso penal respetuoso de la dignidad humana”⁽⁶⁹⁾.

Repasar estas décadas de la historia argentina es de crucial importancia. No solo el Juicio a las Juntas había dejado atrás la prédica de un esfuerzo extraordinario por reinstaurar el Estado de Derecho, sino que además expuso los límites de las utopías retributivas y las necesidades de compromiso con la sociedad en su conjunto. Sin echar mano de la noción de imprescriptibilidad, los tribunales se esforzaron por juzgar a las cúpulas militares en un plazo razonable. Posteriormente, con alguna paradoja, las leyes de obediencia debida y punto final también motivaron a que se finalicen más rápido otros procesos iniciados. No es ninguna casualidad que a este espíritu garantista se le haya sumado la observación del estado de las prisiones preventivas en nuestro suelo, pues un país que clamaba restaurar la democracia e incorporaba instrumentos internacionales de derechos humanos a su derecho interno no podía tolerar largas prisiones preventivas que se comportaban como penas ilícitas. En un país de ese estilo, nunca podría operar lo que se llama “justicia”.

Siete años más tarde, la inercia judicial terminaría por frustrar los objetivos de la ley hasta provocar su modificación por otra: la n.º 25.430⁽⁷⁰⁾. Esta nueva norma no solo derogó el beneficio del “2x1”, sino que –hasta hoy– faculta a los fiscales a oponerse a la libertad del imputado bajo el amparo de las difusas restricciones a la excarcelación del artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación, lo que en la práctica continúa el espíritu carcelario-inquisitivo que reseñamos a nivel legislativo en el siglo XIX, y que invierte la regla de la libertad por la de la privación cautelar indefinida. Fue Zaffaroni quien, una vez más, denunció esta reforma, advirtiendo el riesgo de “prisiones preventivas infinitas” y calificándola como una “medida demagógica” que no atacaba las verdaderas causas del problema⁽⁷¹⁾.

A pesar de que la ley n.º 25.430 era más gravosa que la anterior, y estar impregnada del método incorrecto, ella no impide –ni podría hacerlo– el control adecuado de la duración de la prisión preventiva bajo los parámetros del plazo razonable (que no es más que una manifestación colateral de una acción penal conducida de forma eficaz, bajo una pretensión punitiva subsistente y protectora de las garantías). Así fue como, durante su debate parlamentario, el senador Alasino manifestó con claridad que bajo esta nueva ley: “puede suceder que una prisión preventiva correctamente fundada y con visos de razonabilidad prorrogada, puede manifestarse ilegítima en el transcurso de la prórroga, porque, por ejemplo, existen nuevas constancias en el expediente que no justifiquen su mantenimiento”⁽⁷²⁾. Dentro de esta sensata aclaración se encontraba la vieja enseñanza de Tejedor de que lo único que sostiene la prisión preventiva es su legítima necesidad procesal, como la importantísima distinción entre el plazo formal y el plazo razonable de la prisión preventiva.

Sobre esto último, Pastor explica que la conexión entre uno y otro plazo es meramente contingente y que “el plazo [formal] de la prisión preventiva puede todavía no ser razonable, dado que el límite temporal fijado por el legislador como máximo para la duración de esa medida cautelar podría resultar irrazonable por ser extremadamente prolongado”⁽⁷³⁾. Todavía más, una interpretación coherente del proceso penal implica que el límite máximo razonable de la prisión preventiva también es el límite máximo de todo el proceso en general, “toda vez que, alcanzado aquél, ya no puede ser renovada medida de coacción alguna contra la libertad del imputado y dado que sin ello no puede continuar más que voluntariamente, cosa que, como tal, es inconcebible”⁽⁷⁴⁾. Y una vez más, lo inverso

también es cierto “una vez cumplido el plazo formal, aun cuando sea inferior al razonable, el imputado debe ser liberado a pesar de que subsistan las razones que fundaron su prisión preventiva, debido a que, de lo contrario, ni siquiera se podría hablar de límite temporal de la prisión preventiva”⁽⁷⁵⁾.

Estas observaciones respondían a una concepción de la prisión preventiva entendida –al menos en la práctica– dentro de ciertos límites constitucionales básicos, y no a pesar de dichos límites⁽⁷⁶⁾. En esa línea, las leyes n.º 24.390 y 25.430 establecieron plazos, lo que en sí mismo era en parte superador del deficiente sistema previsto por la ley porteña de 1878 que combinaba lo peor de ambos mundos: criterios sustantivos que tornaban al detenido en un preso preventivo automático, controlado por un juez que carecía de todo límite legal temporal. No obstante, y como veremos a continuación, no pasarían muchos años para que este sistema se retomara por vía judicial.

III. La caja de Pandora de la segunda ola de lesa humanidad

Veintidós años después del golpe militar, con la mejor buena fe, se derogaban las leyes de obediencia debida y punto final mediante la ley n.º 24.952⁽⁷⁷⁾. El revisionismo histórico es una empresa peligrosa, pero en el año 1998 el Congreso hacía uso de una facultad que la Constitución le ofrecía (la de derogar una ley) mientras asumía el compromiso, en palabras de Fernández Mejlde, de “hacer de nuestro país una nación respetuosa de la legalidad”⁽⁷⁸⁾. No puede decirse lo mismo de la Ley n.º 25.779 que las anuló en el año 2003⁽⁷⁹⁾. Allí las palabras que resonaban eran otras. En esa oportunidad, el diputado Cappelleri advertía que el Congreso “estaría asumiendo la facultad de borrar con el codo lo que escribió con la mano, produciendo un grave atentado a la seguridad jurídica” y que, en última instancia, “esto finalizará con la muerte de los imputados y la extinción del proceso, por el tiempo que insumiría”⁽⁸⁰⁾. *Futurum iam advenit*; el futuro ha llegado.

La trilogía de “Arancibia”, “Simón” y “Mazzeo” no sólo confirmó este mal augurio, sino que construyó –piedra sobre piedra– el almacén de un verdadero derecho penal de excepción para los imputados y condenados por delitos de lesa humanidad en nombre de los derechos humanos. A simple vista, semejante afirmación podría sonar exagerada. Sin embargo, no son voces marginales las que lo advirtieron, sino la de los propios arquitectos del Juicio a las Juntas que vislumbraron los peligros de una justicia que se arriesgaba a vaciar de contenido sus propios fundamentos. Martín Farrell denunció que “el 24 de agosto de 2004 [fecha en la que se dictó el fallo “Arancibia Clavel”] la Corte Suprema inició el desmantelamiento del derecho penal liberal”⁽⁸¹⁾. A partir de este hito, continúa Farrell, emergió una paradoja inquietante como reveladora: “el enemigo del derecho penal en la Argentina aparentemente es el derecho internacional, aunque en realidad es la forma como el derecho internacional para la República Argentina ha sido interpretado por muchos jueces”⁽⁸²⁾. En igual sentido se expresó Malamud Goti: “Jamás imaginábamos que la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica iba a destruir el principio de legalidad (entre otras

(75) *Id.*, p. 340.

