

“Simón” (o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho)

*Por José Sebastián Elías**

Sumario: 1) Una difícil elección moral, algunas aclaraciones (in)necesarias y un reconocimiento. 2) El fallo de la Corte Suprema: a) La argumentación del fallo en general. b). Algunos argumentos en particular: i. De derecho constitucional “interno”: el argumento del artículo 29 de la Constitución Nacional. ii. De derecho internacional: pretendida irretroactividad y aplicación retroactiva. La retroactividad de la interpretación jurisprudencial. iii. El argumento de la ley 25.779: su convalidación y el control de legalidad en la agenda actual de la Corte Suprema. 3) La reforma constitucional extratextual efectuada por la Corte: ¿una interpretación plausible o una revolución constitucional? a) La cláusula de excepción al artículo 18 de la Constitución. b) Los tratados internacionales de derechos humanos por sobre la Constitución. c) Una respuesta tentativa al interrogante. 4) ¿Constitucionalismo popular mediado o mero “posibilismo” ilimitado? 5) De caballos “troyanos”, buenas intenciones y el camino al infierno (algunas reflexiones finales).

“Es ley de la guerra que los vencedores traten a sus vencidos a su antojo”¹

“Percibir lo malum nos resulta infinitamente más sencillo que percibir lo bonum; es una percepción más directa, más apremiante, menos susceptible de diferencias de opinión o de gusto, y que, ante todo, se nos impone sin que la busquemos. Un mal nos obliga a que lo percibamos con su sola presencia, mientras que lo benefactor puede presentarse discretamente y pasar desapercibido, a menos que reflexionemos sobre él”²

“...la democracia permite en todo caso mantener vivas y considerar como virtualmente posibles incluso todas aquellas posibilidades que ya fueron desestimadas en el pasado por cualesquiera razones...”³

* Agradezco a Manuel García-Mansilla y Santiago Legarre los comentarios y sugerencias formulados en base a los borradores que tuvieron la paciencia de leer.

¹ Julio César, emperador de Roma, 100-44 a.C.; la frase le es atribuida por BLANCK, Julio, “Un momento de meditación con los grandes personajes”, en Diario Clarín, domingo 15 de enero de 2006, disponible online en <http://www.clarin.com/suplementos/zona/2006/01/15/z-03101.htm>.

² JONAS, Hans, *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*, Chicago University Press, Chicago, 1984, p. 27 (traducción al español: *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995), citado por BERNSTEIN, Richard, *El mal radical: una indagación filosófica*, Ediciones Lilmod, Buenos Aires, 2004, p. 22 y 269.

³ HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, (traducción de Emilio Mikunda-Franco), Tecnos, Madrid, 2002, p. 68.

“...si los derechos se convierten en modernos caballos de Troya que ayudan a transformar la política, de un proceso de deliberación y decisión razonada en lo que no es más que, parafraseando a Clausewitz, la guerra por otros medios, entonces no tendremos a nadie a quien culpar, salvo nosotros mismos...”⁴

1) Una difícil elección moral, algunas aclaraciones (in)necesarias y un reconocimiento.

Parece ser que, contrariamente a lo que afirmaba Hegel,⁵ algunas heridas del espíritu son demasiado profundas como para curarse sin dejar cicatrices. Hay dolores que se resisten a su eliminación, y continúan generando luchas políticas en el seno de la sociedad. Es lo que ocurre, sin dudas, con los resabios del período quizás más oscuro de la historia argentina: la dictadura militar que se extendió entre 1976 y 1983, y la llamada “guerra sucia”.⁶

No voy a ingresar en el relato de los antecedentes fácticos de la causa “Simón”, ni del contexto histórico en que tales hechos tuvieron lugar. Resultan de sobra conocidos por los lectores; para algunos, por haberlos vivido –lamentablemente-, y para otros, por ser un tema de amplia exposición pública en la Argentina de los últimos 23 años por lo menos.⁷ Me concentraré, entonces, en analizar la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y destacar algunas de sus implicancias sistémicas, con el ánimo de hacer un pequeño aporte al muy necesario debate público respecto a qué tipo de “proyecto constitucional” queremos tener los argentinos. ¿Fue “Simón” una causa correctamente decidida desde el punto de vista constitucional? ¿La condición de

⁴ GREGG, Samuel, “The Crisis of Human Rights”, en Revista *Policy*, Autumn 2001, The Centre for Independent Studies, disponible a la fecha de escribirse este artículo en www.cis.org.au/CISlectures/310101sgregg.htm

⁵ BERNSTEIN, Richard, op. cit., p. 101 y 109.

⁶ Si el perdón es la única forma en la que el dolor cesa -como afirma Héctor Sabelli- o no, es una cuestión que queda abierta al juicio personal de cada lector. Lo que es seguro es que aquí no se ha llegado a una etapa tal en la evolución social. Ver el excelente artículo de SABELLI, Héctor, “No habrá más penas ni olvidos. O de cómo la Corte Suprema sentó las bases de la crisis de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos de lesa humanidad”, J.A. 2006-I, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/03/2006, p. 6 y sgtes, especialmente p. 38 y nota 201.

⁷ Hemos elaborado un breve *racconto* histórico-legal de lo ocurrido en ELIAS, José Sebastián y DÍAZ, Juan Cruz, “La nulidad de las leyes del perdón. Perspectiva histórica y revisión crítica”, E.D.CO. 2004-425. Para una narrativa detallada de la época en que se llevó a cabo el juicio a las juntas militares del proceso y de las vicisitudes políticas y legales posteriores, desde la perspectiva de uno de sus protagonistas principales, ver NINO, Carlos Santiago, *Juicio al mal absoluto*, Emecé, Buenos Aires, 1997.

absolutamente repudiable que, indudablemente, envuelve a los hechos allí enjuiciados justifica, por sí sola, la solución a la que se arribó? ¿Cuáles son las consecuencias institucionales que pueden derivarse del fallo? ¿Es el control de legalidad un punto relevante en la agenda actual de la Corte Suprema? ¿Qué teoría constitucional subyace a la decisión? Este tipo de interrogantes, entre otros, intentaré abordar en los párrafos siguientes.

Antes de abocarme a dicha tarea, quiero reconocer el profundo dilema moral que enfrentó el Alto Tribunal. No intento decir con esto que el caso haya sido necesariamente “difícil” desde el punto de vista jurídico. Entiendo que no lo era. Sin embargo, sí debe haber sido difícil optar entre mantener el Estado de Derecho para todos, aún cuando eso significara contrariar parcialmente a la opinión pública⁸ y sabiendo que los actos atribuidos a los imputados eran deleznable desde cualquier punto de vista, y argumentar una situación “excepcional” que permitiera alcanzar un resultado sustantivo “justo”, aunque en el camino debieran sacrificarse principios jurídicos fundamentales. Además, no debe olvidarse que se trataba de una causa con fuertes componentes históricos, ideológicos, simbólicos, y –por qué no- hasta pasionales o afectivos.⁹ Desde el punto de vista de las conciencias de los jueces, no debe haber resultado una elección simple.

Aunque debería ser innecesario, y a fin de evitar malas interpretaciones, dejaré en claro que mi análisis se circunscribe a la cuestión constitucional resuelta en la sentencia. Este artículo no constituye una defensa de quienes hayan incurrido en actos del tipo de los discutidos en la causa,¹⁰ ni una relativización de su carácter

⁸ No debe perderse de vista que, además, amplios sectores del Poder Legislativo habían manifestado explícitamente su opinión a través de la sanción de la ley 25.779, y que el Presidente Kirchner se había encargado de presionar públicamente a la Corte, de forma bastante poco republicana, para que diera la solución que finalmente dio. A modo de ejemplo, pueden consultarse los siguientes artículos aparecidos en algunos matutinos del país: <http://www.clarin.com/diario/2005/05/23/elpais/p-00301.htm>; <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-50664-2005-05-06.html>;

⁹ Como señala Nieto, con cita de Von Kirchmann, parece que “*el derecho no se halla sólo en el saber, sino en el sentimiento, puesto que su objeto no reside sólo en la cabeza sino también en el corazón del hombre (hasta tal punto) que en casi todas las cuestiones jurídicas el sentimiento ya ha decidido antes de que se haya iniciado cualquier investigación científica*”. Ver NIETO, Alejandro, “Las limitaciones del conocimiento jurídico”, en NIETO, Alejandro-GORDILLO, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 19. Más allá de cualquier discusión sobre su valor como descripción general (no como regla inflexible), creo que algún atisbo de realidad hay en la cita transcrita. Ello, sin perjuicio de que deberíamos tratar de minimizar tal actitud, si es que queremos que el derecho sea una práctica argumentativa en que las razones importen efectivamente. A modo de ejemplo de la excepción señalada por el propio Von Kirchmann, ver el reconocimiento que hago en el último párrafo de este mismo acápite. Si el derecho fuera sólo –o principalmente- sentimiento, no tendría ninguna duda de que “Simón” es una causa correctamente decidida.

¹⁰ Salvo que se quiera entender por “defensa” que la postura que sostengo genere, como resultado no querido pero inevitable, un beneficio coyuntural para quienes cometieron actos de la naturaleza de los

completamente repudiable. No se trata, en fin, de un juicio sobre el valor moral que una eventual condena de los involucrados en los hechos investigados pudiera tener. De hecho, pienso que debió juzgarse y, eventualmente, condenarse a quienes tomaron parte de las acciones ilegales cometidas durante el período histórico en cuestión. En parte, así se hizo. La política del gobierno de Alfonsín respecto al “castigo limitado” es un tema de discusión en sí mismo, que ameritaría un estudio exclusivo. Lo propio puede decirse de los actos posteriores que terminaron en el indulto de numerosas personas – condenadas y no condenadas- durante el gobierno de Menem. Si esto último fue erróneo, y creo que efectivamente así fue, es una cuestión que queda completamente fuera de lo decidido en “Simón” y para cuyo remedio no era en absoluto necesaria una decisión de este tipo.¹¹

Finalmente, reconozco que la estrategia “constitucional” llevada a cabo por el gobierno actual presenta fuertes atractivos superficiales. En largas discusiones mantenidas con compañeros de estudio durante mi época estudiantil, sostuve la conveniencia de esperar a que los involucrados carecieran prácticamente de poder político alguno, a que la “batalla política” hubiera sido ganada en definitiva, para luego volver atrás y dejar sin efecto las leyes constitucionalmente dictadas al respecto y así lograr “justicia” sustantiva, en algún punto y a cualquier precio.¹² Algunos años de experiencia, la persistente observación de la práctica constitucional argentina, y mucha reflexión al respecto me convencieron de que estaba equivocado: el *ethos* constitucional garantiza los mismos derechos para todos, privilegio que tenemos la suerte de tener y que debemos respetar, principalmente, cuando ello implica resultados sustantivos que desearíamos evitar.

2) El fallo de la Corte Suprema.

discutidos en la causa “Simón”. Se trata de un lamentable “precio” por el sostenimiento de aquellos principios fundamentales en los que, como sociedad, creemos –o creímos, en algún momento, y plasmamos en la Constitución como verdadero pacto social-. Es, además, un resultado concreto y coyuntural puesto que, como se advertirá de la lectura del resto del artículo, el problema principal es la retroactividad –explícita o encubierta- de las disposiciones aplicadas. Ningún problema habría en aplicar en lo sucesivo dichas normas, con efectos hacia el futuro.

¹¹ Sin embargo, y como bien hace notar el Juez Fayt, la existencia de los indultos no resulta una cuestión irrelevante a los fines de la caracterización de las leyes 23.492 y 23.521 como “leyes de impunidad” y de la consecuente evaluación de su constitucionalidad desde dicha óptica (inclusive a la luz de la jurisprudencia internacional invocada por los ministros que formaron mayoría). Ver considerando 86 de su disidencia.

¹² Parece ser que no fui el único seducido por la estrategia en cuestión. En el ambiente académico ha habido reconocimientos explícitos de la “viabilidad” de este tipo de conductas, como así también intentos de justificación normativa de la misma. A modo de ejemplo, ver considerando 81 del voto concurrente del juez Maqueda y doctrina allí citada.

No es tarea fácil ahondar en todos los argumentos esgrimidos a lo largo de los ocho votos que componen la sentencia comentada. Tanto la extensión de cada uno de los votos individuales, como el hecho de que -aún recurriendo a argumentos similares- cada voto presenta pequeñas diferencias y “vueltas de tuerca” sobre los argumentos presentados, tornan muy difícil –ciertamente, imposible en el marco de este artículo- agotar el análisis del fallo. Por ello, voy a centrar mi atención en las que son, a mi entender, las grandes líneas argumentativas que subyacen a la posición de la *pluralidad* de la Corte,¹³ aquellas que de una forma u otra conducen a una verdadera “revolución constitucional” –como argumentaré luego- y a una indudable, aunque quizás en principio imperceptible, devaluación del Estado Constitucional de Derecho.

Intentaré mantener un orden argumental, esto es, abordaré el tratamiento por temas y no por votos, aunque en ocasiones deba saltar de un método (tratamiento por temas) a otro (tratamiento por votos). Concédame el lector, siempre generoso, tal licencia, en honor a la brevedad y –espero- a la claridad.

Por último, debo destacar que voy a focalizar mi análisis sobre el tema central del fallo: el cuestionamiento constitucional a las leyes 23.492 y 23.521, en cuanto “leyes de impunidad”,¹⁴ y me abstendré de profundizar los argumentos relativos a la imprescriptibilidad de los delitos imputados.¹⁵

¹³ Debe destacarse que el fallo no presenta, en todos sus aspectos, una clara mayoría. Sí la hay, claro está, respecto al resultado concreto de la causa, pero no es tan fácil asegurar lo mismo respecto a los argumentos por los que se concluye que debe llegarse a tal resolución. Por ello, debe hablarse estrictamente de una *pluralidad*, y no de una *mayoría* (aunque en algunos aspectos argumentativos pueda también concluirse en que el fallo presenta una mayoría). La distinción entre pluralidad y mayoría, aunque aplicada a otro tema distinto, se encuentra muy bien tratada en LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública –Fundamentos y aplicaciones-*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 167/169. Una situación similar ocurrió con el fallo dictado en la causa “Bustos” (Fallos 327:4455) respecto a la pesificación de los depósitos bancarios. En “Bustos” la ausencia de una mayoría de fundamentos es aún más clara y se extiende a todas las cuestiones analizadas en aquella causa. Un buen análisis a este respecto puede encontrarse en BIANCHI, Alberto B., “El caso ‘Bustos’ y sus efectos, por ahora”, Suplemento Especial del Diario La Ley, *Pesificación de los depósitos bancarios*, Buenos Aires, 28 de Octubre de 2004, p. 11, y más recientemente en GARAY, Alberto F., “Pesificación de certificados de depósito en dólares y obligatoriedad vertical de los precedentes de la Corte Suprema”, Suplemento La Ley Constitucional, 12 de Julio de 2006, p. 45. También puede considerarse resuelto por una pluralidad y no por una mayoría el caso “Arancibia Clavel” (J.A. 2004-IV-426), como bien ha destacado SABELLI, Héctor, op. cit., p. 25/26 y 35/36. Sin dudas, este tipo de situaciones torna muy relativo el valor del fallo como precedente. Esto no es bueno desde un punto de vista general, por cierto, aunque en casos puntuales como “Bustos” donde lo resuelto es –sin dudas- claramente incorrecto, deja abierta la posibilidad de la corrección de situaciones puntuales mediante el apartamiento por parte de los tribunales inferiores y, a la vez, permite que la propia Corte pueda eventualmente corregir su propia jurisprudencia con más facilidad y sin que ello implique apartarse del precedente –que es, por hipótesis, inexistente en cuanto tal-.

¹⁴ Así se las llama, por ejemplo, en el dictamen del Procurador General de la Nación (ver punto VII del primer dictamen, emitido por el entonces titular del Ministerio Público Fiscal, Nicolás E. Becerra). La denominación, por cierto, dista de ser antojadiza. Además de la evidente carga semántica negativa que

a. La argumentación del fallo en general.

Es cuestión bien conocida que la propia Corte Suprema había declarado la constitucionalidad de las llamadas “leyes de impunidad” en un buen número de casos, y a pesar de las variaciones en su integración.¹⁶ La primera de las causas referidas, conocida como causa “Camps”, contó con una mayoría de cuatro votos a favor de la convalidación de ley 23.521,¹⁷ y la solitaria disidencia del juez Bacqué, quien se pronunció por la inconstitucionalidad, en un bien fundado voto.

La Corte pudo haber remitido a su jurisprudencia en el tema, sin más. Sin embargo, existió la decisión política de alterar dicha línea de precedentes. Para ello, el Alto Tribunal disponía de dos grandes caminos argumentativos: admitir la aplicación retroactiva del derecho internacional, colocándolo al mismo tiempo por sobre la Constitución Nacional,¹⁸ o sostener que las “leyes de impunidad” habían sido inconstitucionales desde su origen, salvando de esta forma tanto el principio de irretroactividad de la ley penal contenido en el art. 18 como la supremacía constitucional.¹⁹ A su vez, elegida la segunda alternativa, podían los jueces recurrir a argumentos de derecho internacional, o bien podían –como había hecho Bacqué en su oportunidad- esgrimir argumentos “constitucionales” de derecho interno.

Creo que existían argumentos de suficiente peso en el marco constitucional argentino como para fundar una eventual inconstitucionalidad “originaria” sin recurrir a la muy problemática –como intentaré demostrar- invocación del derecho internacional.

presenta la expresión, permite el apoyo de la solución propuesta (inconstitucionalidad de ambas leyes) en la interpretación aislada del considerando 41 del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos” (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú) (14 de marzo de 2001). Disponible online, a la fecha de escribirse este artículo, en http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf_ing/seriec_75_ing.pdf

¹⁵ En este tema, el pronunciamiento no es demasiado novedoso, ya que acentúa la línea ya iniciada en “Arancibia Clavel” (ya citado).

¹⁶ Fallos 310:1162; 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 316:532 y 2171; 321:2031; entre muchos otros. Ver Punto VII del Dictamen del Procurador General Becerra, considerando 24 del voto del Juez Maqueda y considerando 23 de la disidencia del juez Fayt.

¹⁷ Con las reservas formuladas oportunamente por el juez Petracchi quien, a pesar de algunas dudas y reticencias, se termina pronunciando por la constitucionalidad de la normativa. Recuérdese que por entonces la Corte Suprema estaba integrada por un total de cinco jueces.

¹⁸ Camino elegido abiertamente por el Juez Petracchi –lo que es lógico, puesto que él mismo había votado antes por la constitucionalidad de las mismas normas: no le quedaba otra alternativa para intentar explicar el cambio de posición-, también por la Jueza Argibay (si bien intenta salvar el art. 18 de la C.N., en punto a las cuestiones relacionadas con la prescripción, mediante el recurso de considerar a dicho instituto como excluido de la garantía de la irretroactividad de la ley penal), y por el ex Juez Boggiano-.

¹⁹ Línea argumental elegida por el resto de los magistrados que concurrieron en la resolución del asunto (Jueza Highton de Nolasco y Jueces Zaffaroni y Lorenzetti –aunque éstos, como veremos, presentan ambigüedades que permitirían considerarlos también en la línea “retroactiva”-), aunque debe reconocerse que los votos presentan importantes matices que impiden su asimilación total en lo que a este punto respecta.

Claro, la elección de dicha vía presentaba un problema no menor: como la totalidad de las normas constitucionales en juego ya se encontraban vigentes al momento de sentenciarse la causa “Camps”, recurrir a las mismas y sólo a ellas,²⁰ implicaría un apartamiento claramente infundado del precedente (ya que se trataba de argumentos que habían sido considerados en aquella oportunidad, y desestimados por la mayoría del Tribunal) que no sólo envolvería a la decisión de una dosis de arbitrariedad a la vez intensa y aparente para la sociedad,²¹ sino que también socavaría la autoridad institucional de la propia Corte²² y desautorizaría en forma indecorosa a los magistrados que votaron en aquellas causas y que todavía integraban el Alto Tribunal al emitirse el fallo “Simón”.²³

²⁰ De hecho, los distintos votos (inclusive el del Juez Petracchi, con las lógicas salvedades; ver considerando 13 de su voto concurrente) recurren a tales argumentos, aunque les reservan un lugar secundario en la argumentación (ver considerandos 25, 26 y 28 del voto del Juez Maqueda; considerando 19 del voto de la Jueza Highton de Nolasco; considerandos 23 y 24 del voto del Juez Zaffaroni; considerandos 23 y 24 del voto del Juez Lorenzetti; y –en cierto sentido especial-, considerando 16 del voto de la Jueza Argibay). Lo propio se hace en los dictámenes de la Procuración General de la Nación (ver puntos III.2, V y VII del dictamen del Procurador General Becerra -primer dictamen-, puntos IV, VII, VIII del dictamen del Procurador General Righi –segundo dictamen-). No utilizan argumentos de derecho constitucional “sustancial” el voto del ex Juez Boggiano, ni el del Juez Zaffaroni.

²¹ Dado que la gran mayoría de los destinatarios de las “decisiones constitucionales” de la Corte Suprema no son versados en derecho, y menos aún en derecho constitucional, el sólo hecho de esgrimir un discurso nuevo (en el sentido de diferente, bien que no necesariamente en un sentido de inexistencia anterior) y superficialmente atractivo (como indudablemente resulta la invocación de tratados internacionales sobre derechos humanos) sería suficiente para aventar en gran medida la imagen de arbitrariedad referida en el texto. Cualquier persona, no importa su formación o dedicación profesional, puede entender claramente que “sí, porque sí” o “no, porque no” resultan asertos teñidos de arbitrariedad. Sostener que “ahora se decide así”, simplemente porque cambiaron los hombres y mujeres que integran la Corte Suprema, es fácilmente perceptible como arbitrario. No ocurre lo mismo, sin embargo, si la misma decisión se apoya en razones diferentes a las esgrimidas antes –ello, con independencia de la validez jurídica de dichas razones a los ojos de un lector versado en los temas en cuestión-.

²² Siendo el Poder Judicial un ámbito de decisión en el que deben primar las razones de “principio” y no las invocaciones de mera conveniencia, gusto u opinión, una parte fundamental de su autoridad institucional reposa en la percepción pública de que, efectivamente, las decisiones se toman por razones de principios, y de que estos principios tienden a ser perdurables y a no ser cambiados por meras divergencias en la opiniones de los nuevos integrantes del Tribunal. Alterar lo decidido en temas fundamentales, de alta repercusión pública –como el decidido en la causa “Simón”- sin dar nuevas razones, implica –sin más- una muestra de poder desnudo (“decido así porque me parece”, y “no me importa lo que se decidió antes, ahora estoy yo en situación de poder, y decido lo que me parece mejor”) que socava la autoridad del Alto Tribunal. Desde este punto de vista, creo que los jueces que eligieron utilizar argumentos de derecho internacional, pueden haber intentado “minimizar” los daños causados por el apartamiento del precedente. Claro que, a la luz de lo que diré luego, pienso que no tuvieron éxito en la tarea. Las buenas intenciones no bastan para construir un Estado de Derecho fuerte.

²³ Me refiero al ex Juez Belluscio, y a los Jueces Petracchi y Fayt. Claro que argumentar, como hicieron varios jueces de la pluralidad, que a la época de los hechos enjuiciados –y, obviamente, a la de la sanción de las leyes en cuestión y posterior test constitucional en la causa “Camps”- existían normas imperativas de derecho internacional que imposibilitaban al Congreso el dictado de las leyes 23.492 y 23.521 no deja mejor parados a sus colegas que votaron por su constitucionalidad en los numerosos casos en que la Corte se pronunció de tal forma. Pero parece haber sido un “mal menor” inevitable, en la opción entre admitir abiertamente la aplicación retroactiva del derecho internacional –en violación al art. 18 C.N.- e intentar una forzada argumentación que salvara el factor temporal en juego.

Quedaba entonces expedita la utilización de los argumentos “internacionalistas”,²⁴ en la doble vertiente ya anticipada: retroactiva y supuestamente irretroactiva.

A pesar de los denodados esfuerzos de varios de los ministros que conformaron la pluralidad por persuadir a los lectores de lo contrario,²⁵ la sentencia dictada en la causa “Simón” implica, lisa y llanamente, la aplicación retroactiva de normas de derecho penal internacional.²⁶ Lo que está en el centro de la cuestión es, sin dudas, la vigencia –hoy severamente restringida- del art. 18 de la Constitución Nacional y, consecuentemente, el rol que la propia Constitución ocupa en el ordenamiento jurídico vis-a-vis los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

b. Algunos argumentos en particular:

i. De derecho constitucional “interno”: el argumento del artículo 29 de la Constitución Nacional.

Si bien no estoy particularmente interesado en profundizar el desarrollo de los argumentos constitucionales de “derecho interno” esgrimidos en el fallo,²⁷ sí creo necesario prestar algo de atención a un argumento que ha sido utilizado con relativa

²⁴ No debe descartarse en esto cierta dosis de influencia, digamos, “cultural” del derecho internacional – sobre todo, de los tratados referidos a derechos humanos-, a la que ninguno de nosotros es ajeno. Parece ser que hoy prácticamente todas las cuestiones deben resolverse con invocaciones de normas de derecho internacional. Dudo que una decisión de la Corte en igual sentido a la que se adoptó, pero que no hubiera recurrido profusamente al derecho internacional de los derechos humanos, hubiera sido igualmente bien recibida por los sectores que apoyaron el fallo.

²⁵ Salvo, por cierto, el voto del juez Petracchi.

²⁶ No creo que, por ejemplo, las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre las que la Corte Interamericana fundó la decisión del caso “Barrios Altos” puedan ser consideradas, aisladamente, como “normas de derecho penal internacional”. Sin embargo, sí lo son en su aplicación al caso concreto, en tanto de sus prescripciones depende la punibilidad de los hechos enjuiciados. En consecuencia, a los fines de la tutela prevista en el art. 18 de la C.N., operan como leyes penales internacionales en el caso concreto. Ver considerando 42 de la disidencia del Juez Fayt.

²⁷ Aunque sí estimo conveniente destacar, aunque más no sea de pasada, algún error notorio en la fundamentación de los mismos, como aquel en el que –en mi modesta opinión- incurre la Jueza Highton de Nolasco en el considerando 16 de su voto concurrente. Allí señala, seguramente inducida por el tenor literal de la norma, que la ley 23.521 “establecía entonces una presunción iure et de iure *de impunidad*” (el destacado es propio). Es claro que, más allá de la incorrecta técnica legislativa del art. 2 de la ley citada, la presunción iure et de iure que se establecía era respecto al *hecho* de haber actuado en virtud de obediencia debida, pero no respecto a la *consecuencia jurídica* que de allí se seguía; esto es, la no punibilidad. Los hechos pueden presumirse, admitiendo o no prueba en contrario la presunción. Pero no puede decirse lo mismo de las consecuencias jurídicas, las cuales son *prescriptas* por la norma, mas no *presumidas* por ella. La impunidad era, en todo caso, la consecuencia o el resultado de una operación de valoración jurídico-política (quizás equivocada o inclusive inconstitucional, pero ése no es el punto) efectuada por los legisladores: se presumía sin admitir prueba en contrario que determinados sujetos habían actuado en virtud de obediencia debida y, consecuentemente, se establecía la no punibilidad de los mismos. Por ello, parece claro que la impunidad se encontraba al final del razonamiento, y no al principio, como puede inducirnos a creer equivocadamente el aserto comentado.

frecuencia en el debate sobre la constitucionalidad (o inconstitucionalidad) de ambas leyes: el que se apoya en la terminante prohibición que contiene el artículo 29 de la Constitución respecto a la concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público.²⁸ El argumento presenta un carácter claramente “efectista”, como intentaré demostrar. No es eso, sin embargo, lo que explica la decisión de dedicarle algunas líneas, a la vez que prescindo de profundizar en otros argumentos de similar clase, como ya dije. Es la peligrosidad que encierra este tipo de desarrollos argumentativos lo que me motiva en este caso para intentar “desenmascarar” lo endeble de su estructura. Veamos.

Los dos dictámenes emitidos por la Procuración General de la Nación en la causa realizan un importante, aunque a mi ver poco convincente, esfuerzo argumental en la línea antes señalada. La idea puede resumirse, básicamente, de la siguiente manera: el artículo 29, “correctamente interpretado”, establece un límite infranqueable a la posibilidad de amnistiar no sólo a quienes hubieran otorgado, firmado o consentido los poderes referidos por la norma en cuestión, sino también a quienes hubieran cometido delitos en ejercicio de la suma del poder público. A su vez, y dado que rara vez tal tipo de ilícitos es cometido “de mano propia” por quienes detentan la máxima autoridad, quedan comprendidos en la interpretación propuesta quienes, con la aquiescencia del poder público, cometieren delitos “en el marco de ese ejercicio ilimitado” del poder público. Ello sería así por cuanto “en última instancia lo que el constituyente ha querido desterrar, no es el ejercicio de facultades extraordinarias o de la suma del poder público en sí mismo, sino el avasallamiento de libertades civiles y las violaciones a los derechos fundamentales que suelen ser la consecuencia del ejercicio ilimitado del poder estatal”.²⁹ De tal manera, sería materialmente equivalente amnistiar la concesión de dichos poderes que amnistiar los delitos cometidos en dicho marco institucional que produjeran precisamente los efectos que el constituyente habría querido evitar,³⁰ y “sería un contrasentido afirmar que no podrían amnistiarse la concesión y el ejercicio de dicho poder, pero que sí podrían serlo los delitos por los que la vida, el honor y las fortunas de los argentinos fueron puestos a merced de quienes

²⁸ Los fallos dictados por las instancias anteriores intervinientes hacen expresa referencia a dicho argumento, y remiten a distintos artículos de doctrina en los cuales se ensaya similar argumentación.

²⁹ Punto VII del primer dictamen, firmado por el entonces Procurador General Nicolás E. Becerra.

³⁰ *Ibidem*.

detentaron la suma del poder público”.³¹ Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual la concesión de facultades extraordinarias no es amnistiable en tanto la amnistía implicaría la derogación por vía elíptica de la prohibición constitucional, debería concluirse que no son susceptibles de amnistía los hechos enjuiciados en la causa.

El argumento no convence.³² En primer lugar, el razonamiento no puede desarrollarse sin interpretaciones forzadas sobre el objeto de protección del artículo 29, tal como señala el Juez Fayt en su disidencia. Resulta claro que la norma en cuestión se refiere exclusivamente a quienes concedieren los poderes “tiránicos”, y no a quienes los ejercieren, o cometieren delitos en el marco institucional caracterizado por el ejercicio de tales poderes. De no haber sido así, ningún sentido tendría haber incorporado a la Constitución un texto como el del art. 36, específicamente referido a tales tipos de actos.³³ A lo que cabe agregar que el Ministerio Público realiza en sus dos dictámenes una asunción equivocada: que la “ley de obediencia debida” implica “perdonar los hechos” que el artículo condena enfáticamente. Ello es erróneo. En todo caso, dicha norma implica, simplemente, “no punir” a ciertos autores materiales de los delitos

³¹ Punto VII.2 del segundo dictamen, suscripto por el actual Procurador General Esteban Righi. Resulta cuando menos llamativo que el funcionario muestre una preocupación de tal intensidad por extender los efectos del artículo 29 a casos no previstos, cuando apenas 8 meses antes había aconsejado a la Corte convalidar el art. 2 del dec. 214/02 en la conocida causa “Bustos”, ya citada. No es este el lugar para profundizar lo que resuelto en tal oportunidad y los términos del debate constitucional sobre la llamada “pesificación”, pero basta recordar que el decreto en cuestión había sido dictado en el marco temático y temporal de una delegación legislativa vigente (ley 25.561) y en claro exceso de la misma. A su vez, y si se lo considera como decreto de necesidad y urgencia, es evidente que no se encontraban reunidos los requisitos constitucionales de viabilidad de tales instrumentos (tal como destacara correctamente la Corte en Fallos 326:417). A mi modo de ver, en el caso de la “pesificación” podría haberse sostenido razonablemente que la fortuna, y en algunos casos la vida, de los argentinos estuvieron a merced del ex presidente Duhalde y su equipo técnico. Eventualmente, los legisladores que ratificaron tal disposición habrían incurrido asimismo en la causal prevista en el art. 29 C.N. A su vez, el dec. 12 del dec. 214/02 intentó suspender la tramitación de juicios contra la normativa mencionada. Está claro que no solamente se asumieron en forma espuria funciones legislativas, sino que se intentó por medios diversos bloquear el ejercicio de la función judicial (dec. 320/02, ley 25.587, dec. 1316/02). Sin embargo, lejos de tal línea argumentativa, el actual Procurador General se mostró flexible y condescendiente con quienes realizaron actos (rayanos en la estafa, a tenor de lo expresamente dispuesto por la ley 25.466, tal como lo destacara el Juez Zaffaroni en su voto concurrente en la causa citada) que pusieron en manos de unos pocos las “fortunas” de muchos.

³² Como destaca con filoso lenguaje el voto del Juez Fayt, lo que parece un simple silogismo resulta ser un razonamiento sofista. Ver considerando 87 de la disidencia del Juez Fayt.

³³ Considerando 89, disidencia del Juez Fayt. En el mismo considerando (y en el siguiente) se demuestra con fuerza lógica impecable que, aún consintiendo por vía de hipótesis que el art. 29 C.N. se refiriese no sólo a quienes otorgaren las facultades extraordinarias en cuestión sino también a quienes las ejercieren, resulta forzado y totalmente inadecuado asimilar los imputados en la causa a los sujetos referidos en la norma constitucional mentada. A lo que cabe agregar que, como de acuerdo a conocida jurisprudencia de la Corte, ni la inconsecuencia ni la imprevisión del legislador pueden presumirse (cfr. Fallos 312:1283 – disidencia de los jueces Fayt y Bacqué-; 316:2624; 322:2701; 325:2386; 327:3984, 5496; entre muchos otros), no cabe presumir que el art. 29 intenta referirse a actos o sujetos distintos a los allí mencionados.

aberrantes en cuestión, pero no perdonar los hechos mismos.³⁴ Prueba de ello es que numerosos militares de alto rango fueron condenados en virtud de tales hechos.³⁵ Dicha asunción errónea es fundamental para sostener toda la argumentación, ya que la misma se asienta en que ese pretendido “perdón total” torna ineficaz la prohibición contenida en el art. 29 y por ello se vuelve inconstitucional. Pero ninguna ineficacia se sigue de “no punir” a algunos autores, si los hechos mismos no son objeto de amnistía, y los responsables superiores –que son, por otra parte, quienes detentaron la suma del poder público- son efectivamente enjuiciados.

Yendo aún más lejos en la argumentación, podría imaginarse un caso en que, como efecto del ejercicio de la suma del poder público, se cometieran delitos comunes - digamos, hurtos callejeros, e inclusive quizás algunos robos-, realizados con un cierto grado de generalidad, y ordenados o consentidos por quienes detentaran, en la hipótesis, los poderes absolutos. ¿Serían tales delitos comunes inamnistiables por el solo hecho de resultar realizados en el marco institucional mencionado y por orden –o con la aquiescencia- de los dictadores? Si, como resulta intuitivo, la respuesta es “no”, entonces quiere decir que el art. 29 de la C.N., por sí solo, no transforma en inamnistiables otros hechos que los específicamente referidos en su texto. Parece ser que la norma constitucional invocada es insuficiente para derivar las consecuencias jurídicas deseadas por el Ministerio Público. Si lo que transforma los delitos en cuestión en no susceptibles de “impunidad” alguna, es su gravedad, su indudable carácter aberrante, o su calificación como “de lesa humanidad”, entonces la respuesta no se halla en el art. 29 de la C.N. Puede encontrarse quizás en otra norma, o en otros argumentos o razones, pero no en éste.

Admito que el ejemplo anterior es un tanto “rebuscado”. Permítaseme formular otro, esta vez referido al art. 17 de la C.N. y la relación de la facultad de amnistiar con la eficacia o ineficacia de aquella norma. El texto constitucional mentado contiene la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, a través de diversas formulaciones. Una de ellas es el enunciado genérico de que “la propiedad es inviolable”. Otras dos son la prohibición de la confiscación “para siempre”, y los requisitos de declaración legal de utilidad pública e indemnización previa para la expropiación. Supongamos por un momento que, nuevamente en un marco institucional de concentración casi total del poder, el Estado se apropia de bienes pertenecientes a ciudadanos particulares, sin pago

³⁴ Como destaca el considerando 92 de la disidencia del Juez Fayt.

³⁵ Considerandos 31 y 32 de la disidencia del Juez Fayt.

de indemnización de ningún tipo. En definitiva, confisca bienes. Supongamos también que dicha confiscación afecta a un número importante de ciudadanos, despojándolos de lo necesario para vivir con dignidad, tal como lo requieren numerosas cláusulas constitucionales y con jerarquía constitucional.³⁶ Una vez restablecido el orden democrático constitucional, el Estado decide reintegrar inmediatamente los bienes a sus legítimos propietarios e indemnizar todos los daños sufridos como consecuencia de los actos de confiscación. Finalmente, se dicta una ley que establece la “amnistía” de quienes llevaron a cabo los actos concretos de desapoderamiento de bienes.³⁷ ¿Sería dicha amnistía inválida a la luz del art. 29 de la C.N., en razón de constituir la concreción material de órdenes que implicaron el ejercicio de la suma del poder público? ¿Podría considerarse que la garantía constitucional de la propiedad del art. 17 de la C.N. se vuelve “letra muerta” en razón de la amnistía? Me parece que la respuesta clara es “no”.

Por eso, el argumento basado en lo que sería una supuesta interpretación correcta del art. 29 de la C.N. me parece simplemente efectista, y claramente insuficiente para fundar la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión.

Pero allí no acaba la cuestión. El argumento es, además, peligroso desde el punto de vista jurídico-político. Nos enfrenta, una vez más y como muchos otros argumentos esgrimidos en el fallo, con la posibilidad concreta de que lo que, aparentemente, no son más que las buenas intenciones de que los actos realizados en ejercicio de la suma del poder público sean reprimidos hasta sus últimas consecuencias, se transforme luego en parte de un arsenal argumentativo aplicable a supuestos que ni siquiera podemos imaginar actualmente. No soy tremendista. Simplemente, no subestimo la formidable capacidad creadora de la que gozamos los argentinos para ir expandiendo los efectos de doctrinas que aparecen como necesarias desde los casos pretendidamente excepcionalísimos en los que fueron originalmente admitidas o creadas, hasta un universo indeterminadamente amplio de supuestos que nada tienen que ver con aquellos que les dieran origen. En el camino, solemos dejar un buen tendal de heridas institucionales y “daños colaterales” en la forma de particulares perjudicados por la

³⁶ A modo de ejemplo, arts. 14 bis y 33 C.N.; art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 17, 22, 23.2 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 7.a.ii y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 5.d.v de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

³⁷ A los fines estrictos del ejemplo, la “amnistía” podría inclusive beneficiar a quienes, desde la cúpula del poder, dieron las órdenes pertinentes. En rigor, la inconstitucionalidad de tal tipo de amnistía podría argumentarse sobre la base del art. 36, pero no del art. 29 de la C.N.

inflación de tales doctrinas. El riesgo es aún mayor si la eventualidad de tal dinámica del discurso legal vernáculo se presenta en el campo del derecho penal. Ni qué decir si, como ocurre en el caso, los delitos en cuestión se encuentran vinculados al ámbito político. Este grave riesgo es advertido explícitamente en los votos de los jueces Zaffaroni³⁸ y Lorenzetti,³⁹ e implícitamente por el resto de los ministros, que –afortunadamente– no siguieron el camino propuesto por las instancias de grado y los dictámenes del Ministerio Público.

ii. De derecho internacional: pretendida irretroactividad y aplicación retroactiva. La retroactividad de la interpretación jurisprudencial.

Pasaré ahora a tratar las líneas argumentativas utilizadas por los ministros de la Corte que se apoyaron en normas de derecho internacional. Como anticipara más arriba, existían dos grandes caminos posibles a seguir, en orden a declarar la invalidez de las leyes “de impunidad” con base en argumentos “internacionalistas”. Uno era intentar demostrar que la prohibición total de dictar normas que permitieran que algunos sujetos imputados por delitos de lesa humanidad evadieran la prosecución penal era, al momento del dictado de las leyes, una norma de derecho internacional imperativo, esto es, *ius cogens*.⁴⁰ Varios votos siguen, al menos parcialmente, este camino.⁴¹ Me parece

³⁸ El Juez Zaffaroni señala expresamente que “...Independientemente de que el art. 29 constitucional responde a una coyuntura histórica particular y casi referida a una persona, las consecuencias de admitir su integración analógica serían muy peligrosas, pues una mayoría parlamentaria coyuntural podría imponer la responsabilidad y la pena correspondientes a los infames traidores a la Patria a cualquier opositor. Ante esta perspectiva, claramente no querida por la Constitución Nacional, conviene seguir sosteniendo la prohibición de analogía respecto de este texto. Por otra parte, el art. 29 constitucional es un caso de delito constitucionalizado y, si bien no es un tipo penal, está íntimamente vinculado al tipo que el legislador ordinario construye en función del mandato constitucional y, por ende, su integración analógica *siempre es* violatoria del art. 18 de la misma Constitución y de las disposiciones concernientes a la legalidad de los tratados incorporados a la Constitución...” (considerando 24 del voto concurrente del Juez Zaffaroni. El destacado es propio. Confrontar con lo expuesto en el considerando 28 del voto del Juez Lorenzetti, transcripto –en lo pertinente– en la nota siguiente)

³⁹ El Juez Lorenzetti, en forma más sucinta, llega a una conclusión similar, mas no idéntica: “...de la letra de este artículo surge claramente que esas leyes configuran una hipótesis no contemplada en su texto. Por ende, no se trataría de una interpretación extensiva del art. 29, sino de una integración analógica de ese texto, la cual *puede ser* violatoria del art. 18 de la misma Constitución y de las disposiciones concernientes a la legalidad de los tratados incorporados a la Constitución” (considerando 28 del voto concurrente del Juez Lorenzetti. El destacado es propio). Adviértase que, a diferencia de Zaffaroni, Lorenzetti se limita a decir que la integración analógica del art. 29 de la C.N. *puede* resultar violatoria del art. 18 de la C.N., pero no que ello sea siempre así. Resulta interesante especular sobre qué supuestos puede haber discurrido el pensamiento del Juez Lorenzetti para concluir que en ocasiones puede resultar constitucionalmente admisible la integración analógica. ¿Tal vez será en el caso de quienes efectivamente detentaron, en los términos referidos en los considerandos 89 y 90 de la disidencia del Juez Fayt, el poder absoluto?

⁴⁰ Por cierto que aunque fuera exitoso el intento, no acaban allí los problemas de esta línea argumentativa: como señala con claridad el Juez Fayt, la costumbre internacional, en tanto fuente de características difusas, resulta inválida como fuente de derecho penal (no cumple con los requisitos de ser *lex certa* –

que ninguno de los intentos en tal sentido es exitoso. No voy a dedicarme a este argumento, cuya inexactitud ha sido demostrada acabadamente, en mi opinión, en un interesante trabajo de Alfonso Santiago (h).⁴² Como un pequeño brazo de esta vertiente, puede pensarse el argumento de aparente irretroactividad que se apoya en la vigencia –a la época de sanción de las leyes- de normas internacionales convencionales que a posteriori adquirieron jerarquía supra legal primero –por vía interpretativa- y luego jerarquía constitucional –vía reforma-. El otro camino factible era admitir la aplicación retroactiva del derecho internacional convencional actualmente vigente para el país. Fue el camino elegido abiertamente por el Juez Petracchi y, un poco menos explícitamente, por algunos otros ministros. Se trata de un camino que, sin dudas, tendrá sus costos, y sobre el que vale la pena reflexionar con algún detenimiento.⁴³

La idea central dentro de los argumentos retroactivos es que se habría producido en el ordenamiento constitucional argentino una mutación fundamental, un verdadero cambio de paradigma en la interpretación constitucional, que ya no autorizaría al Estado a establecer regímenes de “castigo limitado” para los crímenes de lesa humanidad, no importa cuáles fueran los bienes jurídicos cuya tutela se persigue mediante dichos

exhaustiva y no general-, stricta –no analógica- y fundamentalmente, scripta –característica cuya falta acentúa decisivamente el carácter difuso ya mencionado). Ver considerando 63 de la disidencia del Juez Fayt. Claro que a esta objeción podría intentar responderse con una construcción que dejara fuera de tales garantías penales a todas aquellas características que, no obstante influir en la punibilidad de un hecho, no hacen estrictamente a la descripción de la conducta delictiva. Una estrategia tal es adoptada, más claramente, en el voto de la Jueza Argibay (ver considerando 16 de su voto concurrente), y de forma un poco más confusa, en los votos de los Jueces Lorenzetti (ver considerando 30) y Zaffaroni (ver considerando 26 de su voto concurrente), y contestada en el considerando 42 de la disidencia del Juez Fayt.

⁴¹ Ver considerandos 28, 40, 42 y 43 del voto del ex Juez Boggiano; considerandos 45, 52, 53, 57, 62, 83, 88 y 89 del voto del Juez Maqueda (aunque este voto merece varias matizaciones en relación a cuál es la estrategia seguida por el ministro, que serán efectuadas más adelante); considerandos 12 y 14 del voto del Juez Zaffaroni (aunque, en punto a la inamovibilidad, el citado ministro se encuentra más cerca de la postura de la viabilidad de “interpretación jurisprudencial retroactiva”, mientras que en lo referido a la imprescriptibilidad se enrola directamente en la idea de un *ius cogens* preexistente); considerandos 18, 31 y 32 del voto de la Jueza Highton de Nolasco; considerando 32 del voto del Juez Lorenzetti. También los dictámenes de la Procuración General intentan argumentar en dicho sentido (ver puntos IX.B.1 y IX.B.2 del primer dictamen y puntos VIII.2, VIII.3 y VIII.4, X y XI del segundo dictamen)

⁴² El autor intenta demostrar que en 1987 no existía una costumbre jurídica internacional que reuniese los dos requisitos requeridos para su obligatoriedad: su observancia extendida (en tiempo y generalidad), como práctica persistente de la comunidad internacional, y la conciencia de su obligatoriedad. Brinda interesantes ejemplos de cómo, a pesar de las invocaciones contrarias de la Corte Suprema, a esa fecha no aparecen reunidos ambos requisitos. Ver SANTIAGO, Alfonso (h), “La dimensión temporal del derecho y el conciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema argentina en el caso ‘Simón’”, E.D. 14/11/2005, p. 1 y ss. Aquel que invoca una norma consuetudinaria de derecho internacional, debe probar su existencia como tal. Esta carga probatoria se veía agravada cuando se alegue el carácter de *ius cogens* de la norma en cuestión. Ver BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 3rd edition, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 4/10 y 514.

⁴³ Volveré sobre otros matices de este tema más abajo.

regímenes.⁴⁴ Este “giro copernicano”, que habría ocurrido a partir de la incorporación en 1994 del art. 75 inc. 22 a nuestro plexo constitucional, impondría al Estado Argentino el deber inexorable de remover todo obstáculo, de cualquier naturaleza que fuere, que existiere para el juzgamiento de los delitos en cuestión bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Como consecuencia del giro mencionado, las reglas constitucionales referidas a la cosa juzgada y a la irretroactividad, como así también el principio de legalidad, habrían sufrido fuertes pero legítimas restricciones. En consecuencia, resultarían inválidas las leyes 23.492 y 23.521 –como así también cualquier acto que apoyado en ellas obste al juzgamiento de los delitos en ellas referidos- y válida la ley 25.779.