(76) La relación contingente entre “plazo legal” y “plazo razonable” tiene un puntapié con “Mozzatti”, cuando la Corte recordó “el enfático propósito de afianzar la justicia, expuesto en el Preámbulo, y los mandatos explícitos e implícitos, que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5, 18 y 33). Ello así, toda vez que dichas garantías constitucionales se integran por una rápida y eficaz decisión judicial” (el resaltado me pertenece). Véase CSJN, “Mozzatti, Camilo”; Fallos, 300:1102, 17/10/1978. Años más tarde Argibay exigiría a los jueces “contabilizar los plazos que puedan haber transcurrido entre los diversos actos procesales previstos como interruptivos; considerar si hay algún factor de suspensión de la prescripción y eventualmente correr vista a las partes”; ello para considerar extinguida la acción. Véase CSJN, “Podestá, Arturo Jorge y López de Belva, Carlos A. y otros s/ defraudación en grado de tentativa y prevaricato”; Fallos, 329:445, 7/3/2006.

(77) Ley n.º 24.952, BO 1 n.º 28.879 (17/4/1998).

(78) Congreso Nacional, Cámara de Diputados, 7ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (24.3.1998), Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 846.

(79) *Id.*, 12ª Reunión - 4ª Sesión Ordinaria (12.8.2003), Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 1537-38.

(80) *Id.*

(81) Ciclo de Reuniones Académicas para profesores/as de la Facultad, *La segunda etapa de juicios de lesa humanidad*, 1/12/2022, en <https://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/exposicion-del-profesor-emrito-martin-d-farrell/+8857>.

(82) *Id.*

(69) *Id.*, p. 4115.

(70) Ley n.º 25.430, BO 1 n.º 29.660 (1/6/2001).

(71) Citado en Videla, Eduardo, “Una ley para que la mano parezca dura”, *Página 12*, 14/3/2001, en <https://www.pagina12.com.ar/2001/01-03/01-03-14/pag17.htm>.

(72) Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 24ª Reunión - 6ª Sesión Ordinaria (3/5/2001), Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 1768.

(73) Pastor, Daniel, *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2009, p. 339.

(74) *Id.*, pp. 339-340.

cosas), por la sencilla razón de que el pacto no lo hace. Quienes lo hicieron fueron la Corte Interamericana y, en nuestro país, los jueces argentinos que en todo caso dijeron seguirla cuando a partir de 2004 violaron las garantías penales en los casos de lesa humanidad⁽⁸³⁾.

Ambos juristas aludían al fenómeno de adjudicación que caracterizó la segunda ola de juicios de lesa humanidad, en donde se ensayó una peligrosa forma de auto-contradicción entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y la Constitución Nacional para avanzar por sobre la prescripción de la acción, la cosa juzgada, la irretroactividad de la ley penal más gravosa y, a los fines de este comentario, los límites de la prisión preventiva. Como este tópico trasciende cualquier nicho jurídico específico, volvemos aquí a decir que la extensión de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22 está condicionada – porque no podría ser de otro modo y el propio art. así lo establece – por el cumplimiento de las formas estatuidas para su concertación en el art. 30 de la Constitución y por el respeto los principios de derecho público, con sus derechos y garantías, previstos en los arts. 27 y 31⁽⁸⁴⁾.

La Constitución ya establecía una relación jerárquica con las leyes y los tratados en el art. 31, con los decretos del PEN en el art. 99 y con el derecho público local en el art. 27. Lo que faltaba aclarar era la relación entre las leyes y los tratados mismos, no entre los tratados y la Constitución. Consecuentemente, en 1993 la Ley n.º 24.309 declaró la necesidad de reforma “parcial” de la Constitución y su art. 3 inc. a) habilitó a modificar el art. 67 solo para el debate de “institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales”, fulminando de nulidad en el art. 6 “todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida”⁽⁸⁵⁾. Es en respeto a este mandato que el art. 75 inc. 22 exige controlar que los tratados no avancen por sobre la Constitución y se incurra en responsabilidad internacional en sentido inverso⁽⁸⁶⁾.

La reseña de esta discusión concierne a la prisión preventiva directamente, puesto que, desde la anulación de las leyes en 2003 y las órdenes de detención seguidas a consecuencia, las prórrogas de la prisión preventiva *ad eternum* de muchos imputados por delitos de lesa humanidad ocurren bajo el argumento de obligaciones de investigación y castigo hacia quienes cometieron delitos contra el *ius cogens* (introducido, según estos fallos, en el art. 118 de nuestra Constitución y positivizados en los instrumentos internacionales *all along*). En verdad, lo que los constituyentes de 1853 ordenaron en el art. 118 fue la obligación de sancionar una ley para que actúe como barrera de legalidad ante delitos cometidos *fuera* de los límites de la Nación. Las reglas internacionales especiales que rigen el juzgamiento por fuera de la Nación ameritan leyes territoriales especiales⁽⁸⁷⁾.

(83) Malamud Goti, Jaime - Rosler, Andrés, *El Último Liberal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ariel, p. 66.

(84) En este sentido, corresponde recordar lo dicho por la Corte en “Illarraz” al afirmar que “los citados instrumentos internacionales que prevén el derecho a la tutela judicial efectiva deben guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Ley Suprema (artículo 27, Constitución Nacional), no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional)”. Afirmando más adelante que “Por consiguiente, toda ‘flexibilización’ del principio de legalidad en materia penal es abiertamente contradictoria con los artículos 18, 27 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en tanto no fue alterado por la aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional” (la *itálica* me pertenece). Véase CSJN, “Illarraz, Justo José y otros s/ delitos”, Fallos, 348:611, 1/7/2025.

(85) Ley n.º 24.309, BO 1 n.º 27.789 (31/12/1993).

(86) Badeni señalaba que la incertidumbre jerárquica entre tratados y leyes provocaba su mutua frustración: “el Congreso, en forma expresa o implícita y con la intervención del Poder Ejecutivo, podía dejar sin efecto una ley mediante la aprobación de un tratado. Asimismo, con la sanción de una ley podían ser dejadas sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un tratado internacional”. Véase en Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 1, Buenos Aires, la Ley, 2006, p. 263.