Pero, ¿tiene fundamentos serios esta postura? ¿Es una línea de argumentación plausible? ¿Es, en definitiva, cierto que ha ocurrido un “momento constitucional” –en términos ackermanianos-⁴⁵ en nuestro país y que, aún más, dicha mutación supuestamente legítima de nuestro derecho constitucional exige la aplicación retroactiva de las normas en juego? ¿O se trata, en cambio, de una mera expresión de buenas pero peligrosas intenciones, nueva manifestación de una actitud “finalista”⁴⁶ que nos caracteriza socialmente?⁴⁷ Permítaseme ir despejando, aunque sea tentativamente, estos interrogantes a través del desarrollo del resto del artículo. Por lo pronto, me parece pertinente señalar algunos problemas que presenta este tipo de argumentos.

En primer lugar, implica una postura de fondo que, lejos de ser “pro homine”, contraría lo dispuesto por el artículo 29.b de la Convención Americana de Derechos Humanos (en tanto implica desconocer el derecho que tenían los imputados a la luz del

⁴⁴ Considerandos 14, 15, 16 y 30 del voto del Juez Petracchi.

⁴⁵ ACKERMAN, Bruce, *We The People: Transformations*, Belknap/Harvard, Cambridge/London, 1998, p. 4/6. Para una introducción breve, pero jugosa, al “dualismo constitucional” de Ackerman, ver ALONSO, Gabriela, “Introducción a la edición en castellano”, en ACKERMAN, Bruce, *La política del diálogo liberal*, trad. de Gabriela Alonso, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 9/45.

⁴⁶ La actitud “finalista” constituye un tipo de actitud normativamente “desleal” caracterizado por la idea de que los fines sociales se logran con sólo quererlos, independientemente de las prescripciones normativas respecto a qué medios son admisibles para alcanzar aquellos fines. Ver NINO, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, 3ra edición, Ariel, Buenos Aires, 2005, p. 45. Como puede advertirse, hay algo –bastante, quizás- de las ideas de Maquiavelo en el trasfondo de este tipo de actitudes.

⁴⁷ “...nuestra práctica jurídica, en general, y la práctica constitucional, en especial, han desbordado permanentemente los marcos normativos generados por esa misma práctica”, NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, 2da reimpression, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 152 y, en general, p. 110/157. Para una descripción pormenorizada, aunque desde una óptica ligeramente diferente, del mismo problema en la sociedad argentina puede compulsarse con gran utilidad, del mismo autor, *Un país...*, op. cit., p. passim.

art. 18 de la C.N.) y, como destaca Sabelli al comentar el caso “Arancibia Clavel”,⁴⁸ constituye una curiosa aplicación la doctrina de la “evitación de la responsabilidad internacional del Estado”, originada en la causa “Ekmekdján”:⁴⁹ se recurre a la invocación de normas internacionales de derechos humanos no para ampliar los derechos individuales en cuestión,⁵⁰ sino para extender las potestades punitivas del Estado y así evitar que éste incurra en un “injusto internacional”.⁵¹

En segundo lugar, aún concediendo por hipótesis que el cambio constitucional en cuestión haya efectivamente ocurrido,⁵² la postura comentada asume algo que debería probar convincentemente: que esa nueva forma de “leer” la Constitución Nacional, desde la óptica de los tratados internacionales “constitucionalizados”, exige la aplicación retroactiva de las pautas sobre imprescriptibilidad e inamnistabilidad. Existen elementos normativos que, cuando menos, siembran dudas respecto a la viabilidad de arribar a tal conclusión. Entre ellos, los arts. 9 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la reserva argentina al art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 7 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Enrolados en esta línea de argumentos podemos encontrar, como ya dije, a varios jueces. Algunos en forma directa y explícita, y otros con algunos vaivenes y ambigüedades.

El Juez Petracchi abrazó abiertamente esta postura. Así, sostuvo “que desde ese momento [la sentencia registrada en Fallos 310:1162] hasta el presente, el derecho

⁴⁸ Caso que, en lo que a este punto respecta –como en otros-, guarda similitud con el comentado en este artículo. Ver SABELLI, Héctor, op. cit., p. 15/16.

⁴⁹ Fallos 315:1492.

⁵⁰ Que eran, sin dudas, los de los procesados. Sobrevuela a los fundamentos de la sentencia (en los votos de la pluralidad) la idea de que también estaba en juego (y era preeminente) un supuesto derecho de los familiares de las víctimas a la punición efectiva de todos los sujetos eventualmente responsables por los gravísimos delitos en cuestión. Ver, por ejemplo, considerando 63 del voto del Juez Maqueda.

⁵¹ Ver, a modo de ejemplo, considerando 26 del voto concurrente del Juez Zaffaroni; considerando 18 del voto concurrente de la Jueza Highton de Nolasco; considerandos 20, 21, 32 y 72 del voto concurrente del Juez Maqueda; e, implícitamente, considerando 38 del voto concurrente del ex Juez Boggiano (cuando señala que “es misión de esta Corte velar por el cumplimiento del ius cogens”), considerandos 19 y 25 del voto del Juez Petracchi, considerandos 14 y 17 del voto concurrente de la Jueza Argibay y considerando 27 del voto concurrente del Juez Lorenzetti. Creo que puede sostenerse que, en este punto, existe una suerte de “mayoría” en el fallo (considerando a quienes sólo implícitamente recurrieron a la idea) y por ello parece que la Corte Suprema ha viabilizado la aplicación *in malam parte* de la doctrina de la “evitación de la responsabilidad internacional del Estado”. Más allá del argumento “formal” respecto a la existencia o inexistencia de una mayoría en sentido técnico en este punto, lo cierto es que *de hecho* la Corte admitió, al menos en este caso –y en “Arancibia Clavel”- la forma descripta de aplicar la doctrina en cuestión.

⁵² Hace falta asumir, a la vez, que el mecanismo de cambio constitucional “informal” es legítimo y debe ser respetado.

argentino ha sufrido *modificaciones fundamentales* que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la *progresiva evolución* del derecho internacional de los derechos humanos...*ya no autoriza* al Estado a tomar decisiones...cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad”.⁵³ Dichas modificaciones fundamentales habrían acaecido, según su parecer, “a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994...en una *evolución claramente limitativa* de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sublite”.⁵⁴ Por ello, “quienes resultaron beneficiarios de tales leyes *no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada*”.⁵⁵

Por su parte, el ex Juez Boggiano siguió una postura más ambivalente, pero no por ello menos dañina del Estado Constitucional de Derecho. Así, mientras en algunos pasajes de su voto intenta “salvar” normas fundamentales de la Constitución que se encontraban en juego (por ejemplo, los arts. 18⁵⁶ y 27⁵⁷), en otros directamente abre la puerta a la “retroactividad explícita”. En este orden de ideas, sostuvo que “...de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo, si el principio de imprescriptibilidad...se viera supeditado y, por ende, enervado, por el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional”.⁵⁸ Luego refiere que las reparaciones pecuniarias que pudieran haberse establecido no resultan

⁵³ Considerando 14 de su voto. El destacado es propio.

⁵⁴ Considerando 15 de su voto. El destacado es propio.

⁵⁵ Considerando 31 de su voto. El destacado es propio.

⁵⁶ Considerando 40 de su voto concurrente.

⁵⁷ Considerando 12 de su voto concurrente.

⁵⁸ Considerando 14 de su voto concurrente. Adviértase lo falaz del razonamiento contenido en el párrafo transcrito: como la referencia a los tratados es hecha por la propia Constitución, la aplicación de aquéllos no se vería frustrada o modificada “por interpretaciones basadas en *uno u otro* derecho nacional” (el destacado es propio), sino –en todo caso- por las prescripciones de la misma Constitución. Es ésta la norma fundamental, que dispone la jerarquía constitucional de los tratados y perfectamente puede disponer –y dispone- que los mismos están, en última instancia y ante una situación de colisión, por debajo de ella. De la incorporación de los tratados “con jerarquía constitucional” no se sigue necesariamente –como pretende hacernos creer el ex alto magistrado-, que la Constitución haya resignado su carácter supremo, ni que no pueda enervarse la aplicación de una norma internacional cuando contradiga la Constitución. Eso podrá, en todo caso, argumentarse con otras razones, pero no se sigue lógicamente de la mera “referencia” de la que habla el considerando. Nótese que el mismo argumento ensayado por Boggiano puede ser formulado, con mayor fuerza persuasiva -en mi opinión-, exactamente a la inversa: “de nada serviría que la Constitución Nacional se declarase suprema, ni que estableciera expresamente que los tratados internacionales deben conformarse a los principios de derecho público establecidos en la propia Constitución, ni que la incorporación de los tratados se hiciera con la expresa prescripción de no derogar derecho alguno de los contenidos en la primera parte, si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro tratado internacional. Por ejemplo, si el principio de irretroactividad de la ley penal (art. 18 C.N.) se viera supeditado y, por ende, enervado, por el principio de inamnestiabilidad e imprescriptibilidad retroactivas”.

suficientes para cumplir con las *actuales* exigencias del derecho internacional de los derechos humanos,⁵⁹ y hacia el final de su voto, ya despojado de cualquier “atadura” constitucional y entregado a su inclinación internacionalista, el ex magistrado destaca que “la imperatividad de tales normas [sobre imprescriptibilidad] las torna aplicables *aun retroactivamente* en virtud del principio de actualidad del orden público internacional”.⁶⁰

En el caso de la Jueza Argibay, la argumentación sobre la relación entre “retroactividad” de las normas internacionales y el art. 18 de la Constitución discurre por otros carriles. La magistrada ensaya un interesante razonamiento:⁶¹ sobre la base de delimitar en qué consiste el principio de legalidad, y descomponerlo en sus distintas vertientes, concluye que no ha habido violación del art. 18 C.N., en tanto ha tenido intervención el Congreso, no se ha producido la frustración de la confianza en el derecho,⁶² ni se ha violado el principio de culpabilidad,⁶³ y no puede considerarse que haya habido una manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas.⁶⁴ Sin

⁵⁹ Considerando 25 de su voto concurrente.

⁶⁰ Considerando 45 de su voto concurrente. El destacado es propio.

⁶¹ Considerando 16 de su voto concurrente. La tesis, con ser interesante, no deja de ser harto discutible.

⁶² Ya que nadie puede contar con la prescripción de la acción penal como expectativa garantizada por la Constitución Nacional al momento de cometer un delito, según la interpretación de la magistrada (con remisión a lo resuelto en Fallos 181:288 y 193:487). Considero, en cambio, que todas las condiciones de las que dependa la punibilidad de un hecho delictivo se encuentran comprendidas bajo la protección del art. 18. Ver supra nota 40. No está del todo claro en el voto en qué consiste para la Jueza Argibay la “ley penal anterior al hecho del proceso” de la que habla el art. 18 de la C.N. Parecería que coexisten en su concepción características que podrían denominarse “fijas” o “estables” (como la delimitación del marco de ilicitud o descripción del tipo penal) con otras “variables” (como el principio de “no manipulación”), que dependerán de juicios concretos sobre las decisiones normativas tomadas en un caso particular. Así, habría elementos (como la modificación de los términos de prescripción) que en algunos casos estarían incluidos en el concepto de “ley penal” del art. 18 C.N. mientras que en otros casos no lo estarían, dependiendo de la existencia o inexistencia de “manipulación” del elemento.

⁶³ En la medida en que la prescripción no forma parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal.

⁶⁴ Este aserto es, en mi opinión, el más discutible de todos los esgrimidos por la Jueza Argibay. Si las normas internacionales en cuestión adquirieron carácter obligatorio para el país –en razón de decisiones políticas de sus poderes constitucionales- con posterioridad a los hechos enjuiciados, entonces es cuando menos dudoso que no haya habido “manipulación”, y –en cualquier caso- no puede descartarse la hipótesis en forma simple, como ocurre en el voto comentado (considerando 17). De nada vale argüir que algunas de las convenciones internacionales fueron *aprobadas* por organismos internacionales con anterioridad, si las mismas no eran vinculantes para el Estado argentino, en el momento de los hechos, por no ser parte de tales tratados. Por lo demás, y como detalle respecto a parte de la argumentación esgrimida, me parece que incurre en una falacia de petición de principios: señala la alta magistrada que la eficacia de la reserva argentina al art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4, ley 23.313) se ve “debilitada” por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad (que prevé su aplicación retroactiva), asumiendo algo que –precisamente- debía demostrarse, esto es, que el Congreso de la Nación tenía competencia para “debilitar” dicha reserva. En efecto, como la reserva en cuestión se apoya explícitamente en el art. 18 de la C.N., admitir que la mera aprobación posterior de un tratado “debilita” la reserva implica admitir la modificación (o, directamente, derogación) de normas constitucionales por vía elíptica. Adviértase que ni aún el procedimiento de “constitucionalización” de tratados sobre derechos humanos previsto en la Constitución admite la

perjuicio de ello, insiste –con base en los arts. 26 y 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- en que el Estado argentino no podía excusarse de aplicar retroactivamente una Convención destinada a ser aplicada de tal manera.⁶⁵

A pesar de intentar argumentar en otros pasajes de sus votos sobre la base de argumentos “irretroactivos”, los Jueces Zaffaroni y Lorenzetti muestran ambigüedades que permiten considerarlos como incluidos también dentro de los votos “retroactivos”. En el caso del Juez Zaffaroni, ello se advierte con la introducción del argumento basado en el “hecho nuevo” del principio de jurisdicción universal, que justificaría constitucionalmente la ley 25.779.⁶⁶ Más explícitamente, el Juez Lorenzetti sostiene que “dado el grado de madurez del derecho internacional humanitario obligatorio, *juzgado en la actualidad*, no es posible sostener válidamente [la constitucionalidad de las ‘leyes de impunidad’]”.⁶⁷ A su vez, formula argumentaciones similares a las del Juez Zaffaroni en torno a la existencia del “principio universal” como hecho nuevo.⁶⁸

Dentro de la argumentación “aparentemente irretroactiva” mencionada al principio del acápite, aparece la idea de que, dado que algunos de los tratados internacionales sobre derechos humanos utilizados para fundar la inamnestiabilidad e imprescriptibilidad de los crímenes investigados en la causa se hallaban vigentes a la

modificación de las normas contenidas en la primera parte de su texto (arg. art. 75 inc. 22 –“no derogan artículo alguno...”-, arts. 6 y 7, ley 24.309 y CSJN *in re* “Fayt”, J.A. 1999-IV-613; E.D. 184-984). Por ello, no es posible admitir la afirmación de que la reserva se ha debilitado por una aprobación posterior sin reservas de otro tratado, sin que previamente se demuestre cómo resultaría admisible que el Congreso pudiera “debilitar” la reserva en cuestión. Tampoco se entiende muy bien qué significa el concepto de “debilitamiento de la reserva”, ya que no parece fácil imaginar cómo la misma pueda tener algún sentido, si no es mediante su aplicación. Dado que el razonamiento esgrimido en el voto implica, precisamente, su “no aplicación” en aquellos casos a los que se refiere la reserva, antes que un “debilitamiento” (que, por definición debe implicar algo diferente a la lisa y llana derogación y, en consecuencia, debe existir algún supuesto en que produzca efectos) parece que lo que se habría producido es la “derogación” o “eliminación” de la reserva en cuestión.

⁶⁵ Considerando 17 de su voto concurrente. Adviértase que este considerando (junto con el 14) plantea un grave problema de supremacía constitucional que la alta magistrada parecía haber querido evitar mediante la construcción argumental efectuada en el considerando 16. En efecto, ¿para qué esforzarse en argumentar que no se viola el artículo 18 de la C.N. si en otras partes del voto se aplica directamente el derecho internacional que dispone lo contrario y, aún más, se explicita que era *obligatorio* para el Estado aplicar la legislación retroactiva? Volveré sobre algunos otros matices de este tema más adelante.

⁶⁶ Considerando 32 y siguientes de su voto concurrente. La retroactividad implicada por este argumento es evidente: dado un hecho nuevo, se justifica convalidar la anulación legislativa de las leyes objeto de juzgamiento.

⁶⁷ Considerando 23 de su voto concurrente. Aunque el considerando menciona, concretamente, la aplicación del criterio sentado por la CIDH en el caso “Barrios Altos” y, en este sentido, se ubica dentro los argumentos de “retroactividad en la interpretación jurisprudencial”, pienso que su campo de referencia es más amplio, y pasible de incluir argumentos de “retroactividad” directa de las normas internacionales. Nótese que el ministro dice “para ello es *suficiente* con la remisión ya efectuada a lo resuelto en el caso ‘Barrios Altos’...” (el destacado es propio). Que tal remisión sea suficiente no significa que ella agote todos los posibles factores de evaluación de la “madurez del derecho internacional humanitario”, a los fines de declarar la inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad”.

⁶⁸ Considerando 29 de su voto concurrente.

época de sanción de las “leyes de impunidad”, no habría ninguna violación al principio de irretroactividad contenido en el art. 18 de la C.N. Digo que este tipo de argumentos es sólo “aparentemente” irretroactivo, puesto que su efectividad para fundar una decisión como la alcanzada en “Simón” depende de un segundo elemento, en sí mismo retroactivo: la aplicación de *criterios posteriores* de interpretación jurisprudencial al juzgamiento de la validez de las leyes cuestionadas, haciendo de cuenta que tales criterios son atemporales, y en tanto rigen actualmente, debe asumirse la ficción de que lo decidido en ellos se corresponde con algún tipo de realidad objetiva e inmutable que “siempre ha estado allí”. Las “leyes de impunidad” son inconstitucionales, entonces, por cuanto al momento de su sanción contrariaban el sistema jurídico no cómo era en ese momento, sino *como lo entendemos hoy*.⁶⁹

Este argumento aparece –aunque con matices- en todos los votos de la pluralidad,⁷⁰ y requiere una doble retroactividad: de la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema respecto a la relación jerárquica entre tratados y leyes establecida en “Ekmekdjian”,⁷¹ por un lado; y la de la relativa a la compatibilidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y las leyes “de amnistía” de delitos de lesa humanidad efectuada por la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”,⁷² por otro.

Sintéticamente, el argumento consiste en que de acuerdo con lo dicho en “Ekmekdjian” –con sustento en el art. 27 de la Convención de Viena-, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, y por ende, no pueden ser contradichos por éstas, aún cuando fueren posteriores. A su vez, y cómo según la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2001, el Pacto de San José prohíbe las “amnistías” que se refieran a delitos de lesa humanidad, las leyes 23.492 y 23.521 –siendo posteriores a la aprobación argentina de dicho tratado- no pudieron haber sido válidamente dictadas.⁷³

Como puede advertirse sin dificultad, ninguno de los dos criterios jurisprudenciales regía al momento de sancionarse las leyes, y no fueron formulados

⁶⁹ Es ilustrativa la intencionada mención efectuada por el Juez Fayt respecto a que en oportunidad de sentenciarse la causa “Camps” (Fallos 310:1162), el Juez Petracchi consideró especialmente la compatibilidad de las leyes en cuestión con los compromisos internacionales asumidos, no advirtiendo contradicción o incompatibilidad alguna. Ver considerando 76 de su disidencia.

⁷⁰ Existiendo entonces, a este respecto, una clara mayoría y no una mera pluralidad, como se verá enseguida.

⁷¹ Citada supra nota 49.

⁷² Citado supra nota 14.

⁷³ Un argumento similar puede construirse –y, de hecho, se construye en varios votos- respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este argumento es más problemático que el referido en el texto, debido a la ya comentada reserva efectuada por el país (art. 4, ley 23.313).

sino hasta varios años más tarde. Esto nos enfrenta directamente con el problema de la aplicación retroactiva de interpretaciones jurisprudenciales, en perjuicio del acusado. Se sostiene, expresa⁷⁴ e implícitamente, que tal retroactividad no viola el art. 18 de la Constitución. Pero, ¿es correcta tal afirmación? Creo que, al menos, deberíamos repensarla.

En efecto, si las sentencias judiciales constituyen una norma de derecho particularizada, pero a la vez fijan criterios generalizables que completan las leyes y –en rigor de verdad- nos dicen qué es lo que las leyes dicen, no se advierte fácilmente qué las haría diferente de aquéllas y justificaría la excepción a la clara regla del art. 18 de la C.N. En todo caso, y atento al hecho de que emanan de órganos unipersonales u pluripersonales, pero -en todo caso- mucho menos numerosos que el Congreso, no estructurados en base a criterios de representación, y sin responsabilidad política directa frente a los ciudadanos sujetos a sus criterios, parecería que la garantía es tan necesaria como en el caso de las leyes. Una razón adicional en el mismo sentido es que dado que las sentencias dependen para su dictado del concurso de un número de voluntades significativamente menor que las leyes,⁷⁵ parecería que los criterios expresados en ellas son alterables con más facilidad que los volcados en leyes,⁷⁶ y por ello, se trataría de instrumentos *a priori* más fácilmente utilizables con los criterios de manipulación oportunista, violatorios del principio de legalidad, sobre los que nos previene la Jueza Argibay.⁷⁷

Piénsese en un ejemplo. Si se produce una mutación interpretativa entendida generalizadamente como correcta y justificada, como la ocurrida en los últimos años en materia de delitos sexuales, donde hechos que anteriormente eran considerados como abuso deshonesto pasaron a ser encuadrados directamente bajo la figura de la

⁷⁴ Ver, por ejemplo, punto VI.1 del segundo dictamen de la Procuración General de la Nación.

⁷⁵ Al menos, formalmente. Esto no se ve alterado por el hecho de que, debido a una combinación de férrea disciplina partidaria, fuerte liderazgo personal de algún político y un poder judicial con un grado de independencia aceptable, pudiera eventualmente ocurrir que se necesitaran el consenso de más voluntades reales para el dictado de una sentencia en particular que para la sanción de una ley.

⁷⁶ Por cierto que ello no debería ser necesariamente así. Aún cuando se requiriesen, efectivamente, menos voluntades concurrentes para alterar criterios jurisprudenciales que para modificar normas legales, la alteración de estas últimas puede hacerse sin ningún problema mediante el recurso a razones de oportunidad o conveniencia, mientras que los cambios jurisprudenciales deben –o, al menos, deberían– encontrarse restringidos por cuestiones de principios. El argumento que esgrimo en el texto supone, entonces, una importante dosis de “realismo”, en el sentido de observación de lo que ocurre en la práctica argentina, pero no implica una adhesión normativa a tales situaciones.

⁷⁷ Considerando 16 de su voto concurrente.

violación,⁷⁸ ¿deberían entonces revisarse tales sentencias y agravarse las penas de los condenados, de acuerdo al nuevo criterio interpretativo? Supongamos por un momento que dicho criterio –no mediando reforma legislativa- alcanzara un alto grado de generalización, siendo receptado por las distintas salas de la Cámara Nacional de Casación Penal, por numerosos Tribunales Superiores de Provincias, e inclusive por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aquellos hombres que fueron condenados bajo la figura del abuso deshonesto por haber, por ejemplo, obligado a una mujer a practicarles sexo oral, ¿deberían ver revisadas sus condenas a la luz del nuevo criterio, a fin de adecuar las penas a la escala correspondiente a la violación? Dudo que juristas comprometidos con un derecho penal liberal y de potestades punitivas limitadas, como creo sin dudas que son quienes suscriben los votos de la pluralidad, adhiriesen a una tesis tal.

Por lo demás, existe una cuestión referida a los derechos adquiridos al abrigo de las leyes en cuestión –que, no debe olvidarse, fueron reputadas constitucionales por la Corte Suprema en una línea de precedentes que se extendió por dieciocho años- que no es abordada adecuadamente en el fallo. El Alto Tribunal ha sostenido en incontables ocasiones que “...cuando bajo la vigencia de una norma el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque *la situación jurídica general creada por esa normativa se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior...* ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de *su interpretación*, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que, en ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema”⁷⁹

⁷⁸ Como, por ejemplo, al acto delictivo de forzar a una mujer a practicar sexo oral al delincuente. La cuestión había sido objeto de debate en la doctrina y jurisprudencia penal, sin embargo durante la década del '90 comenzó a afianzarse en nuestros tribunales la postura que considera como violación el hecho referido (por ejemplo, CNCasaciónPenal, Sala III, “Bronsztein, Daniel s/rec. casación”, del 19/11/98). Esta tesitura recibió consagración legislativa a través de las reformas introducidas al Código Penal por la ley 25.087. Cabe destacar que a pesar de la reforma, el debate en el ámbito doctrinario subsiste, aunque –afortunadamente- son cada vez menos quienes abogan por la postura restrictiva imperante años atrás.