(87) Así surge de la ubicación del artículo en la sección tercera, capítulo segundo, referido a las atribuciones del Poder Judicial. Aún si se dudase de esta tesitura, el art. 21 de la ley 48 explicita el orden de primacía detrás de la Constitución Nacional: “Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de

Cuando en el fallo “Priebke” de 1995 la Corte entendió que los hechos no se encontraban prescriptos por estas razones, una primera puerta se había abierto. En ese entonces, la disidencia de Belluscio y Levene adelantaban el espíritu disidente de Fayt en los futuros fallos “Arancibia”, “Simón” y “Mazzeo”; esto es: “Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados a Priebke, mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa al arbitrio de una pseudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados”⁽⁸⁸⁾ (la *itálica* me pertenece).

Cómo llegamos a este punto puede resultar difícil de entender. Quizás, para desmentar esta nueva práctica adjudicativa, podemos recurrir a la explicación provista por Rosler: “Si usas un derecho que te permite hacer lo que quieras (reabrir juicios prescriptos o con cosa juzgada) y encima lo haces en nombre de los derechos humanos (como está ocurriendo por ejemplo con la reapertura de las causas contra Montoneros), en el fondo es como si estuvieras juzgando desde afuera de todos modos. Y quizá esta situación intermedia de la combinación de jueces nacionales con derecho internacional sea la peor combinación, porque la participación de los jueces nacionales puede dar la impresión de que es la propia comunidad la que está a cargo: si los militares hubieran sido juzgados por tribunales internacionales, todo habría quedado mucho más claro. El Juicio a las Juntas se hizo con todo casero, sin aditamentos ni conservantes: no hubo nada externo. Todos los ingredientes, los jueces, todo fue hecho en casa. Pero la segunda ola fue un mejunje en el que los jueces nacionales se creyeron –o todavía se creen– jueces internacionales en Núremberg”⁽⁸⁹⁾.

A partir de estas causas, la prisión preventiva pasó a reflejar con mayor claridad la lógica del derecho penal de excepción, ya que su uso prolongado y generalizado dejó de ser una medida excepcional para convertirse en una práctica habitual, casi automática, en los procesos de lesa. De hecho, en 2008 la senadora Escudero del partido justicialista propuso “una norma que prohíba la excarcelación a los acusados de crímenes de lesa humanidad”⁽⁹⁰⁾. Y al año siguiente, se presentaba un proyecto que extendía el plazo de prisión preventiva establecido por la Ley n.º 24.390 llevándolo de dos a seis años para intentar cristalizar en el plano normativo lo que acontecía judicialmente⁽⁹¹⁾.

La arrogancia de ignorar las críticas de ese momento e intentar positivizar violaciones a las garantías penales no hizo más que elevarlas por contraste, puesto que el exceso temporal acumulado confirmaría las sospechas iniciales. Aquello que Pastor había advertido en su momento se transformó en una realidad inocultable. Esto es, que entre el derecho penal ordinario y el aplicado a los imputados por delitos de lesa humanidad “existen, innegablemente, como mínimo, las dicotomías expresas siguientes: (...) exclusión de la prisión preventiva como pena anticipada y su utilización con fines materiales; límites a la duración del encarcelamiento preventivo y prisión preventiva sin límites temporales”⁽⁹²⁾.

gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido” (la *itálica* me pertenece). Véase este art. 21 en Ley n.º 48 sobre la jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales, Registro oficial de la República Argentina..., t. 5, p. 49.

(88) CSJN, “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición –causa n.º 16.063/94–”, Fallos, 318:2148, 211/1995.

(89) Malamud Goti, Jaime - Rosler, Andrés, *El Último Liberal...*, pp. 164-165.

(90) Citados en Quaretti, Lucía, “¿Quién puede entender esto sino como una perversidad del sistema?: un análisis de la discusión sobre la implementación de la prisión preventiva en casos de lesa humanidad (Argentina 2003- 2015)”, *Estudios de Derecho*, n.º 176, jul.-dic. 2023, p. 124 (pp. 110-133).

(91) *Ib.*

(92) Pastor, Daniel, “Cap. XIII”, en Vigo, Rodolfo (coord.), *Delitos de lesa humanidad: reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN*, Buenos Aires, Ediar, pp. 96-97.

De allí que, en el caso “*Mulhall*” de 2007, la Corte Suprema considerara admisible la prórroga de la prisión domiciliaria en su quinto año remitiendo al dictamen del Procurador General, cuyo fundamento se apoyaba en el criterio sustantivo de “las graves transgresiones a los derechos humanos que se le atribuyen” al imputado⁽⁹³⁾. Ese mismo año, en el caso “*Guerrieri*”, el tribunal decidió no abrir el recurso extraordinario interpuesto por la defensa por la prórroga de una prisión preventiva que llevaba ya siete años de vigencia⁽⁹⁴⁾. En este último fallo, la disidencia de la jueza Argibay dejó su impronta, al instar a la mayoría a considerar la sentencia recurrida como “equiparable a definitiva” y a reconocer que planteaba una cuestión federal suficiente en tanto se debatía “la interpretación adjudicada a la ley n.º 24.390 como lesiva del plazo razonable de la prisión preventiva al que alude el artículo 7.5 de la Convención Americana”⁽⁹⁵⁾.

El planteo de Argibay anticipaba el problema estructural que más tarde sería objeto de tratamiento en el plenario “*Díaz Bessone*” de la Cámara Nacional de Casación Penal. El voto del juez Riggi no se proponía inventar nada nuevo y afirmaba con rectitud que “[no es posible] que el derecho constitucional a la libertad –cuya vigencia es también garantizada por el principio de inocencia– se encuentre subordinado a una presunción legal formulada en abstracto que no daría lugar a ninguna interpretación en contrario –ni aun en aquellos casos en que medie una evidente falta de racionalidad o desproporción entre la medida cautelar y el fin perseguido–, consagrándose que el legislador determine una presunción iure et de iure opuesta –porque confronta– a la Constitución Nacional”⁽⁹⁶⁾.

Desafortunadamente la Corte desarticularía la directriz clara sobre la necesaria excepcionalidad y limitación de la prisión preventiva del plenario “*Díaz Bessone*”, reemplazándolas años después con las pautas mixtas de “*Acosta*”⁽⁹⁷⁾. La misión que el máximo tribunal asumió allí fue la de hallar un criterio que, ante la ausencia de un plazo legal fatal en las leyes n.º 24.390 y 25.430, permitiera armonizar la duración de la prisión preventiva con otras normas de igual jerarquía constitucional. Esta era una preocupación que no ponía como primer y sagrado límite las garantías de los imputados, sino que las ponderaba para evitar el mensaje de “gran alarma social” provocado por la impunidad de los procesos de lesa. Y como sucede en tantos otros ámbitos, quien decida balancear un pretendido sentido de justicia con la salvaguarda de otros derechos no obtendrá ni justicia, ni derechos.

Así, aun cuando el propio pronunciamiento enfatizó que la prórroga más allá del plazo máximo legal debía considerarse “la excepción de la excepción”, lo cierto es que “*Acosta*” terminó convalidando la extensión de la prisión preventiva como regla en casi todos los procesos. ¿Constituía realmente una cuestión de “alarma social” que, tras el plenario “*Díaz Bessone*”, por ejemplo, la entonces presidenta Cristina Fernández de Kirchner calificara la excarcelación de algunos imputados de lesa como una “vergüenza para los argentinos y para la humanidad”?⁽⁹⁸⁾

(93) CSJN, “*Mulhall*, Carlos Alberto s/ excarcelación –causa N.º 350/06”, Fallos, M. 389. XLII, 18/12/2007.

(94) CSJN, “*Guerrieri*, Pascual Oscar s/ legajo de prórroga de prisión preventiva”, Fallos, 330:5082, 11/12/2007.

(95) *Id.*

(96) CNCP, “*Díaz Bessone*, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo n.º 1/2008, Plenario n.º 13, 30/10/2008. Esta anécdota plenaria de imponer límites a las prisiones preventivas en lesa cumplía la misión del garantismo penal, porque mientras que “para el garantismo no hay castigo sin ley y por eso alguien debe ser castigado exclusivamente porque violó la ley, para el punitivismo, en cambio, la cuestión es eliminar la impunidad cueste lo que cueste y por lo tanto alguien violó la ley porque debe ser castigado” (la itálica me pertenece); véase Rosler, *Si quiere una garantía compre una tostadora...*, p. 37.

(97) CSJN, “*Acosta*, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación”, Fallos, 335:533, 8/5/2012.

(98) Quaretti, “¿Quién puede...”, pp. 120-121 (pp. 110-133). Bajo una concepción liberal del derecho penal, la contraposición entre alarma social y garantías individuales debe ser resuelta por esta última, “pues lo que importa es asegurar un resultado jurídicamente correcto el cual se obtiene si las garantías penales han sido satisfechas”; véase Rosler, *Si quiere una garantía compre una tostadora...*, p. 29. Como el derecho procesal penal liberal es, entonces, uno de fines relativos, el proceso “cumple sus fines incluso cuando declara no haber descubierto nada”; véase Pastor, *Encrucijadas del Derecho Penal...*, p. 53. Este también es el motivo por el cual Ferrajoli sostiene que una de las principales garantías procesales es la mera “jurisdiccionalidad”; véase Ferrajoli, Luis, *Derecho y Razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 538.

III.1. Derecho penal del enemigo

Conforme surge de la propia Acordada 42/2008, la Corte Suprema era plenamente consciente de la mora estructural que aquejaba a los procesos por delitos de lesa humanidad y por ello exhortó a los jueces a “extremar los recaudos para acelerar el trámite de las causas pendientes y resolver la situación procesal de las personas inculpadas en un plazo razonable”⁽⁹⁹⁾. Sin embargo, pese a la creación de la Comisión interpoderees mediante la citada acordada y el “compromiso” de todos los poderes del Estado de acortarlas, las prisiones preventivas prolongadas continuaron y el CELS, en su informe de ese año, advertía que, si “los juicios se sustanciaran al ritmo de 2008, éstos no concluirían antes de 2024”⁽¹⁰⁰⁾. Esa quietud institucional terminó por erosionar la poca razonabilidad que le quedaba a las prisiones preventivas ya extensas en los años siguientes, quedando expuestas bajo lo que Zaffaroni señalaba discursivamente en su libro sobre doctrina penal nazi: “la jurisprudencia penal suele encerrar una trampa cuando se valora su intensidad represiva únicamente mediante las sentencias definitivas, porque *en la práctica cobra una importancia enorme el aspecto procesal y, fundamentalmente, la amplitud de la prisión preventiva*”⁽¹⁰¹⁾ (la itálica me pertenece).

En ese mismo libro, Zaffaroni reseña que “la concepción de la prisión preventiva cambió fundamentalmente con el nazismo”⁽¹⁰²⁾. Mientras que en un Estado de derecho la prisión sólo sirve para evitar el peligro de fuga, en el nazismo tendrá como objetivo la protección de la comunidad “frente al riesgo de quebrantamiento del orden pacífico del pueblo en cualquier forma”⁽¹⁰³⁾. Mas estos rasgos del derecho penal del enemigo pueden identificarse en el presente, sin necesidad de situarlos exclusivamente en el período posterior a la República de Weimar: “pese a que nadie use camisas pardas y sólo unos pocos inconscientes se adornen con la cruz gamada, no es posible negar que la promoción constante de legislación penal (...) va introduciendo en la dogmática penal racionalizaciones de diferente naturaleza que, en el fondo, coinciden en alguna medida con las tendencias que impulsaron los penalistas alemanes de estos años. Sin pretensión de agotar la lista de signos en este sentido, *no es posible ignorar por ejemplo (...) el manejo de la prisión preventiva y de la duración indefinida de los procesos como pena anticipada o directamente ilegal*”⁽¹⁰⁴⁾ (el resaltado me pertenece).

Esto que Zaffaroni denunciaba sucedía en los procesos relativos a delitos de lesa humanidad mientras era juez de la Corte y votaba por prorrogar las ya extensas prisiones preventivas. Paradójicamente, él había denunciado discursivamente que “lo que se designa como derecho penal del enemigo es práctica corriente en mayor o menor medida en casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la prisión preventiva o cautelar usada como pena principal y casi única”⁽¹⁰⁵⁾.

Para justificar su posición en el caso específico de prisiones preventivas en procesos sobre delitos de lesa humanidad, Zaffaroni afirmó que en el caso de autores de crímenes en masa el derecho penal internacional “rescata al imputado como persona”, pues “el esfuerzo internacional para someter al criminal a un proceso se legitima porque lo rescata del estado de *hostis*, ratificando que para el derecho sigue siendo persona, pese a la magnitud formidable del crimen cometido”⁽¹⁰⁶⁾. De ese modo, el juez se hallaba ante una supuesta y forzosa elección de un mal menor: “Dejar al criminal masivo impune librado a cualquier venganza privada es mucho peor que lo que propone la versión corriente del ‘derecho penal del enemigo’, que sólo propugna medidas de seguridad”⁽¹⁰⁷⁾.

Esta premisa es, en sí misma, la falacia de la falsa dicotomía. No es posible –ni ética, ni jurídicamente– salir del estado de *hostis* mediante un instrumento que lo define: la

(99) CSJN, “Expte. n.º 6020/08”, Acordada n.º 42/08, 29/12/2008.