⁷⁹ El destacado es propio. Ver, entre muchos otros, Fallos 314:1477; 316:2090; 317:1462; 319:1915; 320:31; 1796 y 2157; 325:28; 326:417. No altera el argumento vertido en el texto el hecho de que la jurisprudencia citada verse sobre derechos patrimoniales, ya que las mismas razones concurren –a veces con mayor fuerza persuasiva aún- con respecto a los derechos extrapatrimoniales.

Me parece entonces que es, cuando menos, cuestionable la aplicación retroactiva de criterios jurisprudenciales en causas penales. Máxime cuando, como en el caso, la nueva interpretación no fluye en forma directa de los textos existentes a la época de la sanción de las leyes impugnadas, sino que requiere de un esfuerzo argumental importante, *apoyado en las particularidades de los hechos de la causa llegada a los estrados internacionales*, para alcanzar las conclusiones que informan el criterio.⁸⁰ Los arts. 1.1, 2, 8 y 25 del Pacto de San José no mencionan en ningún lugar la obligación estatal de reprimir sin excepciones a todos los autores o partícipes de delitos de lesa humanidad, en cualquier caso o circunstancia, que la pluralidad de la Corte Suprema extrae del considerando 41 del fallo de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”.⁸¹

Por otra parte, y como destaca el Juez Fayt,⁸² las conclusiones vertidas por la Corte Interamericana en la tantas veces citada causa peruana no son inmediatamente trasladables al caso de las leyes 23.492 y 23.521 por las numerosas diferencias fácticas y jurídicas existentes entre ambas situaciones.

Leída correctamente la sentencia del tribunal internacional, *la doctrina que emerge del caso no es la aplicada por la Corte Suprema en el caso “Simón”*. Si se analizan los hechos que dieron lugar al pronunciamiento del tribunal interamericano, se observan diferencias fundamentales:⁸³ 1) en el caso peruano, las leyes habían sido dictadas por el mismo gobierno que había efectuado las violaciones de derechos humanos en cuestión; en el caso argentino, el “perdón” fue otorgado por un gobierno posterior constitucional, democráticamente elegido, y habiendo sido la cuestión del enjuiciamiento de las violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen

⁸⁰ Que la interpretación presenta dificultades y que fuera, cuando menos, dudoso que las obligaciones en punitivas en cuestión surgieren del texto de los artículos de la Convención Americana ha sido reconocido por el Juez Petracchi. Así, en el considerando 23 de su voto refiere expresamente que existían “*dudas* con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida [las que] han quedado *esclarecidas a partir de* la decisión de la Corte Interamericana en el caso ‘Barrios Altos’...” (el destacado es propio). Quiere decir que hasta el momento de dicho pronunciamiento, ni siquiera un jurista de la talla del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación podía interpretar con un aceptable nivel de certidumbre que el Pacto de San José impidiera al Congreso dictar las normas cuestionadas.

⁸¹ Citado supra nota 14.

⁸² Recomendando la lectura de los considerandos 75 a 85 de su disidencia.

⁸³ No resulta convincente el intento de trivializar las diferencias entre ambos casos efectuado por el Juez Petracchi en el considerando 24 de su voto. En efecto, el citado ministro argumenta que la incompatibilidad de la normativa peruana con la Convención Americana no deriva del origen de la misma (“autoamnistía”), sino de sus efectos materiales de “impunidad”. Es bien claro, como señala el Juez Fayt (ver nota anterior), que no sólo las diferencias en cuanto al origen de la normativa peruana y la argentina son efectivamente relevantes, sino que las normas en cuestión tampoco son asimilables en cuanto a sus efectos.

militar, objeto de amplio debate público previo y posterior a las elecciones de las que surgiera el gobierno; 2) las leyes peruanas implicaban la absoluta impunidad de los hechos, mientras que las leyes argentinas no impidieron la persecución y condena de los principales responsables; 3) en el caso peruano, la normativa implicó a la vez la imposibilidad del conocimiento de la verdad de los hechos, situación bien distinta a la argentina.

Es notable que la sentencia de la Corte Interamericana se refiere reiteradamente a que la normativa peruana declarada incompatible con la Convención Americana debía calificarse como de “autoamnistía”. Es precisamente esa calificación un factor decisivo en la determinación de la referida incompatibilidad. Por ello, la doctrina de “Barrios Altos” es que son violatorias del Pacto de San José las leyes de autoamnistía, pero no necesariamente las leyes de amnistía que legítimamente pueden otorgar los Estados miembros de la Convención a funcionarios o personas actuantes en un régimen anterior.⁸⁴ El considerando 41 –que es el utilizado por la Corte argentina- no es más que un *obiter dictum*, quizás no del todo afortunado, que no puede sin más fundar el arrasamiento de la garantía contenida en el art. 18 de la Constitución.

iii. El argumento de la ley 25.779: su convalidación y el control de legalidad en la agenda actual de la Corte Suprema.

Otro argumento que aparece en los distintos votos de la pluralidad de la Corte es el de la existencia de la ley 25.779, con su declaración de nulidad insanable respecto a las “leyes de impunidad”. Se trata de un argumento interesante para analizar, más allá de su relevancia en la argumentación del caso, por cuanto puede darnos algunas pistas adicionales respecto al lugar que ocupa actualmente en control de legalidad en la agenda de la Corte Suprema, como así también puede sugerir caminos a explorar, si queremos tratar de reconstruir la teoría constitucional del Alto Tribunal en su actual conformación. Ambas investigaciones son tareas de largo aliento y cierta complejidad, que obviamente no pueden apoyarse en uno o varios casos aislados. Sin embargo, creo que, con la provisoriedad que se desprende del hecho de estar centrados en la sentencia dictada en el caso “Simón”, los argumentos que esbozaré conservan valor.

⁸⁴ SABELLI, Héctor, op. cit., p. 32. Al menos no –agrego yo-, en tanto no impidan la investigación y esclarecimiento de la verdad de los aberrantes hechos sobre los que suelen versar, ni impliquen la impunidad total y absoluta de los mismos.

Vale destacar que si bien cinco integrantes del Alto Tribunal convalidaron la ley 25.779 en forma expresa, no todos esgrimieron las mismas razones para resolver en dicho sentido. Analicemos, aunque más no sea brevemente, los argumentos vertidos en los distintos votos que se refirieron al tema.

El Juez Petracchi reconoció que, desde una perspectiva que él considera “estrictamente formalista”, la ley 25.779 era pasible de reproche constitucional, en tanto “al declarar la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial”.⁸⁵ Sin embargo, seguidamente afirmó que “corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella necesariamente habrá de ser aplicada –o, en su caso, rechazada– por los propios jueces”,⁸⁶ razón por la cual la supuesta usurpación de funciones tendría un alcance muy corto, ya que “en todo caso, [la ley 25.779] se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso” y “queda claro que *el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas*. Diferente sería la cuestión si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho”.⁸⁷ En consecuencia, considera que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.779, para resolver seguidamente lo mismo que ella dispone sería un formalismo vacío que, además, perdería de vista que “de hecho, la ‘ley’ sólo es apta para producir un efecto político simbólico”.⁸⁸

Disiento con lo sostenido por el alto magistrado. En primer lugar, no parece realista⁸⁹ considerar como productora de un simple efecto político simbólico a la ley, ya que –como destacaron varios legisladores en el debate precedente a su sanción–⁹⁰ estaba destinada, al menos en lo que respecta a las “intenciones concretas”⁹¹ de varios de sus autores, a tener efectos jurídicos concretos –en especial, la reapertura de las causas–.⁹²

⁸⁵ Considerando 34 de su voto.

⁸⁶ *Ibidem*. El destacado es propio.

⁸⁷ *Ibidem*. El destacado es propio.

⁸⁸ *Ibidem*. El entrecomillado simple es del original.

⁸⁹ Aunque quizás sí bienintencionado, en miras a intentar salvaguardar –al menos formalmente– la división de poderes.

⁹⁰ Ver, por ejemplo, las opiniones reseñadas en los considerandos 15 y 16 del voto concurrente del Juez Maqueda.

⁹¹ La distinción es esbozada por DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 228 y ss.; y desarrollada por el mismo autor en “Comment”, en SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, New Jersey, 1997, p. 116/117

⁹² Cfr. FERREIRA, Marcelo, “La Corte Suprema ratifica la nulidad de las ‘leyes de impunidad’: los distintos fundamentos, la conclusión implícita y la última respuesta (el espectro de la víctima)”, J.A. 2005-IV-378. En el artículo citado supra nota 7, sostuvimos –junto con Juan Cruz Díaz– que creíamos que el Congreso había efectuado una declaración política a través del dictado de la ley. Dicha interpretación se apoyaba en las ideas de Gordillo y Carnota, e intentaba darle un sentido coherente al acto legislativo,

Por lo demás, si se la considerase una norma de efectos políticos meramente declarativos, si la ley no tenía efectos jurídicos sobre la resolución de la causa, ¿para qué mencionarla y expedirse sobre la validez de la misma?⁹³ ¿Qué sentido tiene declarar “válida” una manifestación política simbólica que, en cualquier caso, no parece estar sujeta a control judicial de constitucionalidad? En rigor, el citado ministro sí atribuye efectos jurídicos a la ley 25.779: al final del considerando 34 señala expresamente que “su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es correcta” –el destacado es propio–.

Finalmente, el argumento relativo al “formalismo vacío” de declarar inconstitucional una norma para, seguidamente, resolver lo mismo que ella prescribe me parece, cuando menos, engañoso y, ciertamente, peligroso. Piénsese que, bajo el test constitucional ensayado por el Juez Petracchi, podría sostenerse que un decreto del Poder Ejecutivo en el que se expresara cuál debe ser el resultado concreto de una causa particular –pongamos por ejemplo un juicio penal seguido contra un opositor político del presidente–, sería válido en tanto y en cuanto coincidiera con lo que sustancialmente debiera resolver el Poder Judicial. Siempre y cuando la condena impuesta –por hipótesis– por el presidente de la Nación fuera conforme a derecho, y coincidiese con lo que los jueces de la causa debieran resolver según las normas aplicables y constancias de la causa,⁹⁴ sería un “formalismo vacío” declarar la inconstitucionalidad de dicho decreto. Podría argüirse, en la misma línea, que el decreto en cuestión fuera un simple adelanto acerca de lo que el Poder Ejecutivo considerara la solución que correspondería dar al caso, y que los jueces de la causa tendrían la decisión final. ¿Consideraríamos constitucional un decreto tal, sobre la base de la doctrina de la “declaración de inconstitucionalidad como formalismo vacío” esbozada en el voto del Juez Petracchi? Extremando el argumento, el control de legalidad, y con éste, una parte importante de la división de poderes, desaparecen de la función de la Corte. Una norma dictada por un organismo incompetente, sería válida siempre que consagrara “la doctrina correcta”.⁹⁵

en el marco de la Constitución Nacional. Sigo creyendo que el declarativo era el único formato bajo el cual un acto tal del Congreso podía ser válido. Sin embargo, no ha sido éste el efecto que le han conferido varios ministros de la Corte Suprema, tal como refiero en el texto que acompaña esta nota.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Según el criterio de la Corte Suprema.

⁹⁵ Algo de esto hay en fallos anteriores de la Corte, por ejemplo el ya citado caso “Bustos”. He desarrollado la problemática del control de legalidad en dicho fallo en ELIAS, José Sebastián, “El caso ‘Bustos’: algunos problemas de teoría constitucional”, L.L. 2005-F, 1486.

No parece una postura sostenible.⁹⁶ A lo que cabe agregar que resulta un contrasentido lógico declarar la validez constitucional de la ley “anulatoria”, y a renglón seguido, declarar inválidas –aunque sea “a todo evento”- las normas anuladas por la ley convalidada antes.⁹⁷ Si se considera válida la ley 25.779, entonces huelga cualquier desarrollo argumental respecto a la inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad” y, más aún, cualquier declaración al respecto, ya que dichas normas habrían desaparecido “retroactivamente” del universo jurídico en virtud de la ley anulatoria que se acaba de declarar válida y no existiría jurídicamente nada que invalidar.

El Juez Maqueda destina largos considerandos a evaluar la viabilidad constitucional de la ley 25.779, inclinándose por considerarla válida. Parte de reseñar antigua jurisprudencia del Alto Tribunal y en base a ella afirma que el Poder Legislativo es el depositario de la mayor suma de poder estatal y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía;⁹⁸ que es el genuino representante del pueblo, fiel intérprete de la voluntad general;⁹⁹ que es el primer obligado a dar cuenta de la adecuación de sus acciones a los compromisos emergentes de la normativa internacional,¹⁰⁰ lo que lo obliga a dictar normas que hagan que el ordenamiento jurídico argentino sea confirme a las obligaciones internacionales, según la interpretación efectuada por los órganos competentes;¹⁰¹ afirma, con base en el art. 75 inciso 32 de la Constitución Nacional, que la facultad de “hacer todas las leyes y reglamentos para poner en ejercicio no sólo los poderes que dicha norma le atribuye sino todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina” otorga un marco de habilitación para que el Congreso dé la respuesta contenida en la ley 25.779;¹⁰² que el texto constitucional y su interpretación no es patrimonio exclusivo del Poder Judicial, dentro del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el intérprete último en el caso concreto, pero no el

⁹⁶ El peligro que encierra este tipo de posturas es advertido implícitamente en el considerando 19 del voto concurrente del Juez Zaffaroni, quien señala que fuera del análisis contextual efectuado en el voto, la ley 25.779 “no sería constitucionalmente admisible, *aunque coincida en el caso con lo que en derecho corresponde resolver a esta Corte*”. El destacado es propio.

⁹⁷ Agradezco a Manuel José García-Mansilla por haber llamado mi atención sobre esta línea argumental como así también sobre la esbozada en el texto que acompaña a la nota 110.

⁹⁸ Considerando 14 de su voto concurrente.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Considerando 17 de su voto concurrente.

¹⁰¹ Considerandos 18 y 19 de su voto concurrente.

¹⁰² Considerando 20 de su voto concurrente. Una tesis similar había sido sostenida con anterioridad al pronunciamiento del fallo por ARRABAL DE CANALS, Olga P., “El control de constitucionalidad y la atribución del Congreso para anular sus propias leyes (a propósito de la anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final)”, en AAVV, *El Control de Constitucionalidad en el derecho Público y Privado*, Lerner, Córdoba, 2005, p. 51 a 67. A pesar de los interesantes argumentos esgrimidos por la autora, no comparto la tesis; sobre ello, he argumentado en el artículo citado supra nota 7.

único cuando se trata de adecuar el ordenamiento infraconstitucional al mandato constituyente;¹⁰³ para concluir en la validez, como acto extremo y excepcional, producto de una interpretación constitucional entendida como oportuna y adecuada por el Congreso,¹⁰⁴ de la ley 25.779.

Tampoco me convencen los argumentos esgrimidos. Muestran un exagerado acento en el intento de compatibilizar –a mi juicio, forzadamente- la ley 25.779 con la Constitución, apoyados en el carácter de “última ratio” de la declaración de inconstitucionalidad. Puede ser que declarar la inconstitucionalidad de la ley 25.779 fuera –como en el caso de cualquier ley- un acto de suma gravedad institucional. Pero más grave aún es convalidar una ley que “anula” otras leyes democráticamente dictadas, cualesquiera que sean los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de estas últimas. Se abre la puerta, aunque el Juez Maqueda no lo diga¹⁰⁵ y aún cuando tenga las mejores intenciones respecto a la excepcionalidad del acto convalidado,¹⁰⁶ para que se sienta un precedente “funesto” que en el futuro sin duda podrá inspirar a algún “no-tan-bienintencionado” gobernante a seguir ampliando los poderes estatales a costa de los derechos y garantías individuales. Hubiera bastado, para lograr el mismo resultado sustantivo en la causa y evitando a la vez los peligros de futuras utilidades incorrectas de la doctrina propuesta, con la simple declaración de inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad”. Ahora ya no se sabe en qué otros casos podrá el Poder Legislativo, a juicio del alto magistrado, considerar que una “adecuada y oportuna interpretación constitucional” lo faculta, a la luz del art. 75 inc. 32, a “anular” leyes. Esto es, a borrar con el codo lo escrito con la mano. Parece altamente disvalioso y, como dije, absolutamente innecesario.

El Juez Zaffaroni centra gran parte de su voto en la cuestión de la validez de la ley 25.779. Entiende que, de conformidad con la tantas veces citada jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”, no basta con que los tribunales de justicia declaren la inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad”: es necesario que

¹⁰³ Considerando 20 de su voto concurrente.

¹⁰⁴ Considerando 16 de su voto concurrente.

¹⁰⁵ Aunque sea posible presumir, a partir de su voto conjunto con el ex Juez Belluscio en la causa “Bustos” –reiteradamente citada-, que el Juez Maqueda admite implícitamente la posibilidad de que unas normas sean “anuladas” por otras, sin intervención del Poder Judicial. He profundizado en el tema en el artículo citado supra nota 95.

¹⁰⁶ El problema aquí no son las “intenciones concretas” del magistrado, sino las “intenciones semánticas”, de acuerdo a la distinción propuesta por Dworkin, ya referida supra nota 91.

sean de ningún efecto, lo que da razón de ser a la ley 25.779, como productora de los efectos que –supuestamente- exigiría la normativa interamericana.¹⁰⁷

En una primera observación, no se advierte por qué no bastaría con la “mera” declaración de inconstitucionalidad por los tribunales de justicia. Si la ley 25.779 “coincide con lo que en derecho debe resolver esta Corte”, como afirma el alto magistrado,¹⁰⁸ quiere decir que existe “algo” a resolver, distinto de la mera aplicación de la ley citada. Esto queda demostrado, de hecho, por las restantes referencias contenidas en el voto a la inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad”. Si, entonces queda al Poder Judicial un campo de acción que no ha sido absorbido por el Poder Legislativo –la hipótesis contraria sería manifiestamente inconstitucional-, esto es, si corresponde a los tribunales resolver en los casos concretos en que se investiguen los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura, es *únicamente* la declaración de inconstitucionalidad por estos tribunales en tales casos concretos, lo que satisfará los alegados requerimientos internacionales, y no el dictado de una ley “simbólica” por parte del Congreso de la Nación. En efecto, ¿de que serviría la ley 25.779 si los jueces llamados a investigar los delitos en cuestión y sentenciar las causas declarasen válidas, en los casos concretos, las “leyes de impunidad”? Es claro que de nada.

No me parece suficiente, a los fines de evitar esta objeción, la distinción entre norma y enunciado normativo utilizada por el Juez Zaffaroni, según la cual la ley 25.779 debe leerse como “prohibido reconocerle eficacia a las leyes de impunidad”.¹⁰⁹ Adviértase que el argumento puede entenderse como cercenando la facultad judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 (en el caso de que se considerase como efectivamente obligatoria para los tribunales la prescripción contenida en la ley 25.779), en cuyo caso, la constitucionalidad de la norma sería aún más discutible, ya que le estaría imponiendo una interpretación *constitucional* determinada al Poder Judicial; o puede también entenderse como anticipando la posición política del Congreso, en cuyo caso se trataría de una declaración política sobre cuya validez no sería necesario pronunciarse. Sin embargo, no parece que entender la ley de la manera propuesta en el voto pueda llevarnos por este camino. El lenguaje

¹⁰⁷ Considerando 15 de su voto concurrente.

¹⁰⁸ Considerando 17 de su voto concurrente.

¹⁰⁹ Considerando 29 de su voto concurrente.

claramente prescriptivo/prohibitivo sugerido por el alto magistrado parece apuntar en otro sentido.

La idea que subyace a toda la construcción pergeñada a lo largo del voto del citado ministro es, a mi entender, la expresada en el considerando 36: “lograr la unidad de criterio en todo el territorio y en todas las competencias, resolviendo las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad”. No es la primera vez que el Juez Zaffaroni se pronuncia en sus votos haciendo consideraciones –a veces implícitas- respecto a las dificultades que plantea el control difuso de constitucionalidad y que él, sin dudas munido de muy buenas intenciones, intenta aminorar mediante sus doctrinas con tintes propios del control concentrado.¹¹⁰ Sin embargo, ¿era necesario convalidar la ley 25.779 para lograr ese efecto? Pienso que no. Un pronunciamiento de la Corte Suprema declarando la invalidez de las “leyes de impunidad” hubiera tenido el mismo efecto, sea por el acatamiento de los tribunales inferiores, sea por vía de la revocación por parte de la Corte Suprema de las sentencias de los tribunales inferiores que mantuvieran la

¹¹⁰ Ver, por ejemplo, considerandos 4 (cuando habla de que “no cabe omitir la consideración de aquellos casos que, en razón de determinadas pautas objetivas, se encuentran en situación constitutiva de un *obiter* para la aplicación lisa y llana de los efectos que importa la explícita declaración de constitucionalidad que dimana del sentido de este decisorio”), 7 a 12 (donde intenta trazar soluciones para situaciones no comprendidas en el caso a fallar, de acuerdo a la cuantía de los depósitos involucrados en las distintas acciones promovidas con el objeto de recuperar las imposiciones bancarias en la moneda original), 13 (donde se refiere a supuestos de enfermedad, necesidad o edad avanzada de los depositantes), 14 (casos donde los peticionantes hubieran percibido por vía de medidas cautelares), y 15 (donde intenta explicar la razón de los *obiter* formulados en los considerandos anteriores), de su concurrencia en la causa “Bustos” (Fallos 327:4455). No me cabe la menor duda de que el ministro construyó su voto con las buenas intenciones de tratar de perjudicar lo menos posible a quienes, presumía, serían más afectados por la declaración de constitucionalidad que allí se vertía y sobre la cual, a mi modo de ver, aún deben quedarle dudas al citado juez. Aún así, su voto contribuyó a tomar la decisión que no sólo perjudicó notoriamente al Sr. Bustos y restantes co-actores, sino que significó descender unos cuantos peldaños en la devaluación de nuestro precario estado de derecho (¿o deberíamos decir, de “no derecho”?). Como se advierte, las buenas intenciones no son suficientes para construir un Estado Constitucional de Derecho. En la causa “Simón”, el Juez Lorenzetti también aboga por “aminorar” las dificultades propias del control difuso mediante la convalidación de la ley 25.779 (ver considerando 29 de su voto concurrente). Aunque no lo digan expresamente, el resto de los jueces que se pronunciaron a favor de la validez de la ley 25.779 también perseguían lograr esos efectos propios del control concentrado de constitucionalidad. ¿Qué otro sentido tiene, si no, declarar primero la inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad” (punto 1 del resolutivo) y seguidamente la validez de la ley anulatoria (punto 2 del resolutivo)? Si, en el caso concreto, una norma *ya ha sido* declarada inaplicable por inconstitucional, ¿sobre qué normas produciría los efectos anulatorios pretendidos una segunda norma que se refiere a la primera? Es claro que sobre ninguna. El sostenimiento de la validez de la “anulación legislativa” sólo busca mandar el mensaje a los jueces inferiores de que la ley anulatoria es válida y por ello no es posible mantener los efectos de las “leyes de impunidad” en ningún caso. Pero esta postura presenta el problema referido en el texto que acompaña a esta nota y la siguiente: depende del seguimiento que hagan los jueces inferiores del fallo de la Corte (lo cual depende de su valor moral y la fuerza de sus argumentos); pero si encuentran convincentes las razones de fondo de la Corte –y moralmente obligatorio su seguimiento-, entonces bastará con la declaración de inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad”, y la validez de la ley 25.779 nada agrega al pretendido efecto expansivo.

constitucionalidad de las mismas. A su vez, debemos preguntarnos que ocurriría en la hipótesis opuesta: ¿abriría la Corte Suprema recursos extraordinarios contra sentencias que declarasen la inconstitucionalidad de la ley 25.779 y también invalidasen las “leyes de impunidad”?¹¹¹ ¿Cuál sería el sentido de sobrecargar el trabajo de la Corte para resolver sustancialmente lo mismo que los tribunales inferiores? Ninguno, por cierto. Pero aún más, ¿quién interpondría los recursos extraordinarios pertinentes, con el consiguiente dispendio en términos de tiempo, trabajo y dinero, para que la Corte Suprema pudiera revocar parcialmente las sentencias y convalidar la ley 25.779? ¿Cuál sería el agravio esgrimido por el recurrente que permitiría habilitar la vía recursiva? Resulta claro que la ley 25.779 no juega ningún papel decisivo en la conformidad del derecho argentino con la doctrina “Barrios Altos”, tal como fuera interpretada por la mayoría del Tribunal. Lo relevante era, en todo caso, la inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad”, mas no la sanción de la ley anulatoria.

El resto del voto del Juez Zaffaroni es un importante análisis en busca de una interpretación que compatibilice la ley 25.779 con la constitución, a fin de evitar caer en la “última ratio” de su declaración de invalidez constitucional.¹¹² Así, analiza los principales argumentos vertidos en el debate generado en torno a la ley citada, en busca de un fundamento constitucional para la misma.

Así, con indudable acierto, el magistrado rechaza la posibilidad de que el Congreso esté habilitado para anular leyes con carácter general.¹¹³ Específicamente, descalifica la posibilidad de: 1) utilizar el antecedente de la ley 23.040, en apoyo de la constitucionalidad de la ley 25.779;¹¹⁴ 2) invocar la coacción o estado de necesidad en que se encontraban los poderes nacionales al momento de sancionar las “leyes de impunidad”;¹¹⁵ 3) apelar al art. 29 de la Constitución, en tanto una interpretación tal

¹¹¹ Como por ejemplo, el interesante fallo de la Cámara Federal de Córdoba en la causa “Brandalís” (CFedCdba, **en pleno**, 17/08/2005, “Brandalís, Humberto y otros s/averiguación ilícitos”, disponible online en LEXIS N°35002208)

¹¹² En este punto, corresponde englobar también el voto del Juez Lorenzetti quien, con una argumentación un tanto más breve, efectúa consideraciones –en lo que aquí interesan- análogas a las del Juez Zaffaroni. Ver considerando 28 del voto del Juez Lorenzetti. Hay, sin embargo, algunas diferencias de importancia entre ambos votos: el Juez Lorenzetti le otorga un efecto “meramente declarativo” y no “nulificante” a la ley 25.779 (considerando 29 de su voto concurrente), mientras que el Juez Zaffaroni parece concederle efectos nulificantes a la norma (considerando 37 de su voto concurrente); además, aquél ministro recuerda enfáticamente que la única vía para privar de efectos retroactivamente a una ley es su declaración de inconstitucionalidad por un tribunal de justicia (considerando 28 del voto concurrente del Juez Lorenzetti).

¹¹³ Considerando 17 de su voto concurrente.

¹¹⁴ Considerando 20 de su voto concurrente.

¹¹⁵ Con evidente preocupación por la seguridad jurídica, el Juez Zaffaroni expresa que “...es verdad que el Congreso de la Nación suele sancionar leyes presionado por las circunstancias con mucha frecuencia y

excede la “resistencia semántica” de su texto y resulta “muy peligrosa”;¹¹⁶ 4) efectuar invocaciones a un derecho supralegal, por su peligrosidad y maleabilidad justificatoria – dependiendo de quién determine en qué consiste el contenido de un derecho tal-;¹¹⁷ 5) invocar la contradicción que surgiría de “constitucionalizar” la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y, al mismo tiempo, dejar vigentes otros obstáculos que pudieran impedir su juzgamiento;¹¹⁸ 6) invocar la necesidad de dar coherencia al ordenamiento jurídico.¹¹⁹

Como puede advertirse, el voto intenta desechar –mediante su tratamiento específico y fundado- los diferentes argumentos que podrían invocarse en otros casos para justificar una “nueva” facultad anulatoria. Se rechazan enfáticamente aquellas líneas de razonamiento que pudieran prestarse para una “manipulación” futura, y se intenta fijar límites claros al ejercicio de facultades que se califican como de una excepcionalidad extrema. Se efectúa un concienzudo desarrollo respecto a lo que serían límites infranqueables, e inclusive se intenta señalar como “prohibido” violar garantías contenidas en la Constitución para cumplir con obligaciones internacionales. En suma, *al parecer se establece una exigente doctrina en materia de soluciones excepcionales, negando sistemáticamente la posibilidad de su admisión.*

Sin embargo, a renglón seguido se convalida la ley cuestionada, bajo un argumento, en mi opinión, bastante endeble: el del “hecho nuevo” del principio de jurisdicción universal.¹²⁰ Así, el país estaría renunciando a su soberanía si no enjuiciara

eso es materia corriente en la política de cualquier estado. Abrir la puerta de futuras nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción en cada uno de esos casos importa sembrar una inseguridad jurídica formidable...” (considerando 23 de su voto concurrente). Más allá de la innecesaria reiteración de énfasis temporal (“suele” y “con mucha frecuencia” referidos a idéntica acción y dentro de la misma oración), lo cierto es que es importante el límite que intenta poner el alto magistrado. Parece ser bueno el consejo de Bismarck (si estamos a la cita de GORDILLO, Agustín, “Comentarios”, en NIETO, ALEJANDRO-GORDILLO, Agustín, op. cit., p. 73) respecto a que “las leyes, como las salchichas, mejor no saber cómo son hechas”. Para un ejemplo concreto, ver el caso citado en el considerando 19 de la disidencia del Juez Fayt.

¹¹⁶ Considerando 24 de su voto concurrente. A este argumento me he referido, en sentido coincidente al del Juez Zaffaroni, más arriba. Ver acápite “b.1”.

¹¹⁷ Considerando 25 de su voto concurrente.

¹¹⁸ Considerando 27 de su voto concurrente.

¹¹⁹ Considerando 28 de su voto concurrente. Allí el alto magistrado enfatiza tres cosas, a mi ver, muy importantes: 1) la eventual tarea de dar coherencia al ordenamiento jurídico se cumple a través de la interpretación, y ella corresponde a los jueces; 2) no es admisible que para no violar Convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece (sin embargo, a este respecto, sus buenas intenciones no se ven reflejadas en la resolución de la causa); y, 3) no corresponde “jerarquizar” las normas constitucionales.

¹²⁰ Considerandos 30 y siguientes de su voto concurrente. Debo aclarar que con gusto aceptaría que algunos individuos enfrentarían la posibilidad de ser juzgados en otros países, en tanto y en cuanto quienes sean juzgados aquí vean respetadas sus garantías constitucionales. El voto comentado hace la elección opuesta.

y condenara a los individuos responsables de estos actos aberrantes. Este fin, que en sí mismo es absolutamente compartido, justifica excepcionalmente la competencia “anulatoria” del Congreso.

Este tipo de razonamientos tampoco es nuevo, y parece perfilar una línea en los votos de algunos miembros actuales de la Corte:¹²¹ la del “acompañamiento político con el intento de fijar algunos límites”. Esto es, se enfatiza todo lo que el Gobierno no puede ni debe hacer, para seguidamente justificar excepcionalmente la convalidación de la normativa bajo examen. Si se me permite un breve –bien que respetuoso-, desvío hacia la comicidad, creo que podría denominarse a esta manera de votar, doctrina “Borromeo”.¹²²

Puede advertirse el inicio de esta línea en el voto del Juez Zaffaroni en la causa “Bustos”. Allí, haciéndose eco de una realidad innegable que –curiosamente- omitieron considerar sus colegas, el citado ministro no dudó en destacar que el estado de necesidad invocado para justificar la normativa de emergencia cuestionada en dicha causa “no es producto del azar, ni de una fuerza de la naturaleza, sino de sucesivas medidas políticas. Estas medidas, y en especial, la llamada ley de intangibilidad de los depósitos bancarios, en cierto momento parecen haber tenido en cuenta de preferencia [sic] el efecto que producían en el público y no una seria intención de proceder a su cumplimiento...[lo cual] se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales”.¹²³ Por ello, dispuso la remisión de copia de la sentencia a la Procuración General a fin de que, por medio de un equipo técnico competente, se investigara la eventual responsabilidad penal de los intervinientes en la causación del

¹²¹ Me refiero, en particular, a los Jueces Zaffaroni y Lorenzetti.

¹²² Los lectores memoriosos y con alguna afección por la programación televisiva recordarán el conocido “sketch” protagonizado por el cómico Juan Carlos Calabró –en sus diferentes programas humorísticos- bajo el nombre de “Quedate quieto, Borromeo!”. En él, Calabró protagonizaba al padre de un niño particularmente inquieto y desobediente, de nombre Borromeo, que en cada ocasión que acompañaba a su padre a la casa de otras personas, su conducta absolutamente desatada e impredecible -salvo respecto al hecho, muy predecible, de que efectivamente se iba a “portar mal”- generaba situaciones caóticas en las que el padre profería gritos y amenazas variadas al niño, tratando de hacer que se comportara correctamente. Cuando el padre finalmente lograba “atrapar” al chico, y luego de todas las terribles amenazas verbales y previo el destrozo del lugar visitado, Borromeo recibía por todo castigo un prácticamente imperceptible tirón de orejas, u otra acción similar –en todo caso, evidentemente irrisoria por su notoria desproporción con la mala conducta del niño y los daños causados-. Permítaseme el juego de la analogía. Aquí –creo que huelga la explicación- el Estado Nacional sería “Borromeo”, que recibiría las advertencias de su controlador –la Corte-, para luego darle un “mini-castigo” por las transgresiones y recomendarle que en lo sucesivo no se comporte así, pero permitiéndole que “se salga con la suya” en el caso. Perdone el lector cualquier falla en el relato del “sketch”: era muy pequeño en la época de televisación del mismo, y han pasado muchos años.

¹²³ Considerando 4 de su voto concurrente (en realidad, parece que podría hablarse de una disidencia parcial), en la ya citada causa “Bustos”.

estado de necesidad mentado. Sin perjuicio de ello, y con las salvedades ya referidas supra,¹²⁴ el alto magistrado convalidó la constitucionalidad de la normativa.¹²⁵ Claro que, bien leído el voto y ante las salvedades respecto a montos involucrados,¹²⁶ situaciones de edad avanzada, enfermedad o necesidad,¹²⁷ y a la consolidación de los efectos de las medidas cautelares,¹²⁸ no se sabe muy bien cuánta “constitucionalidad” se declaró en rigor. Parece que el ministro decidió hacer el *gesto de acompañamiento político*, pero con el intento de fijar *algunos límites*.¹²⁹

La tendencia descrita se acentuó en la causa “Galli”.¹³⁰ El voto conjunto de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti efectúa numerosas consideraciones respecto a cómo *debe ser* el comportamiento del Estado respecto al cumplimiento de su deuda pública, reafirmando la necesidad del cumplimiento de lo prometido, no solamente en beneficio de los co-contratantes del Estado sino también en su propio beneficio –a través de la generación de confianza-.¹³¹ En tal sentido, se destaca que el empréstito público no es una mera promesa unilateral del Estado; que el respeto de la seguridad jurídica es fundamental tanto para la captación del ahorro público como para el desarrollo de la Nación; que sólo circunstancias *excepcionalísimas* habilitarían la alteración unilateral del contrato;¹³² y, luego de considerar que efectivamente concurrían tales circunstancias de excepción, que “*tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo pueden haber obrado teniendo como base una interpretación amplia de los poderes de emergencia, consolidada en una extensa interpretación que se desprende de precedentes de esta Corte... la prudencia en el juicio obsta a revisar esos fundamentos hacia el pasado, pero es obligación examinar para el futuro la corrección de esa práctica conforme a sus efectos en términos constitucionales*”,¹³³ a los fines de evitar que –como la experiencia indica claramente- la emergencia traiga más emergencia y que se cumpla con la Constitución –sancionada en épocas de emergencia- como mecanismo de

¹²⁴ Ver nota 110.

¹²⁵ Considerando 2 del voto citado.

¹²⁶ Considerandos 8 a 12 del voto citado.

¹²⁷ Considerando 13 del voto citado.

¹²⁸ Considerando 14 del voto citado.

¹²⁹ En este caso, parece ser que el intento está resultando medianamente exitoso, en tanto ha evitado la consolidación de una doctrina de la Corte en el sentido de la constitucionalidad de la estafa concretada en el dec. 214/02.

¹³⁰ Fallos 328: (sin paginar aún, a la fecha en que este artículo fue escrito); también en Diario La Ley, Suplemento Constitucional, abril de 2005. La causa se refería, simplísimamente, a la validez constitucional de la alteración en las condiciones de pago de los bonos de la deuda pública argentina, sujetos a la ley argentina.

¹³¹ Considerando 11 del voto conjunto citado.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Considerando 15 del voto conjunto citado.

precompromiso.¹³⁴ En suma, se convalida excepcionalmente y por esta vez la situación, pero se advierte sobre la necesidad de un mayor control futuro. Se acompaña, pero se intenta fijar límites.

La doctrina “Borromeo” tiene sus méritos: al menos, se “pegan algunos gritos” y se hacen advertencias;¹³⁵ resta ver si, llegada la ocasión –que, ojalá, tengamos la buena ventura de no ver-¹³⁶ la Corte hace efectivos los apercibimientos y comienza a corregir una doctrina sobre las emergencias –de todo tipo- que indudablemente se ha hipertrofiado, transformándose en una suerte de “agujero negro” de la que nada ni nadie puede escapar; un generador inagotable –en tanto autoalimentado- de más emergencia y menos derecho. No dudo, asimismo, que las intenciones subyacentes a este esfuerzo argumental son loables. Sin embargo, nos da la sensación de que nos conformamos con muy poco. Trasunta la idea de que “Borromeo” es, de hecho, incontrolable y que como controladores –que todos debemos serlo, no solamente el Poder Judicial- nos conformamos con “pegarle un par de gritos”, aunque no tengamos demasiada convicción sobre la veracidad ni tampoco -lo que es peor- sobre la verosimilitud de las amenazas que ellos contienen.

Volviendo brevemente al tema central del acápite, o sea, la convalidación de la ley 25.779, resta por analizar el voto de la Jueza Highton de Nolasco, quien se pronuncia por la validez de la misma, sin profundizar demasiado en sus fundamentos. Así, luego de analizar los distintos argumentos de derecho “constitucional interno” y de derecho internacional vinculados con el caso, concluye que las “leyes de impunidad” contenían graves vicios originarios y como consecuencia de ello se sancionó la ley 25.779.¹³⁷ Dado que “del debate parlamentario de dicha norma se advierte que los legisladores han tenido principalmente en mira subsanar aquella infracción...habrá de consagrarse la validez constitucional de la ley 25.779”.¹³⁸

¹³⁴ *Ibídem.*

¹³⁵ Mucho peor sería, sin dudas, que se convalidaran actos manifiestamente inconstitucionales sin hacer salvedades de ningún tipo, y sin hacerse cargo de que, efectivamente, perjudican no sólo a los particulares afectados sino al sistema en sí.

¹³⁶ Aunque seguramente habrá oportunidades. Una concebible es, nuevamente, respecto a la “pesificación” de los depósitos bancarios, tema respecto del cual existen ministros que no se han pronunciado (Argibay, Lorenzetti). La ocasión es propicia para que el Alto Tribunal comience a concretar las pautas de mayor control que ha insinuado y que se le exigen desde la sociedad, y haga pasar al olvido un fallo como “Bustos” que se encuentra entre aquellos pronunciamientos que, sin lugar a dudas, merecen el calificativo de “funestos”.

¹³⁷ Considerando 29 de su voto concurrente.

¹³⁸ *Ibídem.*

La alta magistrada parece adherir, en su escueta fundamentación, a la tesis del Juez Petracchi “de la coincidencia del contenido sustancial” o de la “doctrina correcta”. Esto es, como se verifica que efectivamente las leyes eran inconstitucionales, el Congreso puede cumplir con una función de “saneamiento” del ordenamiento jurídico, y anular las leyes. Adviértase que la validez constitucional de la ley 25.779 se declara porque los legisladores han tenido en miras subsanar la infracción normativa en que, supuestamente, habrían incurrido sus antecesores casi dos décadas antes. Como la ponente opina que la infracción normativa habría existido, entonces la ley anulatoria es válida. Esto en nada difiere de sostener que la norma es constitucional en tanto “coincide con lo que los jueces deben declarar”.¹³⁹ Como sostuve más arriba, la tesis no puede ser compartida, a menos que pretendamos deshacernos del control constitucional de legalidad. Para una postura tal, no importa si una norma ha sido dictada por el organismo competente, sino sólo si “coincide con lo que jueces deben declarar”.¹⁴⁰

Así, tenemos dos votos, aparentemente, a favor de los efectos meramente “simbólicos” de la ley 25.779 (Jueces Petracchi y Lorenzetti¹⁴¹), tres votos respecto a los efectos nulificantes –aunque con distinto alcance– (Jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco y Maqueda), y dos votos que no se pronunciaron sobre la cuestión (Jueza Argibay y ex Juez Boggiano). Si hemos de estar a lo que *parecen querer decir* algunos jueces, entonces no existe *aún* en la Corte Suprema una doctrina consolidada que admita leyes con efectos nulificantes de otras leyes.¹⁴² Si, en cambio, centramos nuestra atención en lo que efectivamente *dicen y hacen* los votos, entonces no nos queda más remedio que admitir que el “autocontrol constitucional retroactivo” se ha instalado en nuestra realidad constitucional y que estamos transitando un camino desde una

¹³⁹ Considerando 34 del voto del Juez Petracchi.

¹⁴⁰ Así, por ejemplo, un impuesto creado por decreto del Poder Ejecutivo sería válido, en tanto no fuese considerado “confiscatorio”. En efecto, ¿para qué declarar la inconstitucionalidad, si la prescripción normativa contenida en el decreto hipotético “coincide con lo que los jueces deben declarar”, esto es, la “no-confiscatoriedad”?

¹⁴¹ Aunque quedan dudas respecto a cómo compatibilizar el efecto simbólico o declarativo que le atribuye en el considerando 28 y primer párrafo del 29, con las afirmaciones vertidas más adelante en este último considerando respecto a que en virtud del “hecho nuevo” del principio universal, el Congreso Nacional “quita todo efecto a las leyes” en cuestión. Hay entre ambas afirmaciones una contradicción, a mi entender, irresoluble: o se le otorga un carácter meramente declarativo y, en ese caso, la ley 25.779 no quita efecto a ninguna ley, o se le otorga la virtualidad jurídica de quitar efectos a las “leyes de impunidad”, en cuyo caso no veo como puede concluirse que el efecto no sea nulificante. A pesar de ello, y en razón de la enfática declaración del alto magistrado respecto a los efectos declarativos que corresponde atribuir a la ley, consideraré el voto del Juez Lorenzetti como partidario de la no-nulificación.

¹⁴² Digo “aún” porque tal mayoría podrá conformarse o no, según lo que se resuelva en los casos pendientes sobre “pesificación” de depósitos bancarios, con la Corte completa. En “Bustos” hubo “cuatro votos y medio” que convalidaron la anulación de la ley 25.466 por parte del dec. 214/02.

constitución rígida y suprema que implica un pre-compromiso limitante de las mayorías coyunturales, hacia un modelo del tipo “Westminster”, donde aquel que gana *una* sola elección tiene el poder normativo *pleno*.¹⁴³ Prefiero la primera interpretación, sin dudas. Quizás los jueces, en el fondo, también la prefieran.¹⁴⁴

No obstante los distintos matices que se observan en los votos convalidatorios de la ley 25.779, todos ellos tienen una característica común: desarrollar argumentaciones, en general extensas, respecto a la inconstitucionalidad de las “leyes de impunidad”. Si la ley 25.779 es válida, ¿para qué gastar tinta y papel en largos razonamientos invalidatorios de dos normas que, por efecto de aquélla, no existen en el ordenamiento jurídico? Podría pensarse que los ministros no quisieron dejar todo el peso de la decisión tan sólo en una decisión anulatoria del Congreso, cuya constitucionalidad es más que dudosa. Quizás se sintieron moralmente obligados a argumentar por qué las “leyes de impunidad” no podrían seguir produciendo efectos, desde una perspectiva más robusta en razones. Quizás el hecho de no invalidar la ley 25.779 responde sólo a la decisión de tener un gesto simbólico positivo hacia el Congreso, y así hacer aparecer la decisión de fondo como producto del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado.¹⁴⁵ Quizás ellos mismos no estaban del todo convencidos de la corrección de su decisión de convalidar la ley 25.779, y quisieron ponerle algunos límites. Si así fuera, seguramente hubiera sido mejor seguir el camino elegido por la Jueza Argibay y el ex Juez Boggiano y no decir nada al respecto.¹⁴⁶ Lo que es seguro es que, nuevamente, con las buenas intenciones no alcanza. La pluralidad de la Corte ha sembrado las semillas de la justificación teórica de la anulación de normas por otras normas, sin la intervención de un tribunal de justicia. Resta esperar que no encuentren tierra fecunda, aunque me permito no ser demasiado optimista al respecto.

Comoquiera que fuere, la convalidación de la ley “anulatoria” por parte de la pluralidad de la Corte Suprema nos está mostrando algo que a esta altura se va perfilando con cierta claridad: lamentablemente, el control de legalidad no parece ser un tema que integre la agenda actual de la Corte o que, si la integra, tenga alguna prioridad. Lo malo de esto, que a primera vista podría no ser demasiado evidente, es que continúa generando incentivos para que los diferentes órganos no respeten su órbita de

¹⁴³ ACKERMAN, Bruce, “The New Separation of Powers”, Harv. L. Rev., vol. 113 (January, 2000), p. 643.

¹⁴⁴ Aunque –debo conceder– que si es así efectivamente, debieron haber votado de otra forma.

¹⁴⁵ Así lo manifiestan el voto de los Jueces Zaffaroni (cons. 36) y Lorenzetti (cons. 29).

¹⁴⁶ Lo que, efectivamente, implica asignarle a la ley 25.779 efectos meramente simbólicos o declarativos.

competencias constitucionales, y avancen sobre espacios propios de los restantes poderes. Esto es especialmente evidente en el caso del Poder Ejecutivo Nacional. Por ello, un control de legalidad laxo no es, simplemente, “ir a lo importante” (al fondo del asunto) como podría creerse, sino un paso más en el proceso de concentración de poderes presidenciales. Nuestra democracia es, indudablemente, cada vez más “delegativa”,¹⁴⁷ y una flexibilización mayor del control no hará más que acentuar esa tendencia.

3) La reforma constitucional extratextual efectuada por la Corte: ¿interpretación plausible o base de una revolución constitucional?

En los párrafos siguientes intentaré demostrar que el fallo de la Corte no efectúa una interpretación plausible de las normas en juego sino constituye la imposición, a cualquier precio, de los valores políticos –sin dudas, compatibles- de los miembros del Tribunal e implica una reforma no escrita a la Constitución Nacional. A su vez, pienso que debido al carácter fundamental de los puntos que toca la “reforma” judicial, puede llegar a constituir la base de un cambio profundo en nuestra práctica constitucional. Los caminos por los cuales el Alto Tribunal modificó, en el caso, la Constitución son dos:¹⁴⁸

a) La cláusula de excepción al art. 18 de la Constitución.

La distinción que puede formularse entre reglas y principios, como distintos tipos del género común “normas”, no es nueva. Ha cobrado, sin embargo, especial relevancia y notoriedad en épocas recientes, a raíz de su papel central en teorías jurídicas de amplia difusión como son las de Ronald Dworkin¹⁴⁹ y Robert Alexy.¹⁵⁰

La distinción puede formularse, en forma muy simplificada, de la siguiente manera: los principios son enunciados normativos consistentes en “razones que

¹⁴⁷ La democracia “delegativa” refiere a un tipo de sistema político en el que se entiende que se ha delegado electoralmente al titular del poder ejecutivo el derecho de hacer lo que le parezca adecuado para el país. No se trata, por cierto, de un sistema particularmente representativo, y menos aún deliberativo. Ver, por ejemplo, DÍAZ, Rodolfo, *Las reformas de los 90 en la Argentina: ¿Prosperidad o ilusión?*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 277/278, y sus citas.