(100) CELS, *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2009*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2009, p. 17.

(101) Zaffaroni, Eugenio R., *Doctrina Penal Nazi: la Dogmática Penal Alemana entre 1933 y 1945*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2017, p. 108.

(102) *Ib.*

(103) *Ib.*

(104) *Id.*, p. 300.

(105) Zaffaroni, Eugenio R., *Crímenes de Masa*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 84.

(106) *Id.*, p. 36.

(107) *Id.*, p. 36.

prisión preventiva como pena anticipada. Una tercera alternativa, superadora, sería precisamente juzgarlos en un plazo razonable y que se le transmita a la ciudadanía que la justicia puede canalizarse de forma expedita y racional; ese es al menos el tratamiento de “persona”. Asimismo, Zaffaroni parece suponer que un derecho penal internacional por definición es inmune a que el criminal sea tratado como un enemigo, o que la distinción puramente terminológica entre el término “enemigo” y su equivalente latino *hostis* hace alguna diferencia sustancial. Sea que se trate del derecho penal nacional o internacional, si al acusado se le violan sus garantías entonces, en los hechos, lo estamos tratando como un enemigo.

En este sentido, Rosler ha reflexionado que “es muy importante que en los juicios por casos de lesa humanidad busquemos la memoria, verdad y justicia, sin olvidar que dicha búsqueda debe incluir al derecho, es decir, debe tener lugar dentro del marco del Estado de derecho en democracia”⁽¹⁰⁸⁾. Vuelve aquí el embuste de etiquetas que avaló la segunda ola de juicios, porque allí se operó en nombre de la civilización para invocar esencialmente el método del enemigo: *hostis*, *ius cogens*, derechos humanos, eran términos privados de contenido. En la realidad se perpetuaba una coacción que ya no servía al proceso, sino a la neutralización del sujeto; una práctica ilegal bajo un ropaje legal que provocaba muertes antes de llegar a la sentencia.

Combatir este fenómeno de embuste de etiquetas era la insignia de la empresa *zaffaroniana*, ya que en ella resultaba necesario trascender el plano del derecho penal formal y “precisar con la mayor certeza posible los momentos punitivos del poder que [se] habilitan, para excluirlos, orientando las decisiones de las agencias jurídicas que deben hacerlo por vía del habeas corpus (...)”, siendo “paradigmático a este respecto el caso de la prisión preventiva, considerado con razón como pena anticipada”⁽¹⁰⁹⁾. Y como nadie jamás confesaría ser parte de una práctica contraria a la Constitución, el embuste de etiquetas en prisiones preventivas opera bajo una legitimación legal aparente, valiéndose además del uso del paso del tiempo con ausencia de un control judicial cruzado. En palabras de Jakobs y Cancio Meliá: “Al igual que en el derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito [procesal] lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: *el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado*”⁽¹¹⁰⁾ (la itálica me pertenece).

Cierto velo fue corrido cuando la Corte, bajo una nueva composición, dictó el fallo “Alespeiti” de 2017 y le otorgó al imputado prisión domiciliaria. En su voto concurrente, Rosatti se preguntaba “cómo se conforma ‘el riesgo de fuga’ de una persona de 85 años de edad, que conserva un treinta por ciento de visión en uno de sus ojos, sufre de una hipoacusia que compromete su desempeño social auditivo, es portador de patologías crónicas –cardíacas, entre ellas– evolutivas, irreversibles y susceptibles de complicación, presenta trastorno seniles con deterioro funcional, limitada capacidad de locomoción, requiere controles médicos periódicos, medidas higiénico-dietéticas acordes e interconsultas con siete especialistas médicos distintos”⁽¹¹¹⁾.

(108) Rosler, *Si quiere una garantía compre una tostadora...*, p. 109. Sin perjuicio de mencionar que la postura de Zaffaroni, además de ser una falsa legitimización encubierta de las prisiones preventivas que solo buscan evitar reprimendas privadas, generaría responsabilidad del Estado por omisión inversa, esto es, por no reprimir en verdad el hecho en falta –o no hacerlo eficazmente– como lo serían en este caso los linchamientos o los casos de venganza privada, acudiendo a un instituto con otro fin –el riesgo procesal– para evitarlos. Este último es un fenómeno que el propio Zaffaroni ha repudiado: “Si me dicen que el problema es fulanito, que es el culpable de todos los males, entonces hay que matarlos”, y a renglón seguido explicaba que tal razonamiento lleva al fenómeno de “chivo expiatorio”; véase “No son ajusticiamientos, son homicidios calificados”, Página 12, 1/4/2014, en <https://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-243161-2014-04-01.html>.

(109) Zaffaroni, Eugenio - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 39. Acomparar las leyes “eventualmente penales” permite, como el propio Zaffaroni lo dice, limitar al legislador, porque “si el derecho penal se quedase en el plano formal, admitiría la derogación de la Constitución y de todos los principios jushumanistas: el legislador podría obviar los límites que le imponen las normas de máxima jerarquía con sólo asignarle a una ley funciones manifestadas diferentes o limitándose a obviar el nombre de las penas”; *id.*, p. 38.

(110) Jakobs, Günther - Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, España, Civitas, 2003, p. 45.

(111) CSJN, “Alespeiti, Felipe Jorge s/ incidente de recurso extraordinario”, Fallos, 340:2017, 18/05/2017.

Con ese fallo, la Corte Suprema comenzaba a disolver la cuadratura del círculo⁽¹¹²⁾ y recordaba que “ningún tribunal de justicia podría, sin menoscabar irremediabilmente la legitimidad del ejercicio de su jurisdicción, desconocer que ‘la esencia misma de nuestra carta de derechos –que con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ha sido fortalecida y profundizada– es el respeto de la dignidad y libertad humanas’”⁽¹¹³⁾.

Esta singular decisión coincidía con el último año de reunión periódica de la Comisión interpoderos⁽¹¹⁴⁾. Durante su funcionamiento estable, las estadísticas reflejaban una sostenida cifra de más de mil detenidos en lesa humanidad, con solo 24% de los más de 2.500 imputados totales con sentencia firme⁽¹¹⁵⁾.

IV. Un nuevo capítulo en lesa humanidad

Sobre la temporada de los fallos “Muiña” y “Batalla” podrían escribirse varios capítulos, libros, de hecho. Aquí solo citaremos que “Muiña” y “Batalla” eran “casos fáciles, con repercusiones difíciles”⁽¹¹⁶⁾ porque tenían todo lo que un caso fácil requiere. Así, cuando la Corte Suprema resolvió en “Muiña” que las prolongadas prisiones preventivas en causas de lesa humanidad estaban alcanzadas por el beneficio del 2x1, se trataba de una adjudicación simple por dos razones: i) la Ley n.º 24.390 era clara al no excluir los delitos de lesa humanidad de su cómputo, ni tenía la forma de un indulto, conmutación o amnistía; ii) gozaba de respaldo en la Constitución y no existía una jurisprudencia previa y consolidada de la Corte que haya fallado en sentido contrario.