¹⁴⁸ Utilizaré para explicar ambos caminos la distinción entre “reglas” y “principios”, cuyos lineamientos básicos serán esbozados seguidamente,

¹⁴⁹ Ver, por ejemplo, su influyente *Los derechos en serio*, 5ta reimpresión, Ariel, Barcelona, 2002, p. 72 y ss.

¹⁵⁰ La distinción es básica en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3ra reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 81 y ss.

discurren en una sola dirección, pero no exigen una decisión particular”,¹⁵¹ que pueden ser cumplidos en diferentes grados, y que -teniendo en cuenta dicha propiedad- podríamos caracterizarlos como “mandatos de optimización” que prescriben su cumplimiento en el mayor grado posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas;¹⁵² las reglas, en cambio, consisten en enunciados normativos que prescriben una decisión determinada: dado A debe ser B, y no admiten grados en su cumplimiento –o se cumplen, o se incumplen-.¹⁵³

Mientras que los principios brindan razones para que una decisión se adopte en un sentido u otro, entrando en juego lo que Dworkin llama la “dimensión del peso” del principio,¹⁵⁴ las reglas exigen una solución determinada, sin que presenten la mentada dimensión. Ello nos lleva a la subdistinción, de suma importancia a los efectos de comprender acabadamente las consecuencias de la decisión de la Corte en el caso “Simón”, que acontece en el nivel de los conflictos normativos. Ello, por cuanto las colisiones entre reglas y las colisiones entre principios se solucionan de manera diferente.

Así, las colisiones de principios conducen a una ponderación del “peso” o “importancia” que cada principio tiene en relación con el caso. Sin embargo, desplazar un principio a favor de otro en la solución de un caso concreto, no implica que el principio de menor “peso” sea inválido, ni que el principio prevaleciente en el caso constituya una excepción al principio desplazado. Bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro, mientras que en circunstancias diferentes la cuestión podría resolverse de forma inversa.¹⁵⁵

Las reglas carecen de la dimensión del “peso” o “importancia”, y los conflictos entre ellas se juzgan en la dimensión de la “validez”. Cuando dos reglas colisionan, sólo hay dos caminos posibles: o se introduce en una de las reglas una cláusula de excepción que comprende al supuesto en cuestión y elimina la colisión,¹⁵⁶ o una de ellas es

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 76.

¹⁵² ALEXY, Robert, op. cit., p. 86. Algunas críticas formuladas al modelo propuesto por Alexy, y a la distinción en general, como así también una reformulación propuesta por el autor, pueden verse en CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 131/140, y del mismo autor, “Hacia una teoría relacional entre principios y reglas. Apuntes desde la emergencia”, en GUIBOURG, Ricardo (Director), *Emergencia económica y teoría del derecho*, Suplemento Especial La Ley, Buenos Aires, Agosto de 2003, p. 34/49.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 75; en igual sentido, ALEXY, Robert, op. cit., p. 87.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 77.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert, op. cit. p. 89.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert, op. cit., p. 88.

declarada inválida –y, por ende, resulta desplazada y excluida del orden jurídico-.¹⁵⁷ La validez jurídica no es una cuestión susceptible de grados,¹⁵⁸ y por ende, las reglas juegan en su aplicación a la manera de disyuntivas.¹⁵⁹ Por supuesto que la decisión respecto a cuál regla es inválida, o cuál debe ser excepcionada en una colisión determinada debe ser tomada por razones externas a las mismas reglas,¹⁶⁰ bajo pena de circularidad.

Para ejemplificar,¹⁶¹ se puede comenzar señalando como “principios” de nuestro ordenamiento constitucional los mandatos preambulares. “Afianzar la justicia” o “promover el bienestar general” pueden ser entendidos como “mandatos de optimización”, que deben ser cumplidos en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades que brindan los propios hechos, otros principios que pudieran jugar en un caso dado, y las reglas aplicables al mismo.¹⁶²

Otro ejemplo puede encontrarse en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 75 inc. 22), donde se reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” es un enunciado en forma de principio. Puede comprenderse como “mandato de optimización” como surge de sus claros términos, y es claro que dicha prescripción admite diversos grados de cumplimiento. En un estado económica y tecnológicamente desarrollado, las concreciones del principio implicarán seguramente un grado mayor de salud de sus habitantes que el equivalente en un país de menor desarrollo, sin que esto implique *per se* que en este último el principio no se cumpla, sea inválido o resulte excepcionado. A su vez, y dentro de un mismo estado, el principio *tolera* diversas formas de implementación. No exige, como puede verse, *una* decisión determinada, sino *alguna cualquiera* entre varias posibles, todas obviamente en un sentido determinado.

A fin de visualizar con más facilidad lo dicho hasta aquí, imaginemos un caso “x”, que involucra a una entidad de medicina pre-paga y a un afiliado que solicita

¹⁵⁷ Tal como ocurre típicamente en las declaraciones de inconstitucionalidad.

¹⁵⁸ A nadie se le ocurriría decir que la regla *x* es “un poquito válida”, o que es “menos válida” que la regla *y*.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 75.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 78.

¹⁶¹ Podrían pensarse, por cierto, numerosos otros ejemplos. Por razones de brevedad, me limitaré a los dos mencionados en el texto principal.

¹⁶² Sobre el valor jurídico del Preámbulo y la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de reconocerle función normativa, puede verse GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina –Comentada y Concordada-*, 3ra edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 6/9.

determinada prestación que, aquella alega, no estaría cubierta en los términos del contrato. Es un claro supuesto de colisión de principios, donde se encuentran en juego el principio de libertad contractual y aquél según el cual todas las personas tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Ambos constituyen razones para resolver la contienda en sentidos opuestos. La decisión que tome un tribunal deberá tener en cuenta, entre otras cosas, dichos principios. Si, por hipótesis, se inclina a favor del afiliado, otorgando mayor “peso” al principio relativo al “más alto nivel posible de salud”, tal decisión no implica que en el ordenamiento jurídico argentino no exista la libertad contractual, sino sólo que, en las circunstancias del caso, tienen mayor “peso” otros principios. Lo propio ocurriría en el caso inverso.

Analícemos ahora el caso del art. 18 de la Constitución Nacional. En lo que aquí interesa, prescribe: “Ningún habitante de la Nación puede ser *penado*¹⁶³ sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso*”. Su claro enunciado normativo prescribe en forma de *regla*, y no de principio. Parece bastante evidente que, como la ley sólo puede ser temporalmente anterior o posterior al hecho, el juicio previo sólo tiene a este respecto dos formas de realizarse: o se funda en ley anterior al hecho del proceso, o se funda en una ley posterior y, en consecuencia, o se cumple con el art. 18 o se incumple con él. No parece que la formulación normativa analizada admita *grados de cumplimiento*. No resulta concebible que un individuo sea condenado habiéndose respetado en el proceso “un poquito” o “mucho, pero no totalmente” la garantía que exige que la ley sea anterior al hecho del proceso. O se la respeta, o no se la respeta. El art. 18 de la C.N., al igual que la pena de muerte, el aborto, o –en el campo de la eficiencia- el criterio de Pareto, es “todo o nada”.¹⁶⁴

Como consecuencia de la calificación de regla, cualquier conflicto que pudiere aparecer sólo puede solucionarse mediante alguna de las dos vías mencionadas: la declaración de invalidez de alguna de las normas en colisión, o la introducción de una excepción que elimine el conflicto. Ambos caminos fueron seguidos por la Corte Suprema en el caso “Simón”. Me focalizaré primero en el argumento de la cláusula de excepción.

En la causa comentada, el Alto Tribunal se vio enfrentado en el caso a una disyuntiva de hierro: o aplicaba el artículo 18 y, en consecuencia, revocaba la sentencia

¹⁶³ Adviértase que como la regla se refiere a la posibilidad de ser “penado”, ella no se opone a la retroactividad benigna, en tanto no implica “penar”, sino antes bien lo contrario.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, 9th printing, Harvard University Press, Cambridge/London, 2000 (1985), p. 282.

de la instancia anterior, o aplicaba las prescripciones internacionales (tratados e interpretaciones jurisprudenciales) que impondrían la obligación de punir a todos los responsables por delitos de lesa humanidad en cualquier circunstancia y aún retroactivamente.

Es difícil sacar una conclusión sobre lo que *hizo* la pluralidad, desde un análisis exclusivamente teórico, debido a que cada voto presenta matices diferentes y, en ocasiones, no pocas ambigüedades y contradicciones. Pero creo que ante el esfuerzo, bien que meramente retórico, de varios de los ministros en salvaguardar el art. 18 de la Constitución,¹⁶⁵ y ante algunas afirmaciones que analizaré más abajo, puede entenderse que *se introdujo una excepción al art. 18 de la C.N.*, lo que elimina el conflicto normativo reseñado antes. Por eso la Corte no ha *interpretado* la Constitución en “Simón” sino que, lisa y llanamente, la ha *reformado*.¹⁶⁶

Hoy el artículo 18 de nuestra Ley Suprema debe leerse con un agregado que no figura en su texto: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, *salvo en casos de crímenes de lesa humanidad, en cuyo caso podrá aplicarse retroactivamente cualquier norma que tienda a la punición de los responsables*”.

Esta idea es reconocida expresamente en algunos votos. Así, por ejemplo, el ex Juez Boggiano sostiene una tesis a la vez creativa, infundada, y perniciosa. En su opinión, la Constitución Nacional habría previsto expresamente la mencionada excepción al art. 18, ya que el art. 118 incorporaría al principio de legalidad contenido en el primero las normas imperativas de derecho internacional.¹⁶⁷ De esta manera, se incorporarían al orden constitucional cláusulas de excepción que, por su especificidad respecto de cierto tipo de delitos, tendrían un ámbito material distinto y complementario del art. 18.¹⁶⁸ La argumentación es creativa, sin dudas. Pretende que la decisión que se toma no es más que la aplicación de algo que “siempre estuvo allí”, y no la imposición

¹⁶⁵ A sólo título ejemplificativo, considerandos 67, 68, 83, 84 y 85 del voto concurrente del Juez Maqueda; considerandos 12 y 26 del voto concurrente del Juez Zaffaroni; considerandos 18, 23 y 31 del voto concurrente de la Jueza Highton de Nolasco; considerandos 24 y 30 del voto concurrente del Juez Lorenzetti; considerando 16 del voto concurrente de la Jueza Argibay.

¹⁶⁶ El tema, por cierto, dista de ser novedoso. Ha sido referido por una larga bibliografía local, bajo el nombre de “mutaciones constitucionales”, ver por ejemplo, SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 58 y ss. Recientemente se ha afirmado –con acierto– que la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia de emergencia económica ha agregado un párrafo con una cláusula de excepción similar al art. 17 de la C.N. Ver MANILI, Pablo, “La Corte Suprema es una Convención Constituyente en sesión permanente”, en *Pesificación de los Depósitos Bancarios*, Suplemento Especial La Ley, 28 de Octubre de 2004, p. 27.

¹⁶⁷ Considerando 49 de su voto concurrente.

¹⁶⁸ Considerando 48 de su voto concurrente.

de las preferencias políticas del sentenciante. Intenta salvar, mediante una argucia respecto a que “los tratados incorporados con jerarquía constitucional, *de hecho*, no modifican las cláusulas de la primera parte de la Constitución” –juicio constituyente que la Corte no estaría habilitada a revisar-, el art. 18. Sin embargo, es infundada. Sobre la relación entre los tratados “constitucionalizados” y la Constitución, diré algo más luego. Sin embargo, debo decir cuesta mucho imaginar que una cláusula que se refiere exclusivamente a cuestiones de jurisdicción –como el art. 118- pueda albergar una excepción sustancial a una regla fundamental como la contenida en el art. 18.¹⁶⁹ Esta regla se encuentra redactada en términos contundentes que no prevén espacio para albergar sistemas “paralelos” que, fundados en el derecho internacional, cohabiten con ella. “Ningún habitante” significa, según creo, “nadie”. La interpretación “dinámica” propuesta por el ex magistrado implicaría leer “ningún habitante” como “algunos habitantes” o, quizás, como “la mayoría de los habitantes”. Pero no parece que eso se encuentre dentro del margen de “resistencia semántica” –para usar los términos del Juez Zaffaroni- del texto. Es, finalmente, una tesis perniciosa porque deja sin efecto una garantía fundamental, abriendo la puerta a la introducción de nuevas excepciones a cláusulas que el Congreso primero –ley 24.309-, y el Constituyente después, tuvo la previsión de resguardar. Cabe preguntarse, ¿qué pasaría si en el futuro se sancionara una “convención internacional sobre la pena de muerte para los terroristas de estado”?¹⁷⁰ ¿Sería aplicable en la Argentina, en tanto los jueces considerasen que sus prescripciones –por hipótesis, ampliamente observadas por la comunidad internacional, con conciencia de su obligatoriedad- son constitutivas del derecho de gentes al que se refiere el art. 118? ¿Se abriría un nuevo sistema paralelo de castigo de crímenes que “interesan a la comunidad internacional”? Se dirá que ello no podría ocurrir, en virtud de normas como el “principio de progresividad” en materia de derechos humanos, el principio “pro homine” y aún los arts. 4 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, tales normas (o similares) estaban vigentes y eran aplicables al caso “Simón”, y no fueron óbice para que los supuestos beneficiarios de los derechos por ellas consagrados escaparan a los efectos de la retroactividad.¹⁷¹

¹⁶⁹ Ver considerandos 64 y 65 de la disidencia del Juez Fayt.

¹⁷⁰ Podría pensarse el ejemplo de forma ligeramente distinta. El objeto de la convención internacional no serían los crímenes cometidos por terroristas de estado, en forma laxa, sino de manera más circunscripta, los delitos *políticos* cometidos por terroristas de estado. ¿Se abriría entonces otra excepción al art. 18?

¹⁷¹ Por supuesto, no creo que nada de esto vaya a ocurrir jamás, pero por otro tipo de razones que no derivan de las limitaciones que imponga el discurso jurídico, sino –mucho más probablemente- de cuestiones de orden fáctico, político, e incluso vinculadas a los límites de la tolerancia social. Admito que

También aparece una idea similar a la sostenida por el ex Juez Boggiano en el voto del Juez Maqueda, quien sostiene que “la especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853...no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de los derechos humanos”,¹⁷² por lo cual “...La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura ...el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional”.¹⁷³

Así, parecería que el art. 18, tal como lo conocemos, y la jurisprudencia construida en torno a él por la propia Corte Suprema, sólo juega para algunos tipos de delitos, pero no para otros. El derecho internacional vendría a crear así una “burbuja”, al abrigo de intrusiones “localistas” como la irretroactividad de la ley penal, donde se aplicarían directamente sus normas. Tenemos el derecho a dudar no sólo de la bondad, sino también de la legitimidad de una reforma extratextual de este tipo.

b) Los tratados internacionales sobre derechos humanos por sobre la Constitución.

El otro camino “reformista” que aparece en algunos votos es el de la subordinación de la Constitución al derecho internacional de los derechos humanos, transformado mágicamente en una suerte de “máxima suprema” kantiana¹⁷⁴ que gobernaría todo el resto del ordenamiento jurídico.¹⁷⁵ La aparición, aún *ex post facto*, de supuestas normas de derecho consuetudinario imperativo, habría invalidado y desplazado a la garantía de irretroactividad del art. 18 de la Constitución.

el ejemplo vertido en el texto es meramente “de laboratorio”, y que podrían formularse objeciones. Sin embargo, creo que es útil para llamar nuestra atención sobre un punto que subyace al fallo de la Corte: las soluciones arbitrarias –en cuanto se desentienden de las restricciones normativas aplicables– son peligrosas, aun cuando estén revestidas de las mejores intenciones. Hoy nos parece bien lo decidido porque coincidimos moralmente con el contenido sustancial de la decisión concreta. No obstante, debemos prestar mucha atención a *cómo* y *por qué* se decide. En caso contrario, las decisiones que antes aplaudimos volverán como un *boomerang*, pero esta vez con el riesgo de que el contenido no nos guste.

¹⁷² Considerando 40 de su voto concurrente.

¹⁷³ Considerando 49 de su voto concurrente.

¹⁷⁴ Sobre el compromiso de Kant con una jerarquía de máximas, BERNSTEIN, Richard, op. cit., p. 45 y nota 26.

¹⁷⁵ Así lo sostiene explícitamente en un muy interesante comentario al mismo fallo, BOICO, Roberto, “El ocaso de las leyes de punto final y obediencia debida. Reflexión sobre el fallo ‘Simón’ de la Corte Suprema”, L.L. 2005-D, 143 (especialmente, p.146).

Así, un voto donde la tesis aparece con particular claridad es el del Juez Maqueda. Sostiene el alto magistrado que el “nuevo” derecho internacional surgido a partir de 1945 representa un auténtico pacto social internacional –histórico y no metafórico-, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica, convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal, un verdadero *pactum subjectionis*;¹⁷⁶ que las obligaciones que impone el derecho internacional deben ser cumplidas de buena fe, y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno, aún el constitucional;¹⁷⁷ que, a la luz de una interpretación dinámica del art. 118 de la Ley Suprema, cabe concluir que la misma Constitución de 1853 “reconoció la supremacía de ese derecho de gentes”;¹⁷⁸ que ciertas obligaciones internacionales se encuentran por sobre todas las fuentes del derecho;¹⁷⁹ como consecuencia de todo lo cual, el “derecho penal de los derechos humanos” no se ve restringido por algunas –debió decir, “ninguna”- de las limitaciones de la Constitución Nacional para el resto de los delitos.¹⁸⁰

Aparece en el mismo voto otro tipo de apelación al derecho “supralegal” –en rigor, suprapositivo-. La “jurisprudencia de derecho natural” cuya aplicación fuera denunciada por el ex Juez Belluscio en su disidencia en “Arancibia Clavel”,¹⁸¹ vuelve a aparecer en “Simón”. Así, el Juez Maqueda sostiene que la Declaración Universal de Derechos Humanos importó el “reconocimiento de los derechos preexistentes” de los

¹⁷⁶ Considerando 31 de su voto concurrente.

¹⁷⁷ Considerando 18 de su voto concurrente.

¹⁷⁸ Considerandos 40 y 41 de su voto concurrente.

¹⁷⁹ Considerando 48 de su voto concurrente.

¹⁸⁰ Considerando 49 de su voto concurrente. Resulta curiosa la aparición de este “derecho penal de los derechos humanos”, revestido de una característica que –en una analogía de inspiración dialéctica marxista- lleva en sí mismo el germen de su propia destrucción: su carácter virtualmente ilimitado. Obsérvese que el Juez Maqueda sostiene que este ordenamiento penal proteccionista de los derechos humanos surge de principios de *ius cogens* (cons. 49) cuya jerarquía como fuente de derecho es suprema (cons. 48), siendo preeminente inclusive respecto a tratados y constituciones. Como puede advertirse, tal derecho penal no tendría otros límites que los que pudieran surgir de la propia costumbre (los tratados no podrían limitarla, y menos aún las constituciones nacionales). Como la costumbre es una fuente difusa –a veces, *muy* difusa- parece cuando menos dudoso que pueda conocerse con claridad cuáles son los límites de este poder punitivo. Un poder de estas características difícilmente pueda alcanzar su declamado cometido de protección de los derechos humanos. Tales derechos implican, por definición, una limitación al poder, y no la creación de un “súper poder” casi ilimitado. Por otro lado, la construcción del voto presenta –en este punto- analogías con las teologías principales de occidente. Asume la existencia de un poder que no reconoce límites (a la manera del poder de Dios), pero que es utilizado de una manera exclusivamente benevolente (esta asunción, en el marco del poder humano, es marcadamente equivocada; sólo es válida en una construcción teológica, pero no cabe presumir que quienes ejercen ese poder en los asuntos humanos están revestidos de la misma bondad infinita que se le atribuye a Dios), y que por eso no debe ser temido, a diferencia de todo otro poder ilimitado.

¹⁸¹ Ver el muy ilustrativo tratamiento del tema en SABELLI, Héctor, op. cit., p. 29/30.

hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado.¹⁸² El alto magistrado sostiene seguidamente –con cita de Carlos Nino- que “hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son *universalmente válidos* independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, *lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas*. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del positivo...El sistema internacional de protección de los derechos humanos se ha constituido con un objetivo claro que va más allá de las diversas pretensiones de fundamentación para la punición contra crímenes aberrantes...se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre...*que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional*”.¹⁸³ Resulta difícil advertir cómo puede compatibilizarse el aserto inicial de que existen principios de justicia universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo en un sistema positivo y directamente exigibles, con la negación de la necesidad de opción entre una postura iusnaturalista o positivista. Del párrafo transcrito surge que existiría un sistema de derecho internacional que no se constituye a través de la codificación de un sistema de derecho positivo. Presumiblemente, el juez citado se refiere a la costumbre internacional, que así vendría a jugar el papel de una suerte de moral básica y vinculante para todos los estados.¹⁸⁴ El voto es, en cuanto prescinde de aplicar el derecho positivo en virtud de esa moralidad básica –entendida por el alto magistrado como derecho-, *metodológicamente iusnaturalista*.¹⁸⁵

También puede enrolarse en una línea similar el voto del Juez Lorenzetti, quien realiza explícitas apelaciones a estándares supralegales –aunque intenta resguardar su compromiso con el derecho positivo mediante la formulación de dichas apelaciones como argumentos complementarios de otros de derecho positivo-: así, recurre a la conocida “fórmula Radbruch” respecto al derecho insoportablemente injusto,¹⁸⁶ como

¹⁸² Considerando 33 de su voto concurrente.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Papel que posteriormente atribuye al originario derecho de gentes, con cita de Vattel. Considerando 37 de su voto concurrente.

¹⁸⁵ SABELLI, Héctor, op. cit., p. 30.

¹⁸⁶ Considerando 19 de su voto concurrente. Estimo que el citado ministro considera que “insoportablemente injusto” sería, en el caso, que algunos presuntos autores de tan graves delitos no fueran efectivamente sancionados. No me queda claro, sin embargo, qué papel concreto cumple la fórmula citada, si –reconocido su origen iusnaturalista- se sostiene que “puede ser ajustada al canon

también al “principio de realidad”, según el cual “desde las primeras versiones sobre los que es el derecho...se aceptaba que existían hechos que no pueden olvidarse”.¹⁸⁷

Volviendo a la vertiente principal del argumento de la supremacía del derecho internacional, la misma aparece con total claridad en el voto del Juez Petracchi, ya que es la única explicación plausible para la aplicación retroactiva de las normas internacionales que propicia el citado ministro.¹⁸⁸

También receptan la obligatoriedad de aplicar el derecho internacional, no obstante cualquier disposición constitucional en contrario, los votos de la Jueza Argibay¹⁸⁹ y del ex Juez Boggiano.¹⁹⁰

La postura presenta un problema bastante obvio, sobre el cual los magistrados que conformaron la pluralidad prefirieron –en general- no avanzar: la cláusula “válvula” contenida en el art. 27 de la Constitución, sobre la cual se extiende la disidencia del Juez Fayt.¹⁹¹ Según tal norma, los tratados internacionales –cualesquiera que fueren- deberán conformarse con los principios de derecho público de la Constitución Nacional. Esto implica un límite en la posibilidad de aplicar indiscriminadamente los tratados, en desmedro de las cláusulas constitucionales.

La posición internacionalista se apoya, como resulta esperable, en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en tanto dispone la imposibilidad de la invocación de normas de derecho interno como justificación del incumplimiento de tratados.

Ambas normas invocadas se refieren a su propia validez, y a su prelación frente a otras normas. Parece que, como señalaba Nino, nos encontramos ante un problema de evidente circularidad.¹⁹² Se encuentra disputada la aplicación de una norma

hermenéutico de la previsibilidad a través del control ético y del principio lógico interno del derecho” (cons. 19). En primer lugar, ¿cómo puede afirmarse que un pretendido “control ético” daría garantías de previsibilidad? Adicionalmente, si existe un principio *lógico interno* del derecho en base al cual es posible otorgar previsibilidad a la utilización de la “fórmula Radbruch”, ¿esto no quiere decir que la solución puede fundamentarse sin recurrir a valoraciones en base a principios supralegales? Estoy seguro que el Juez Lorenzetti tiene buenas respuestas para tales interrogantes –seguramente, generados por mi propia ignorancia-. Sin embargo, pienso que como los fallos de la Corte deben tener como destinatario a la comunidad toda, y no sólo a abogados especializados y/o iusfilósofos, el voto debió haber sido más explícito en este sentido.

¹⁸⁷ Considerando 23 de su voto concurrente.

¹⁸⁸ Ver, especialmente, considerandos 30 y 31 de su voto.

¹⁸⁹ Considerando 17 de su voto concurrente.

¹⁹⁰ Considerandos 14 y 26 de su voto concurrente. A pesar de ello, el ex Juez intenta convencernos de que los tratados están “a la misma altura de la Constitución”, a través de un ingenioso pero falaz artificio argumental. Ver, por ejemplo, considerando 47 de su voto concurrente.

¹⁹¹ Considerandos 45 a 61 de su disidencia.

¹⁹² Las normas que se refieren a su propia validez y prevalencia frente a otras normas presentan el problema de la autorreferencia. Para resolver el problema de circularidad que se plantea debemos

internacional (Art. 27, Convención de Viena) versus la de una norma constitucional (Art. 27, C.N.); cada una de ellas pretende darnos razones normativas para ser aplicada preferentemente frente a la otra. Es claro que no podemos resolver el problema desde la sola referencia a dichas normas ya que aplicar cualquiera de las dos por sobre la otra implica asumir precisamente aquello que debe ser objeto de demostración: que una de las normas –no importa cuál- es válida y la otra, no. Quiénes propugnan la aplicación del derecho internacional como supremo, en virtud de la prescripción de la Convención de Viena, asumen previamente que dicha prescripción es válida. Lo mismo podría decirse de quiénes sostienen la primacía constitucional.

Por ello, es necesario recurrir a consideraciones externas a ambas normas para fundar la aplicación preferente de alguna de estas disposiciones. Sin embargo creo –y en esto discrepo con Nino- que no es necesario situarse *fuera de la práctica constitucional* para resolver adecuadamente este problema de aparente difícil solución. Basta con colocarse *fuera de las normas cuya aplicación se discute*.¹⁹³ Desde este punto de vista, pienso que existen buenas razones para considerar preferente al art. 27 de la Constitución.

En primer lugar, podría esbozarse un argumento “legalista”. Dado que los órganos competentes del Estado Nacional sólo podían obligar internacionalmente al país dentro de los límites de sus atribuciones constitucionales, y considerando que dentro de ellas no cabía la reforma por vía elíptica de las previsiones constitucionales, entonces la adhesión argentina a la Convención de Viena –y, con ello, la obligatoriedad de su art. 27- sólo es válida en cuanto no contraría el art. 27 de la Constitución. Hay, entonces, razones referentes a las competencias constitucionales que indican la prevalencia de la norma constitucional-. Creo que la circularidad se rompe al considerar la existencia *anterior* de las restricciones constitucionales frente a las obligaciones internacionales asumidas. Resultaría, entonces, válido recurrir a normas integrantes de

necesariamente recurrir a consideraciones externas a las propias normas cuya validez se discute. Ver NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos...*, op. cit., p. 25/27.

¹⁹³ Adviértase que no es la *validez general* de la Constitución lo que está en discusión, sino la prelación frente al derecho internacional. La validez de la misma se asume, ya que de lo contrario ni siquiera existiría el problema concreto que intentamos resolver. Lo mismo cabe señalar respecto a la norma internacional. Es posible recurrir a *otras* disposiciones de la Convención de Viena, como pautas orientadoras o razones a tener en cuenta, ya que no está en discusión la competencia de los órganos estatales argentinos para celebrar el tratado considerado *in totum*, sino solamente la referida a contraer obligaciones que impliquen modificar la propia Constitución. Creo que, a los fines del caso, las cláusulas contenidas en los instrumentos en cuestión son separables.

la propia Constitución Nacional para juzgar la extensión de la obligación emergente de la Convención de Viena.

En segundo lugar, la propia normativa internacional prevé –en su art. 46- que la falta de competencia interna para celebrar tratados no puede ser invocada para justificar el incumplimiento del mismo *salvo que la violación fuera manifiesta y referida a una norma de derecho interno de importancia fundamental*. El carácter fundamental de los arts. 27 y 30 de la Constitución argentina no puede ser dudoso para ningún estado que se conduzca de buena fe. Siendo que la propia Constitución se declara “suprema”, que establece un procedimiento específico para su reforma y que subordina la validez de los tratados que se suscriban a su conformidad con los principios de derecho público contenidos en la misma, resulta objetivamente evidente que una modificación de los artículos mencionados por vía de un tratado no resulta válida. Por lo demás, es una posición que también ha sido sostenida en el ámbito del derecho internacional.¹⁹⁴

Algunos magistrados intentaron escapar del problema, mediante una construcción sin dudas ingeniosa, pero –nuevamente- peligrosa para los derechos individuales: la “teoría del juicio de comprobación constituyente”. Así, no existiría colisión alguna que debiera solucionarse por la Corte, ya que cuando el artículo 75 inc. 22 dispone que los tratados sobre derechos humanos allí referidos “no derogan artículo alguno” de la primera parte de la Constitución, los constituyentes habrían realizado un juicio de comprobación respecto a la compatibilidad de las normas contenidas en los tratados con los artículos constitucionales, verificando que no se produce conflicto normativo. Tal juicio no podría ser contradicho por la Corte Suprema, en tanto poder constituido.¹⁹⁵ En consecuencia, restaría al intérprete buscar la forma de hacer que ambas normas se complementen.¹⁹⁶

La formulación teórica presenta varios problemas y, afortunadamente, no ha logrado aún constituirse en una doctrina de la Corte como tal.¹⁹⁷ Se trata, claramente, de una ficción. No es posible sostener válidamente que los constituyentes han efectuado

¹⁹⁴ BROWNLIE, Ian, op. cit., p. 610/611, esp. notas 6 y 7. Ello no obstante, el autor citado reconoce que la cuestión es objeto de debate y que ninguna posición puede ser considerada como definitiva.

¹⁹⁵ Es curioso como a veces el Alto Tribunal se siente constreñido por su condición de “poder constituido”, mientras en otras ocasiones se siente a sus anchas modificando –por vía interpretativa- la Constitución hasta límites insospechados.

¹⁹⁶ A modo de ejemplo, ver considerando 10 y 12 del voto concurrente del ex Juez Boggiano; considerando 17 del voto concurrente del Juez Lorenzetti.

¹⁹⁷ No existirían causas en las cuales la línea argumental referida haya sido abrazada por, al menos, cinco miembros del Alto Tribunal. Ver considerando 57 de la disidencia del Juez Fayt. A ello cabe agregar que de los ministros que actualmente integran la Corte, sólo el Juez Lorenzetti ha sostenido argumentos encuadrables en dicha tesisura.

una comprobación de *todos* los artículos contenidos en los instrumentos internacionales en cuestión, confrontándolos con la *totalidad* de las normas que integran la primera parte de la Constitución, en todos los potencialmente *infinitos* supuestos de hecho imaginables. Como ha destacado con claridad la Academia Nacional de Derecho, en ocasión de referirse al caso “Arancibia Clavel”, “...el lenguaje de la Constitución es lenguaje jurídico y no debe reducirse a lenguaje informativo. Cuando la constitución dice ‘no derogan artículo alguno’ no nos está informando la comprobación de un hecho; está estableciendo una norma. Es el mismo caso del artículo 15, cuando dice ‘en la Nación Argentina no hay esclavos...’; no está informando la inexistencia fáctica de personas sujetas a esa servidumbre; está aboliendo la esclavitud. *El texto del art. 75, inc. 22, no nos está informando de cierta actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vigencia de todos los artículos de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional que, por el mecanismo previsto, se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional.*”¹⁹⁸

Por lo demás, y como ficción que es, la construcción a la que me vengo refiriendo debería encontrarse debidamente justificada. A mi juicio, no lo está. No se advierte por qué debe leerse la frase “no derogan artículo alguno” en la manera propuesta por el ex Juez Boggiano, y no como una prescripción según la cual el intérprete debe hacer que efectivamente no se produzca una derogación. Como es indudable que pueden producirse, y de hecho se producen, colisiones normativas entre las prescripciones internacionales y las contenidas en la Constitución, la posición del ex Juez Boggiano implica legitimar una reforma constitucional para la cual la Convención Constituyente de 1994 no estaba autorizada. Resulta mucho más razonable y, además, mejor justificado dentro del marco constitucional argentino, entender la frase mentada como el cumplimiento de la obligación de preservación de la primera parte de la Constitución que pesaba sobre el constituyente del ’94.

El Juez Lorenzetti, en postura sustancialmente similar, sostiene que la incorporación de los tratados en cuestión es una decisión de los Constituyentes no susceptible de discusión por los poderes constituidos. Ello dejaría a los jueces una facultad “claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en

¹⁹⁸ Punto 8 del Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, referido a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Arancibia Clavel”, dado en la sesión del 07/12/2004. El destacado es propio.

los principios de armonización, complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones”.¹⁹⁹ Como resulta evidente, existirán ciertos casos en los que la *única* manera que todas las disposiciones mantengan “pleno significado” será mediante la introducción de cláusulas de excepción como las referidas en el punto anterior de este mismo acápite.

Este tipo de construcción argumental abre la puerta para la formación de nuevas “burbujas” en la primera parte de nuestra Constitución, a ser llenadas mediante interpretaciones basadas en costumbres internacionales cuya existencia es dudosa, jurisprudencia sentada en casos no asimilables al caso, *obiter dicta*, pronunciamientos de órganos *políticos* que son asimilados a pronunciamientos jurisdiccionales,²⁰⁰ etc. Estas potenciales “burbujas” pasan a ser terreno fértil para disputas políticas, disfrazadas de disputas jurídicas.

Como puede apreciarse, la argumentación de la pluralidad en “Simón” no puede escapar de los tintes reformistas. Cabe preguntarse si ese tipo de reformas es legítima.

c) Una respuesta tentativa al interrogante.

Bruce Ackerman ha sostenido una atractiva tesis según la cual la Constitución puede ser reformada “extratextualmente”, en forma legítima, proceso en el cual la Corte Suprema juega un rol especial. Así, al lado del procedimiento “formal” de reforma de la Constitución –que en nuestro caso es el establecido en el art. 30-, existiría una vía “informal”, tan legítima como aquélla. Resulta interesante explorar, aunque más no sea superficialmente, las posibilidades teóricas de una propuesta tal, ya que de resultar convincente, podría ayudarnos a explicar, y quizás justificar, la sentencia bajo análisis.²⁰¹

¹⁹⁹ Considerando 17 de su voto concurrente. Este tipo de argumentos son una muestra adicional respecto al desplazamiento que viene sufriendo el control de legalidad en la jurisprudencia de la Corte.

²⁰⁰ A tal respecto, dista mucho de ser antojadiza la referencia hecha en el considerando 86 de la disidencia del Juez Fayt.

²⁰¹ Tal posibilidad ha sido sugerida, aunque sin ninguna profundización ulterior, en el Punto VIII.A del primer dictamen de la Procuración General de la Nación, que se limita a citar a Ackerman e invocar su autoridad pero sin desarrollar convincentemente las razones por las cuales sostiene que habría ocurrido un nuevo “momento constitucional” en el país. Ideas similares, referidas a la “evolución de la conciencia jurídica universal” y la existencia de un “nuevo paradigma valorativo” aparecen en el segundo dictamen de la Procuración (Punto VI.3), como así también en distintos votos de la Corte (cons. 14 y 15 del voto del Juez Petracchi; cons. 27 del voto concurrente del ex Juez Boggiano; cons. 23 del voto concurrente del Juez Lorenzetti)

En forma extremadamente simplificada,²⁰² la tesis se apoya en una construcción “dualista” de la democracia, según la cual la vida política de una comunidad puede dividirse en dos grandes momentos: la “política ordinaria” y la “política constitucional”. En la primera, que es la predominante en cuanto al desarrollo histórico de la vida comunitaria, los ciudadanos se ocupan “de sus cosas” y guardan respecto a las cuestiones de conducción de la “cosa pública” actitudes vinculadas a la apatía, la ignorancia y el egoísmo. Dedican la mayor parte de su tiempo a la “vida privada”, y delegan en sus representantes electos las difíciles –y no necesariamente interesantes– tareas de conducción de la comunidad. Expresión de este tipo de política son las leyes y decretos dictados por los “representantes del pueblo”, pero que en rigor no constituyen la verdadera voz del mismo. La segunda, por el contrario, se caracteriza por períodos de relativa agitación ciudadana, en los cuáles predominan “juicios considerados” o “reflexivos” de los ciudadanos respecto a los derechos e intereses permanentes de la comunidad. Durante los mismos se formulan los grandes principios constitucionales, que regirán a la comunidad en lo sucesivo, hasta su modificación –por vía “formal” o “informal”-. La manifestación de estos episodios no es tan clara como la de los correspondientes a la “política normal”, salvo por supuesto cuando se realiza una reforma por los carriles “formales”.²⁰³

Estos períodos trasformativos de la constitución política se caracterizan por la presencia de cuatro fases o etapas: ostensión, propuesta, deliberación y codificación. En la primera, quienes intenten reformar “extratextualmente” la Constitución deben alertar a sus conciudadanos de sus intenciones, deben hacer saber “al pueblo” que se está gestando el tránsito desde el carril de la “política ordinaria” al de la “política constitucional”. Deben, en suma, ganarse el derecho de proponer su agenda reformista ante el gran público. En la segunda etapa, debe presentarse el programa reformista como una “propuesta coherente” y “precisa” para el cambio constitucional. Luego, se transita un prolongado período de “deliberación popular movilizadora”, en el cual se discute aquel programa en forma amplia y comprensiva de los diversos sectores del pueblo. Quienes pretenden la reforma “informal” deben involucrarse en un debate serio con sus

²⁰² Sigo aquí, en honor a la brevedad expositiva, la excelente síntesis de ALONSO, Gabriela, op. cit., p. 5/18.

²⁰³ Que, obviamente, no es lo que interesa particularmente a Ackerman. Debe aclararse además que las reformas “formales” pueden ser –y, probablemente, en muchos casos efectivamente lo serán– “momentos constitucionales”, pero ello no es necesariamente así. Es concebible que una mayoría de políticos profesionales obtenga el apoyo necesario para lograr una reforma “formal” sin que se logre el estado de deliberación autoconciente necesario para la existencia de un “momento constitucional”.

conciudadanos, a fin de ganar su “apoyo profundo” que debe expresarse en un consentimiento supermayoritario –que se vuelca institucionalmente, si bien no a través de los mecanismos previstos para la reforma constitucional-. Finalmente, la modificación se “codifica” a través de “decisiones transformadoras” de la Corte Suprema, que reflejan los nuevos principios.

A su vez, para distinguir un “momento constitucional exitoso” de otros intentos de menor entidad, Ackerman propone cuatro criterios: 1) la existencia de un alegado mandato por parte de uno de los tres poderes nacionales conducente a la sanción de “legislación transformadora”; 2) la resistencia por otro poder de la Nación; 3) una elección crítica, en la que el pueblo tiene ocasión de deliberar y elegir entre las posiciones constitucionales opuestas; y 4) un “giro en el tiempo”, por el cual el poder nacional inicialmente reticente manifiesta su aquiescencia con la voluntad popular, seguido de la “codificación” a través de “decisiones transformadoras” de la Corte Suprema.²⁰⁴

La propuesta de Ackerman es original y –debido a su base historicista- tiene un componente descriptivo²⁰⁵ que puede ser de interés, pero presenta problemas de envergadura.²⁰⁶ Sin embargo, asumamos por un momento que es una forma de “leer”

²⁰⁴ Es interesante destacar el rol que la teoría reserva para el Poder Judicial y el control de constitucionalidad. Cuando un tribunal de justicia declara inconstitucional una norma, lo que está haciendo –en opinión de Ackerman- no es imponer *contramayoritariamente* sus propias preferencias políticas, sino llamando la atención de la ciudadanía respecto a que los representantes electos no están intentando gobernar dentro del marco de principios que es el legado de anteriores movilizaciones populares exitosas, sino que están reclamando la autoridad para reformular esos principios fundamentales en nombre de “el pueblo”. Es decir, está avisando sobre el intento del paso de la “política ordinaria” a la “política constitucional”. Si el mecanismo es exitoso, el Poder Judicial “codificará” luego los nuevos principios, validados por el pueblo. Ver, por ejemplo, ACKERMAN, Bruce, *La política...*, op. cit., p. 89.

²⁰⁵ Obviamente, de la práctica estadounidense. Aunque creo que la formulación teórica tiene una estructura que permite su “confrontación” con otras realidades.

²⁰⁶ Sólo por mencionar algunos de los problemas más importantes, traigo a colación los siguientes: Posner destaca con agudeza que la tesis de Ackerman no sobrevive al “test del tirano demagogo”. Piénsese en el siguiente ejemplo: un demagogo de estilo “hitleriano” es democráticamente elegido presidente, en ejercicio de cuyas funciones logra convencer al Congreso de sancionar leyes que arrasen con las libertades básicas protegidas por la Constitución; los tribunales podrían declarar tales leyes, en principio, inconstitucionales; sin embargo, si el demagogo fuera reelegido en medio de una creciente indignación popular con el “obstruccionismo” judicial, esta secuencia crearía –para la teoría analizada- una “revolución constitucional” que la siguiente generación de jueces estaría *legalmente* obligada a “codificar” y respetar, aún en contra de los textos constitucionales explícitos. Se trata de una suerte de “positivismo legal sin ley positiva”. Cfr. POSNER, Richard, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1995, p. 219. Por lo demás, y dejando de lado los problemas prácticos de la implementación de la tesis –cómo determinar si ha sucedido ese momento constitucional y cómo interpretar sus manifestaciones frecuentemente amorfas, por ejemplo-, la existencia de procedimientos “formales” de reforma –nuestro art. 30- constituye una herramienta conceptual fundamental para distinguir el derecho de la política, distinción que se oscurece notablemente con este tipo de tesis. Cfr. ALONSO, Gabriela, op. cit., p. 20. A lo que puede agregarse que, aún aceptando la base de la tesis de Ackerman respecto a que existen decisiones políticas diferenciadas –que él divide en “política ordinaria” y “política constitucional”-, de ello no se sigue que existan solamente dos niveles o tipos de acción

nuestra práctica constitucional suficientemente atractiva, y que estaríamos dispuestos a aceptarla desde un punto de vista normativo. ¿Es suficiente para justificar la decisión en “Simón”? ¿La Corte simplemente “codificó” un “momento constitucional exitoso”?

No. Ni siquiera una teoría, en principio, tan radicalmente democrática y despreocupada por la legalidad explica adecuadamente el fallo “Simón”. Los criterios requeridos por la teoría no aparecen cumplidos en el caso. Veamos.

El alegado mandato de “hablar por el pueblo” podría decirse que existió. Los legisladores nacionales parecen haberse auto-atribuido esa facultad mediante la sanción de la ley 25.779. No hubo, sin embargo, ningún poder que se “resistiera” y “llamara la atención del pueblo” sobre lo que se estaba intentado hacer.²⁰⁷ No hubo, entonces, una adecuada conformación de la “ostensión” ni de la “propuesta”. En consecuencia, tampoco existió el extenso período de deliberación ciudadana auto-conciente y movilizadora requerido. No hubo una elección intermedia crucial, en la que el tema haya sido parte central del debate, permitiendo la formación de “juicios considerados” de la ciudadanía al respecto. Finalmente, no hubo ningún “giro” en el tiempo del poder originalmente remiso, ya que jamás existió tal. La Corte no “codificó” ningún “momento constitucional exitoso” sino que ella misma llevó la bandera reformista.

Creo que, por diferentes razones, el “último momento constitucional exitoso” – para usar la terminología propia de la teoría en cuestión- argentino fue eminentemente formal: la reforma de 1994. Allí se discutió una serie más o menos extensa de temas (dominados, obviamente, por la cuestión de la reelección presidencial) y el pueblo votó por los convencionales, de acuerdo a sus preferencias políticas en relación con las posiciones sostenidas por dichos convencionales respecto a los temas de reforma habilitados.²⁰⁸

Más allá del argumento válido referente a la falta de competencia de la Convención para reformar tanto el artículo 18 como el 27 de la C.N., a la luz de la ley 24.309 (arts. 6 y 7) y de la doctrina emanada del caso “Fayt”,²⁰⁹ cabe agregar que aún

política claramente diferenciables. Quizás sería más propicio hablar de un *continuo* en el cual existen acciones políticas distinguibles por su “intensidad”, y no de la manera drástica en que propone Ackerman. Ver GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 140.

²⁰⁷ Hubo alguna declaración de inconstitucionalidad aislada de la ley 25.779, pero entremezclada con unas cuantas declaraciones en sentido contrario, y sin que la propia Corte –que es la cabeza del Poder Judicial y su porción más visible- efectuara el hipotético “llamado de alerta ciudadana”.

²⁰⁸ Cfr. Considerandos 7 y 8 del voto de la mayoría, CS *in re* “Fayt”, supra citado nota 64.

²⁰⁹ Argumento sumamente complicado para la pluralidad de la Corte, como parece advertir el ex Juez Boggiano en el considerando 12 de su voto concurrente. Por las mismas razones, creo que yerran quienes (ver, por ejemplo, PÍZZOLO, Calógero, “Cuando la Constitución vence al tiempo: sobre la

cuando prescindieramos de él, lo cierto es que la Convención *no modificó* ninguno de ellos. Ello surge del análisis de las manifestaciones de los convencionales intervinientes,²¹⁰ como así también de los dictámenes mayoritarios, en los cuáles se rechazó expresamente la propuesta de otorgar supremacía al derecho internacional, como así también la de alterar –aunque fuere por vía interpretativa– los derechos contenidos en la primera parte de la Constitución.²¹¹

Incorporando ahora el argumento de los límites jurídicos al ejercicio del poder constituyente derivado,²¹² puede concluirse con facilidad que los dos caminos emprendidos por la Corte en el caso “Simón” (introducción de una cláusula de

inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso ‘Simón’”, L.L. 2005-D, 510; y del mismo autor, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal”, en L.L. 10/06/2006, p. 1 y ss) sostienen que la supremacía constitucional no se ve afectada en tanto es la propia Constitución la que determina que ella comparte la cúspide del ordenamiento con los tratados “constitucionalizados” (o, si se prefiere, “con jerarquía constitucional). En virtud de ello, se mantendría la *función fundacional* de la Constitución (única irrenunciable, en su opinión) y por derivación directa, arguye el autor, también su supremacía. Así, los conflictos normativos que se generaran en el interior de lo que el autor denomina el “bloque de constitucionalidad federal” deberían resolverse mediante el principio de la “integración incluyente” (similar a las tesis sostenidas por el ex Juez Boggiano y el Juez Lorenzetti), sin que ninguna de las normas pudiera excluir a las otras. La teoría esbozada es superficialmente atractiva, y seguramente muy bienintencionada. Sin embargo, presenta dos graves defectos. En primer lugar, no se hace cargo de que *los constituyentes de 1994 no estaban habilitados* para efectuar la alteración jerárquica pretendida por el autor, en tanto la misma modificara *en cualquier forma* los derechos contenidos en la primera parte de la Constitución. La postura da por sentado, precisamente, aquello que debía demostrar (esto es, que en el marco de lo dispuesto por la ley 24.309, la supuesta reforma del sistema de fuentes constitucional –tal como la entiende el autor– es válida). En segundo lugar, esta tesis minimiza los conflictos posibles en el marco del llamado “bloque de constitucionalidad federal”. Parecería que bastaría con recurrir alegremente al principio de “integración incluyente” para que se solucionaran mágicamente casos de evidentes colisiones de normas. Hay que reconocer que la aplicación de dicho principio implica el ejercicio de una opción, que obviamente no es neutral. Hay que elegir aplicar una norma u otra, o en todo caso, introducir una excepción a alguna de ellas. Y Pízzolo no nos da razones por las cuales debiéramos preferir una solución sobre otra. Específicamente, no nos da buenas razones para justificar que, en casos concretos, el “principio de integración incluyente” implique, *válidamente y a pesar de las restricciones que pesaban sobre el Constituyente en 1994*, la modificación de los derechos garantizados por la primera parte de la Constitución. Por lo demás, la comprobación respecto a la existencia o no de modificaciones a dichos derechos no es un “juicio constituyente” posible y válido *ex ante*, sino algo que sólo puede verificarse judicialmente en casos concretos. Por ello, el texto contenido en el art. 75 inc. 22 no es inconstitucional en sí mismo. Sí lo son las interpretaciones del tenor de la sostenida por Pízzolo. Tampoco es cierto, como parece sostener (PÍZZOLO, Calógero, “Cuando la Constitución...”, op. cit., p. 529), que a la luz del art. 75 inc. 22, la *función de concordancia* sea ejercida conjuntamente por la Constitución y “normas convencionales internacionales”. En “Simón” –fallo comentado precisamente en el artículo donde el autor hace la afirmación citada– más bien parece que la mentada función viene a ser cumplida por “normas consuetudinarias internacionales”, e interpretaciones políticas y jurisprudenciales de las normas convencionales.