Pero parece que ello no fue suficiente, porque tras “Muiña” no solo el Congreso de la Nación sancionó por cuasi unanimidad la Ley n.º 27.362 que vedó su aplicación⁽¹¹⁷⁾, sino que más del 95% de los pedidos del 2x1 fueron rechazados por diversos tribunales federales hasta su reversión en “Batalla”⁽¹¹⁸⁾. Esta reacción nos recuerda a

(112) Expresión que le corresponde a Zaffaroni y que ha utilizado en muchas ocasiones. Por ejemplo, cuando la Sala I de la Cámara del Crimen de la Capital rechazó la prisión preventiva automática por delitos graves en el año 2003, se manifestó a favor del fallo y sostuvo que el instituto “es un poco la cuadratura del círculo, es una pena anticipada, el problema es cómo podemos imponer una pena antes de la sentencia”. Véase en “Zaffaroni dió su opinión”, *Diario Judicial*, 16/7/2010, en: <https://www.diariojudicial.com/news-10810-zaffaroni-dio-su-opinion>; CNCrim. y Correc. de la Capital Federal - Sala I, “Arbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión”, C. 21.143, 2/12/2003.

(113) CSJN, “Alespeiti”..., p. 109. Es este párrafo un ejemplo de razonamiento penal liberal. Al respecto, en el libro de Federico Morgenstern, hay un epílogo donde Andrés Rosler explica la mecánica de este razonamiento con mayor claridad: “todo penalista liberal, es decir todo cultor del Estado de derecho, solamente está dispuesto a poner en marcha el aparato punitivo del Estado si y solo si se respetan los derechos y garantías del acusado y eventualmente del condenado, que por ser tal no puede perder sus derechos humanos, que es aquello en lo que se han convertido las garantías penales”. Véase Morgenstern, *Contra la corriente...*, p. 379.

(114) Corresponde recordar, no obstante, que la Corte ordenó al presidente de la CFCP que se le informe sobre “la cantidad de causas por delitos de esa índole [lesa humanidad] pendientes de juzgamiento”. Véase CSJN, “Expte. n.º 5763/16”, Oficio n.º 353/17, 14/3/2017.

(115) Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, *Informe Estadístico sobre el Estado de las Causas por Delitos de Lesa Humanidad en Argentina*, Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2017, pp. 10-11.

(116) Debemos esta gran frase a Andrés Rosler. Véase “Andrés Rosler: ‘Ya no hay Derecho, ahora todo es teoría del Derecho’”, *Segunda Vuelta. La mirada alternativa*, 5/3/2029, en: <https://segundavueltae revista.wordpress.com/2019/03/05/a-rosler-ya-no-hay-derecho-ahora-todo-es-filosofia-del-derecho/>; para la cuestión sobre si “Muiña” y “Batalla” eran casos fáciles o difíciles, véase el debate entre Gargarella y Morgenstern, en Gargarella, Roberto, “El héroe solitario, la libertad y la balanza (II)”, 26/5/2034, en <https://seul.ar/morgenstern-malamud/>; Morgenstern, Federico, “El héroe solitario, la libertad y la balanza (III)”, 2/6/2024, en <https://seul.ar/el-heroe-solitario-la-libertad-y-la-balanza-iii/> - Rosler, Andrés, “Una introducción contra la corriente”, *En Letra: Derecho Penal*, n.º 20, año 2025, pp. 7-23; la noción de “caso fácil” es trabajada por Hart, en Hart, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 106. Para el fallo “Muiña” véase CSJN, “Bignone, Benito A. y otro s/ recurso extraordinario”, Fallos, 340:549, 3/5/2017.

(117) Ley n.º 27.362, B. O. 1 n.º 33.623 (12.5.2017).

(118) Véase CSJN, “Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis”, Fallos, 341:1768, 4/12/2018 y Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, *Informe estadístico. Planteos de imputados en crímenes de lesa humanidad invocando la aplicación de la ley 24.390 (2x1)*, Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2017, en <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/09/lesa-informe-2x1.pdf>. Bertoia, politóloga especializada en Derechos Humanos, entrevistó a un juez del tribunal oral federal quien sin pasar siquiera un día del fallo “Muiña” confesó que “lo primero que me puse a escribir es el rechazo a Astiz, porque va a llegar y yo no lo voy a firmar”, en Quiroga, Franco J., “La movilización contra la sentencia de la Corte Suprema y los represores de la dictadura argentina”, *Anuari del conflicto social*, vol. 12, 2021, p. 18.

lo que Morgenstern denominó como “el argumento de la mancha del tigre”, al relatar que en el marco de una presentación de Andrés Rosler en la UBA una participante le dijo: “Más allá de la cuestión jurídica, no entiendo por qué les dieron ahora la ley más benigna. Ya les sacaron la cosa juzgada, la prescripción, la irretroactividad, el *in dubio pro reo*... ¿Para qué les dieron la ley más benigna y armaron tanto lío?”⁽¹¹⁹⁾.

El mensaje que “Batalla” transmitía era, ni más ni menos, este: la comunidad puede anular al derecho, la voz del pueblo puede sepultar la independencia judicial. Y así, cuanto más agorero se vuelve el clamor popular, menor parece ser el acatamiento de las garantías por parte del Poder Judicial⁽¹²⁰⁾. Por eso es destacable la insistencia garantista de Rosenkrantz en su disidencia en “Batalla”: “La validez constitucional de una ley no viene dada por el grado de su aceptación social ni por el intento de plasmar ciertos ideales –por loables que sean–, sino por su consistencia con el consenso inter-temporal más profundo documentado en nuestra Constitución Nacional”⁽¹²¹⁾ (la itálica me pertenece).

Encerrado en este voto estaba el mensaje de que no hay derecho penal de excepción, porque si el texto legal no discrimina, el juez tampoco puede hacerlo. Podemos decir, entonces, que había un preludio de “Castillo” en “Muña” y en la disidencia de Rosenkrantz en “Batalla”, porque estos dos últimos momentos protegieron el principio de legalidad vía la prohibición de leyes *ex post facto*, mientras que “Castillo” lo hizo vía el camino de la necesidad, inocencia y razonabilidad. Y como toda garantía que se precie de ser tal, no existe tal cosa como su protección fragmentaria.

Antes de llegar a “Castillo” pasarán unos cuantos años, pero la entrada en vigencia de la resolución n.º 2/19, con la puesta en marcha de los arts. 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal a nivel nacional, fueron una buena noticia (al menos en el plano normativo)⁽¹²²⁾. La Comisión Bicameral anunciaba la vigencia de estos nuevos artículos con un espíritu de “progresividad y jerarquía” que “el juzgador debe contemplar”, propios de un proceso penal orientado hacia la libertad y el sistema acusatorio. Se reseña en consecuencia que estos artículos respondían a la recomendación de “incorporar medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad (prisión preventiva) emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través, entre otros instrumentos, de sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008), que proclaman el carácter excepcional de la prisión preventiva”⁽¹²³⁾.

Dentro de estas medidas está, por supuesto, la posibilidad de contemplar fianzas patrimoniales y obligaciones de todo estilo, marcando aún más el no uso de la prisión preventiva. Asimismo, existe reproducción textual en el Código de un precepto sugerido por la CIDH, en el *Informe*

me sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, “siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente mediante la aplicación de una medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el fiscal, *el juzgador deberá optar por la aplicación de aquella, sea en forma individual o combinada* (punto 225)”⁽¹²⁴⁾ (la itálica me pertenece).

IV.1. El fallo “Castillo”

El 23 de octubre de 2025, la Corte dictó el fallo “Castillo”. En las instancias anteriores, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de La Plata había dispuesto sucesivas prórrogas de la prisión preventiva tras la detención del imputado el 2 de diciembre de 2013. Apeladas las prórrogas por la defensa, los recursos fueron declarados inadmisibles por la Cámara Federal de Casación Penal por estimar que no se había configurado arbitrariedad ni cuestión federal suficiente, convalidando el criterio antecedente. El voto mayoritario de la Corte, que admitió finalmente el recurso federal interpuesto por Castillo, estuvo integrado por los jueces Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti, junto a los conjuces Abel Sánchez y Alejandro Tazza. Ricardo Lorenzetti, en línea con los fallos dictados desde la reapertura de los juicios, entendió que el recurso era inadmisibile bajo las causales del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Para el momento de la sentencia de la Corte, Castillo llevaba más de once años preso preventivo bajo el argumento de que existía un “especial deber de cuidado para neutralizar toda posibilidad de fuga en procesos de lesa humanidad”⁽¹²⁵⁾. Tampoco puede pasar desapercibido que el juicio oral llevaba más de dos años, iniciado el 18 de mayo de 2023. En consecuencia, la misión de la Corte en “Castillo” fue impedir que “Acosta”, en línea con la práctica común de años anteriores y así citado por el *a quo* para justificar una nueva prórroga, se “convierta en un comodín que sirva para denegar, sin una razón constitucionalmente admisible, la libertad o la concesión de beneficios procesales como el aquí analizado”⁽¹²⁶⁾.

En primer lugar, recordó que el art. 18 de la Constitución Nacional “dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo”, de donde deriva la presunción de inocencia y el derecho a gozar de la libertad durante el proceso. El deber convencional impuesto al Estado, o el interés legítimo interés general del Estado en reprimir el delito, no puede “ser esgrimido como pretexto para anular las garantías de los imputados ni para justificar la imposición de un adelantamiento de la pena a extramuros de la Constitución Nacional. No debe olvidarse que la Ley Fundamental no permite tratar a un imputado como si fuese un condenado y que las garantías de los imputados son restricciones que el Estado debe honrar, sin excepción, pues no serían garantías si pudieran ser obviadas por los jueces cuando lo consideren necesario para disuadir o reprimir el delito”⁽¹²⁷⁾.

En segundo lugar, la descalificación de la sentencia recurrida, con el reenvío bajo los parámetros del plazo razonable, iba acompañada del siguiente mensaje: “Un Estado de Derecho no puede trasgredir las garantías del debido proceso sin degradarse a sí mismo en ese acto”⁽¹²⁸⁾. No se trataba entonces de impunidad, sino de coherencia. En el sendero futuro, los efectos de este fallo trascenderán por

(119) Morgenstern, *Contra la Corriente...*, p. 93.

(120) En el fallo “Batalla” el voto mayoritario argumentaba que “Estos hitos jurídicos han ido edificando una suerte de ‘Estatuto para el juzgamiento y condena de los delitos de lesa humanidad’” (la itálica me pertenece). Véase CSJN, “Hidalgo Garzón...”.

(121) CSJN, “Hidalgo Garzón...”. Por estos fallos, la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados aprobó en 2023, con mayoría del Frente de Todos, un juicio político contra los miembros de la Corte. Uno de los cargos específicos hacia Rosenkrantz y Rosatti se basó en la “palmaria incomprensión del derecho normativo vigente” al dictar el fallo “Muña”. Y para el primero, también por demostrar “desprecio por la sensibilidad y conciencia ciudadana” al dictar su voto disidente en el fallo “Batalla”. Lo que es extraño es que el pedido de juicio político refiera que la Ley n.º 27.362 “declaró expresamente inaplicable” el 2x1 y que Rosenkrantz votó “ajeno a la realidad social”. De estas acusaciones no solo surge que la vieja ley del 2x1 no prohíba su aplicación a delitos de lesa humanidad, sino que condena a Rosenkrantz por hacer exactamente lo que la Constitución lo obliga a ser: independiente. Véase de mi autoría: “Un juicio político que atenta contra el Derecho Penal Liberal”, *Infobae*, 17/2/2023, en <https://www.infobae.com/opinion/2023/02/17/un-juicio-politico-que-atenta-contra-el-derecho-penal-liberal/>.

(122) Res. 2/2019, Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPFF, BO n.º 34.242 (19/11/2019). Ese mismo año la Corte también dictará el importante fallo “Espíndola”, retomando lo que mencionamos sobre una acción penal eficaz. Allí entendía que “el derecho en cuestión [el plazo razonable] es independiente de los plazos generales que el legislador ordinario impone teniendo en mira clases de casos, como lo serían los términos de prescripción de la acción penal”. Véase CSJN, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, *Fallos*, 342:548, 9/4/2019.

(123) Ceballos, Nicolás R. - Daray, Roberto R. - Huarte Petite, Alberto J. - Leo, Roberto, *Código Procesal Penal Federal*, t. 2, Asturias, Miguel A. (coord.), Buenos Aires, Hammurabi, 2020, p. 99.

(124) *Ib.*

(125) CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Castillo, Carlos Ernesto s/ incidente de recurso extraordinario”, *Fallos*, 348:1357, 23/10/2025. En relación con este fallo, Alfredo Vítole también ha escrito un breve comentario donde relaciona el legado de Núremberg con la realidad de los procesos de lesa tras su reapertura en el año 2003. Por su extensa duración: “se trata de un tiempo que multiplica por 10 el que llevó juzgar a los responsables de haber cometido el mayor genocidio de la historia”. Y a renglón seguido afirma: “Es difícil encontrar una justificación racional a la demora, por más artificios dialécticos que se intenten”. Agradezco a Sofía Calderone por señalarme acerca de la publicación de este comentario; véase Vítole, Alfredo M., “Una sentencia que pone en su justo lugar el papel de los jueces en una sociedad democrática –Comentario al fallo ‘Castillo’ de CSJN–”, *elDial*, DC373B, 2025.

(126) *Ib.* Como en “Alespeiti”, la defensa aquí también introdujo al imputado como “un adulto mayor –nacido en 1952– ‘...con un estado de salud psicofísico deteriorado, como consecuencia de su edad’ y del prolongado tiempo de detención, lo que a su criterio ‘...permite presumir que [...] en caso de otorgarse su libertad, no podrá eludir el accionar de la justicia [...] ni entorpecer el curso del proceso’”. Asimismo, se puede concluir que no existió un “overruling” formal de “Acosta”, sino una reinterpretación de su alcance.

(127) *Ib.*

(128) *Ib.*

su contexto previo: reencaminar nuevamente la prisión preventiva para imputados por delitos aberrantes bajo el Estado de derecho, con sus límites histórico-constitucionales de necesidad procesal y excepcionalidad.

A la fecha de este comentario, sin embargo, organizaciones de derechos humanos llamaron a rechazar el fallo y a convocar nuevamente la Comisión interpoderees⁽¹²⁹⁾. En 2020, no concurrieron a la última convocatoria intentada⁽¹³⁰⁾. También dos fiscales de la Unidad Fiscal Federal de La Plata llamaron a rechazar pedidos de cese de prisión preventiva a propósito del fallo “Castillo”. En este último dictamen, y a pesar de que el imputado lleva más de nueve años preso preventivo, los fiscales entendieron que “se verifica un choque entre dos racionalidades judiciales: la de la Corte, que privilegia las garantías individuales en abstracto, y la de los tribunales inferiores, que busca preservar la eficacia del proceso frente a delitos de una magnitud excepcional”⁽¹³¹⁾. Y puesto que las garantías individuales ya cedieron en “Batalla”, ¿por qué no habrían de ceder ahora? Precisamente: “Entendemos que la resolución dictada en ‘Castillo’ debe ser interpretada a la luz de los antecedentes de los casos ‘Muiña’ y ‘Batalla’”, donde quedó claro que: “Los tribunales inferiores pueden apartarse de sus criterios cuando median fundamentos razonables y válidos, configurándose un escenario de legítima colisión interpretativa”⁽¹³²⁾.

En sus notas sobre el sentimiento de facción, Orwell decía: “tan pronto como intervienen el miedo, el odio, los celos y la adoración del poder, el sentido de la realidad se desequilibra. Y...el sentido de lo que está bien y lo que está mal también se desequilibra. No hay delito, absolu-

tamente ninguno, que no pueda ser tolerado cuando lo comete ‘nuestro’ bando. Incluso si uno no niega que el crimen ha ocurrido, incluso si uno admite, en un sentido intelectual, que es injustificado, aun así no puede sentir que esté mal”⁽¹³³⁾.

Conclusión

El fallo “Castillo” marca un retorno de la Corte Suprema a los principios estructurales del proceso penal liberal. Tras más de dos décadas de una jurisprudencia que, en nombre de obligaciones internacionales y de la excepcionalidad de los delitos de lesa humanidad, toleró desviaciones significativas en materia de legalidad y plazo razonable, el máximo tribunal vuelve a afirmar que no existe delito, por aberrante que sea, que autorice a prolongar excesivamente la prisión preventiva sin desarticular en simultáneo el requisito de necesidad procesal inserto en la Constitución.

Leído en perspectiva histórica, “Castillo” resulta un gran acierto. Se trata de la restauración de una tradición constitucional que guía nuestra experiencia histórica desde 1810, consolidándose en el artículo 18 de la Constitución Nacional tras 1853. Tradición honrada, no sin tensiones, incluso en momentos críticos del plano nacional e internacional. Por otra parte, la decisión no niega el deber estatal de investigar y sancionar los delitos de lesa humanidad; lo que niega es que ese deber pueda cumplirse a expensa de convertir el proceso penal en el martillo del enemigo. En definitiva, “Castillo” vuelve a vincular la noción de justicia con los límites impuestos por las garantías constitucionales, recordando –en las palabras de Cornelio Saavedra– que: “Hágase justicia, en esta parte, y désele a cada uno lo que es suyo, y así se conservarán los derechos de todos”⁽¹³⁴⁾.

VOCES: PROCESO PENAL - DERECHO PENAL - LEY PENAL - PRISIÓN PREVENTIVA - DELITO - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PENA - DERECHO PROCESAL PENAL - DELITOS DE LESA HUMANIDAD - PRISIÓN DOMICILIARIA - EXCARCELACIÓN - CONDENA - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - LIBERTAD BAJO CAUCIÓN - CONDENA CONDICIONAL - DERECHOS HUMANOS

(133) Orwell, George, *Notes on Nationalism*, Reino Unido, Penguin Books, 2018, p. 29.

(134) Zimmerman Saavedra, Alfredo, *Don Cornelio de Saavedra. Bosquejo Histórico Documentado*, Buenos Aires, Librería Nacional La joaune, 1909, p. 368.

(129) Comunicado HIJOS Capital, “Exhortamos a los tribunales a rechazar el fallo de la Corte que anuló la prórroga de la prisión preventiva del genocida Carlos “Indio” Castillo”, publicado en redes sociales, 31/10/2025. Disponible en: <https://www.facebook.com/hijoscba/photos/comunicado-de-la-red-nacional-de-hijos/1298941792272679/>.

(130) Ministerio de Justicia, Subsecretaría de Derechos Humanos, “La secretaría de Derechos Humanos de la Nación no participará de la reunión de la Comisión interpoderees”, 7/10/2020, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-secretaria-de-derechos-humanos-de-la-nacion-no-participara-de-la-reunion-de-la-comision>.

(131) MPF, 5.11.2025, “Sánchez, Rubén Vicente s/ Incidente de cese de prisión preventiva”, FLP2450/2007/TO01/162/4; véase online en “La Plata: dictaminan que el fallo de la Corte en el caso “Castillo” no es aplicable y piden rechazar pedidos de cese de prisión preventiva”, 11/11/2025, disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/la-plata-dictaminan-que-el-fallo-de-la-corte-en-el-caso-castillo-no-es-aplicable-y-piden-rechazar-pedidos-de-cese-de-prision-preventiva>.

(132) *Ib.*