²¹⁰ Método interpretativo que, sin dudas, presenta problemas, pero que puede servir como valioso punto de partida.

²¹¹ Un desarrollo prolijo y muy bien fundado respecto a estas ideas, puede verse en BADENI, Gregorio, “El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional”, L.L. 2005-D, 639. Es ilustrativa la cita efectuada por el autor respecto a una propuesta de declarar inaminiestables los crímenes de lesa humanidad, que fuera rechazada por la Convención.

²¹² El argumento está muy bien desarrollado en GARCÍA-MANSILLA, Manuel J.-RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional –Los Principios Fundamentales del Derecho Público Argentino–*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p.220/224.

excepción al art. 18, o una interpretación dinámica del art. 27 de la C.N. que coloque al derecho internacional por encima del texto constitucional) no constituyen interpretaciones plausibles de la Constitución reformada. Si los propios constituyentes rechazaron, hace poco más de diez años y en el acto mismo de “constitucionalizar” los tratados referidos en el fallo, las interpretaciones propuestas, ¿cómo considerarlas válidas hoy, sin avanzar ninguna razón de peso que avale ese cambio? Si la Convención no estaba habilitada a efectuar reformas tales –limitación de la que los convencionales eran plenamente concientes, como surge de los debates-, ¿está la Corte habilitada a llevarlas adelante?

La Corte Suprema no ha “interpretado” la Constitución, sino que directamente la ha reformado. A su vez, y dado el carácter fundamental de las normas objeto de reforma en el caso, podría pensarse que el Alto Tribunal ha sentado las bases para una verdadera revolución constitucional; revolución que, de ocurrir, tendrá lugar tanto en la arena política como en los tribunales de justicia.

Los ministros que conformaron la pluralidad no han “codificado” revolución alguna -en términos ackermanianos-; son ellos mismos “partícipes revolucionarios”, como consecuencia del camino argumental elegido. Su lugar en la historia será determinado no por la fidelidad a esa revolución, sino por el éxito que eventualmente tenga la misma.²¹³

4) ¿Constitucionalismo popular mediado o mero “posibilismo” ilimitado?

Es difícil preguntarse cuál es la teoría constitucional subyacente a la sentencia comentada, cuando ésta se compone de 8 votos individuales que, además, más allá de algunos puntos de contacto, siguen líneas de argumentación con matices propios. Sin embargo, dada la solución sustantiva a la que arribó el Alto Tribunal en el caso, creo que es posible formularse la pregunta, con alguna posibilidad de obtener al menos algunas pistas que nos permitan esbozar una respuesta.

²¹³ Permítaseme la paráfrasis. La idea original es de POSNER, Richard, op. cit., p. 223, quien sostiene que la expresada en el texto principal es la razón por la cual Holmes, Jackson, Stone y Warren son “héroes judiciales” norteamericanos, mientras que Taney, Brown y Peckham son “villanos”.

Lo primero que uno podría pensar es que la pluralidad de la Corte, siguiendo la línea de “Bustos”, tomó una decisión “pragmática”.²¹⁴ La manera en que fueron obviadas las restricciones constitucionales que eran aplicables al caso podría hacer pensar que “Simón” es una decisión tomada exclusivamente en miras a las “mejores consecuencias” que, a criterio de los votantes, tendría la sentencia y con prescindencia de las determinaciones normativas vigentes.

Sin embargo, y más allá de que persiste en el fondo cierto “aroma pragmático”, la línea argumentativa de los diferentes votos discurre por carriles bien diferentes. El fallo mira permanentemente “hacia atrás”, e intenta apoyarse en obligaciones –de derecho internacional- supuestamente preexistentes –al menos- a las “leyes de impunidad”. A su vez, existen referencias varias a ideas tales como “el estado actual de la conciencia jurídica”,²¹⁵ “el grado de maduración de la sociedad actual sobre la concepción de la justicia”,²¹⁶ una “profunda conversión de nuestro pensamiento”²¹⁷ y otras que –de una manera u otra- refieren a posiciones que, supuestamente, tendría el pueblo argentino respecto al tema.²¹⁸ *Posiciones que deben ser debidamente consideradas por los jueces al resolver.*

Durante los últimos años ha cobrado fuerza un movimiento teórico que reclama una mayor participación del pueblo en la toma de decisiones constitucionales.²¹⁹ Esta posición engloba a un número creciente de autores, cuyos trabajos presentan matices diferenciales que impiden englobarlos fácilmente. Sin perjuicio de ello, una nota distintiva de la postura comentada es que, al menos, cuestiona que los jueces tengan la *última* palabra en materia de interpretación constitucional.²²⁰ Postulan, quizás, una versión más débil de lo que corrientemente entendemos por constitucionalismo.²²¹ Suele denominarse a este tipo de posiciones teóricas, “constitucionalismo popular”.

²¹⁴ Sobre el “pragmatismo constitucional” como teoría interpretativa y de adjudicación, puede consultarse FALLON, Richard H. (Jr.), “How to choose a constitutional theory”, *Cal. L. Rev.*, (May 1999), p. 564; para una defensa de dicha concepción de adjudicación, POSNER, Richard, *op. cit.*, *passim*.

²¹⁵ Por ejemplo, ver considerando 27 del voto concurrente del ex Juez Boggiano, aunque en el caso de este voto la conciencia jurídica referida es la de los “Estados”.

²¹⁶ Considerando 12 del voto concurrente del Juez Lorenzetti.

²¹⁷ Idea que aparece, con indudable atractivo retórico pero escasa fuerza persuasiva, en el Punto VI.A del primer dictamen de la Procuración General.

²¹⁸ En ocasiones, el espectro de los posibles “opinantes” se amplía hasta la humanidad toda.

²¹⁹ GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, p. 173-188.

²²⁰ Autores como Waldron rechazan directamente la idea de la legitimidad de cualquier control judicial de constitucionalidad. Ver, por ejemplo, WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, New York, 1999, esp. p. 209-312.

²²¹ Ver, por ejemplo, BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 235.

A su vez, se ha sostenido que este “constitucionalismo popular” no es directo, sino que es “mediado”, de diversas maneras.²²² Según esta tesis, los jueces en líneas generales no se apartarían demasiado de las opiniones populares sobre los temas sometidos a su resolución. Jugarían un rol de identificación de los valores constitucionales que alcanzan un apoyo general a lo largo del tiempo, y sus decisiones necesariamente deberían encuadrar dentro de un margen aceptable para la opinión popular.²²³ Sin embargo, no toda decisión contraria a las preferencias mayoritarias actuales implicaría la pérdida del poder o la credibilidad de los jueces, ya que existiría una importante reserva de “apoyo difuso”, según la cual la ciudadanía apoyaría la práctica del control judicial de constitucionalidad, aún cuando en ocasiones esté disgustada por algunas decisiones concretas.²²⁴

Lo que resulta claro es que, cualquiera sea la tesis que se adhiera y en tanto no se rechace radicalmente la práctica del control judicial de constitucionalidad, el “constitucionalismo popular” no puede significar simplemente que los jueces deban decidir según las preferencias políticas de las mayorías coyunturales.

Podemos preguntarnos, ¿es “Simón” una manifestación de este tipo de tendencia teórica? Me parece que no, aunque algunos rasgos aparecidos en ciertos votos podrían inducirnos a pensar lo contrario.

El Juez Lorenzetti da muestras de encontrarse cerca de alguna concepción similar a la comentada. En su opinión, al menos -y esto no es en sí mismo criticable- “la Corte Suprema...no debe ignorar el *estado de conciencia mayoritario* de la comunidad en un tiempo determinado”,²²⁵ a cuyo efecto debe tomar en consideración el consenso expresado por el Congreso de la Nación mediante la ley 25.779. Una idea similar parece subyacer al pensamiento del Juez Zaffaroni, quien destaca la utilidad de la ley 25.779 en tanto brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia resulta

²²² Entre ellas: 1) por la manera en que el público recibe la información acerca de lo que los tribunales hacen; 2) por la manera en que el público puede responder, y efectivamente responde a las decisiones judiciales; y, 3) la medida en que los tribunales pueden estar al corriente de la opinión pública y toman cuenta de ella. FRIEDMAN, Barry, “Constitucionalismo popular mediado”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Año 6, Número 1, Octubre de 2005, p. 123/160. Ver, en el mismo número de la publicación citada, las críticas efectuadas por Roberto Gargarella (“Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’, p. 161/168) y las respuestas del autor (“Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella”, p. 169/173).

²²³ FRIEDMAN, Barry, op. cit., p. 128/129.

²²⁴ FRIEDMAN, Barry, op. cit. p. 142 y ss.

²²⁵ Considerando 27 de su voto concurrente. El destacado es propio.

del “funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado, y no dependa únicamente de la decisión judicial”.²²⁶

Sin embargo es, cuando menos, dudoso que haya en la decisión comentada algún tipo de “mediación” entre las preferencias del sector político que detenta actualmente el poder estatal y lo decidido concretamente. Tampoco existe una palabra, aunque no fuere la *última*, de la judicatura en el sentido de la defensa de los principios y reglas constitucionales tal como han sido entendidas hasta hoy. ¿Hay realmente un apoyo popular profundo respecto a la posibilidad de que el Congreso “borre con el codo lo escrito con la mano”?²²⁷ ¿Son valores constitucionales ampliamente compartidos los que sustentan la posibilidad de excepcionar cláusulas constitucionales tales como el art. 18 de la Constitución Nacional? ¿La existencia de un derecho individual casi absoluto de las víctimas al castigo de individuos concretos es fruto de un consenso ciudadano conciente? ¿Sabe la ciudadanía que, actualmente, la Constitución Nacional ha dejado de ser suprema, para encontrarse subordinada no sólo a tratados firmados por la Nación, sino también a supuestas costumbres internacionales? ¿Queremos los argentinos que, más allá de la “aplastante enormidad del horror”,²²⁸ las leyes penales puedan tener atributos provenientes de fuentes difusas y manipulables, renunciando a logros de siglos de lucha por un derecho penal liberal?²²⁹ La decisión de crear subgrupos de personas - cualquiera sea el disvalor de sus acciones y lo repudiable que nos parezcan- excluidas de los beneficios de los derechos humanos, ¿es demostrativa de valores emergentes de un consenso profundo y comprometido?

Lo decidido en “Camps”,²³⁰ bien o mal, era la convalidación de una decisión democrática (las “leyes de impunidad”).²³¹ La derogación, y posterior “anulación” de aquella primigenia decisión fue fruto también de la manifestación de órganos políticos

²²⁶ Considerando 36 de su voto concurrente.

²²⁷ Vale aclarar que la “lo escrito con la mano” había sido sancionado con un amplio apoyo de los sectores mayoritarios de la Argentina de la época. Si la ficción representativa debe jugar algún papel en una teoría constitucional, debe jugarlo siempre. No sólo cuando nos agrada lo decidido. De lo contrario, deberíamos renunciar a ella. Cabe agregar que “lo escrito con la mano”, había sido convalidado por la Corte Suprema.

²²⁸ Ver considerando 94 de la disidencia del Juez Fayt.

²²⁹ Una visión liberal de las garantías penales implica que el proceso penal esté fuertemente estructurado en contra de la condena de un inocente, generando un “margen de seguridad” en las decisiones. No implica, por sí, que el proceso penal sea más preciso, en cuanto a la posibilidad de que la decisión sobre la inocencia o culpabilidad sea la correcta. Esta visión implica la minimización –en lo posible, la erradicación- de condenas o tratamientos injustos a los inocentes, aún a riesgo de que algunos culpables no sean condenados. Una elaboración breve, pero inteligente de la misma puede verse en DWORKIN, Ronald, *A Matter...*, op. cit., p. 197/198.

²³⁰ Fallos 310:1162.

²³¹ El argumento “democrático” respecto a la validez de las leyes 23.492 y 23.521 es desarrollado por el Juez Fayt en el considerando 80 de su disidencia.

que han de reflejar opiniones mayoritarias. La decisión dada en la causa “Simón” es la convalidación de estos últimos actos “democráticos”, contradictorios con los anteriores y –en mi opinión- con la Constitución.

No advierto en la secuencia más que decisiones “mayoritarias” que se suceden en un ir y venir que refleja las luchas políticas y los distintos sectores dominantes en cada momento. A su vez, veo que *nada* de lo que hayamos hecho en el pasado –sea bueno, malo o regular- constriñe las posibilidades de imposición de valores de las nuevas mayorías coyunturales. No hay pre-compromisos ni promesas válidas. Aún, cuando hayan sido hechas en el nivel constitucional. No hay defensa de las minorías – hoy, quizás, calificables como “discretas” e “insulares”- que nos resultan repudiables.

Por eso, más que el “constitucionalismo popular”, mediado o no, que a primera vista pudiera reflejar la sentencia, lo que creo subyace a la misma es cierta impotencia institucional para mantener el juego político dentro de ciertos límites asumidos con anterioridad. Lo que el fallo refleja es la “reversibilidad de toda posibilidad y alternativa que surja en el marco constitucional”,²³² la expresión de la idea de que las normas son “pura posibilidad jurídica”,²³³ libradas a la determinación emergente a cada momento del juego político; en suma, la concreción de un “posibilismo”, pero desentendido de los límites que preocupan –y sostienen- aún quienes propugnan este tipo de pensamiento jurídico.²³⁴

5) De caballos “troyanos”, buenas intenciones y el camino al infierno (algunas reflexiones finales).

La sentencia comentada se caracteriza por una profunda mirada al pasado, y eso es algo cuyo mérito no deberíamos subestimar. Mirar “hacia atrás” es también una parte importante de la función judicial. Lo que pasó tiene mucho que ver con cómo deben decidirse las cuestiones constitucionales planteadas en el marco de casos concretos. Máxime, cuando están involucradas cuestiones que tocan profundamente la sensibilidad de las personas y donde, como en el caso, la justicia última de los reclamos está fuera de duda. Las consecuencias posibles de las decisiones son, sin dudas, elementos a considerar seriamente al momento de ejercer la judicatura –especialmente si es

²³² HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 68.

²³³ HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 72.

²³⁴ A modo de ejemplo, HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 74 y ss, esp. p. 80.

constitucional-, pero no son los únicos elementos a tener en cuenta. “Simón” hace un análisis retrospectivo de importancia, y en ese sentido, es válido el esfuerzo. Concretamente, más allá de que el retribucionismo penal no sea tal vez una tesis sostenible,²³⁵ quizás sea cierto que no es fácil evitar algo *parecido* al retribucionismo.²³⁶ Hay, entonces, algo en ese “mirar hacia atrás” de “Simón” que es valioso.

Además, la sentencia destila buenas intenciones. No me cabe duda que tanto quienes votaron por confirmación de las resoluciones de grado, como el solitario ministro que votó en disidencia, persiguieron el logro de fines loables. Castigar a quienes utilizaron el aparato estatal para sembrar el terror entre sus congéneres, sin dudas, lo es. También lo es intentar fijar límites a la utilización de soluciones excepcionales, modificar decisiones que se estiman gravemente equivocadas, o intentar paliar los problemas propios de nuestro sistema de control difuso.²³⁷ Pero con las buenas intenciones no alcanza para construir un Estado de Derecho fuerte. Antes bien, creo que este dechado de buenas intenciones socava las bases mismas del Estado Constitucional de Derecho que tanto nos está costando construir.

La aplicación retroactiva de las normas debilita el Estado de Derecho.²³⁸ Quita predictibilidad y estabilidad al sistema,²³⁹ a la vez que permite la “manipulación” que tanto preocupa a la Jueza Argibay. Asimismo, oscurece la distinción entre política y derecho, que –se me ocurre- deberíamos tener un poco más presente. Permite, en pocas palabras, la imposición autoritaria de valores, aún cuando sea bajo el atractivo ropaje de la democracia y mediante el seductor lenguaje de los derechos humanos. Esto no se ve alterado porque, como en el caso, compartamos los valores impuestos.

²³⁵ Una crítica muy interesante en esta línea puede verse en NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos –Un ensayo de fundamentación–*, 2da edición ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 448/451.

²³⁶ SCANLON, T.M., “Castigo Penal e imperio de la ley”, en KOH, Harold H.-SLYE, Ronald C. (Compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 305. El destacado es del original.

²³⁷ Sin perjuicio de ello, y antes de rasgarnos las vestiduras por dichos problemas, deberíamos reflexionar seriamente sobre los inconvenientes de los sistemas concentrados, que a veces se propugnan como la panacea que solucionará todos los problemas de nuestra jurisdicción constitucional. No es el lugar para opinar extensamente sobre ello, pero debo decir que creo que ocurriría exactamente lo contrario. La concentración del control exacerbaría la politización “partidista” o, mejor, “personalista” de las decisiones, dejando a los ciudadanos aún más desprotegidos frente al poder. A la vez, es probable que aumentara sensiblemente los costos individuales de lograr el control constitucional.

²³⁸ NINO, Carlos Santiago, *Un país...*, op. cit., p. 41/42.

²³⁹ Que si bien, por cierto, no son valores absolutos, sí son necesarios para que un sistema legal determinado sea viable.

Es también nociva para la vigencia efectiva de la Constitución la formulación de principios “excepcionales”, aún cuando se intente rodear a los mismos de innumerables previsiones restrictivas. Una vez abierto el corral de las bestias “emergencistas”, no hay poder judicial que las vuelva a meter dentro. Mejor que advertir y prevenir sobre lo que no se debe hacer, dejando para mejor ocasión la efectividad de los apercibimientos, sería controlar con un ojo “menos benévolo” la invocación de circunstancias excepcionales. En el caso, creo que hubiera sido mucho mejor declarar la inconstitucionalidad de la ley 25.779. El tiempo dirá si tengo razón, o mis temores son infundados.

Tampoco mejora nuestro Estado de Derecho la particular visión del castigo que consagra el fallo comentado. Parecería que, en cierto tipo de delitos, los familiares de las víctimas tienen un derecho subjetivo internacionalmente garantizado al castigo efectivo de todos y cada uno de los responsables o partícipes de aquéllos. El deber estatal de investigar, como destaca el Juez Fayt, en modo alguno supone condenar a *todos* los involucrados, sin distinción de responsabilidades ni límite temporal alguno.²⁴⁰ Podrá, en todo caso, argumentarse la conveniencia, la justicia o aún la necesidad de que todos –o el mayor número posible- de ciertos delincuentes deben ser perseguidos hasta donde lleguen los medios disponibles. Pero eso debe hacerse sobre otros razonamientos distintos del supuesto “derecho subjetivo a la punición total” de claro sabor “talional”, y consecuencias que –llevadas a su extremo lógico- seguramente desearíamos evitar. ¿Se interpretará mañana que el derecho en cuestión se extiende no solamente al hecho de que todos los presuntos responsables de determinados delitos –personas concretas- sean castigados, sino que también comprende que se imponga un castigo determinado (por ejemplo, “x” años de prisión o, inclusive la muerte)? ¿Deberá la pena guardar relación directa con los males sufridos por los familiares de las víctimas? En ese caso, estaremos nuevamente en problemas –los propios de la justicia humana- ya que no parece concebible que se pueda aplicar una pena que sea efectivamente proporcionada a la enormidad y el horror de ciertos delitos. Detrás de una concepción tal, más que la idea de justicia, parece encontrarse la de venganza.²⁴¹

La doctrina de “Simón”, en sus aspectos problemáticos al menos y en los puntos en que puede decirse que hay una doctrina, no presenta posibilidades de aplicación futura. Piénsese que en cualquier caso similar que se planteara en el futuro los hechos

²⁴⁰ Considerando 83 de su disidencia.

²⁴¹ NINO, Carlos Santiago, *Ética...*, op. cit., p. 450.

habrían ocurrido con posterioridad tanto a la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos como a las interpretaciones jurisprudenciales hoy aplicadas retroactivamente. Los arts. 18 y 27 de la Constitución no impiden la aplicación hacia el futuro de tales normas. Por eso, la decisión tiene un claro carácter *ad-hoc* –y no me refiero, obviamente, al hecho de que se trate de una decisión particularizada en una causa concreta- que sugiere la existencia de “ganadores” políticos que imponen su ley a los “perdedores”. ¿Es el Estado de Derecho compatible con una situación tal? El respeto a las garantías penales que habíamos prometido a *todos*, ¿es, eventualmente, una mera “concesión graciosa” de los “ganadores políticos?”

Finalmente, aparece la afectación que me parece más peligrosa: la aparición de “burbujas” constitucionales, a raíz de tesis como la del “juicio de comprobación constituyente indiscutible” y la de la ficción de que los tratados sobre derechos humanos en ningún caso modifican ni derogan normas constitucionales. Estas “burbujas”, que pueden aparecer en cualquier norma constitucional que entre en contacto con normas internacionales en el caso concreto, implican la subordinación jurídica de la Constitución a diversos tipos de normas internacionales. A su vez, son espacios que están –al menos por ahora- vacíos. Ello es aún más problemático, ya que transforman a los derechos humanos en verdaderos “caballos de Troya” por los que puede ingresar al ordenamiento jurídico una variedad indefinida de contenidos, *a priori* indeterminable. Como es lógico, esta cualidad los transforma en perfectos campos de batalla política, donde el premio será “llenar” los contenidos constitucionales de las “burbujas” y modificar de esa manera la Constitución por vías claramente ilegítimas, aunque revestidas de la poderosa carga semántica positiva que rodea a los derechos humanos. Paradójicamente, los derechos humanos dejan de ser derechos individuales sustraídos a los vaivenes de la lucha política, para transformarse en vacíos contenedores de resultados circunstanciales de aquéllas batallas. No soy tan irrealmente pesimista como para pensar que no hay límites respecto a lo que se puede imponer a través de estas nuevas “burbujas”. Pienso que los hay. El problema es que no es fácil saber de antemano cuáles son y que, al menos principalmente, no serán límites jurídicos.

Es lógico que la sentencia haya cosechado más aplausos que críticas, y que haya sido recibida por la opinión pública, en general, con simpatía y beneplácito. Es que, como bien señalaba Hans Jonas en la obra citada al comienzo de este artículo, la percepción de la maldad de los hechos que habrían cometido los enjuiciados se impone con majestuosa claridad a cualquier conciencia. No ocurre lo mismo con los beneficios

del respeto irrestricto al Estado de Derecho, particularmente en aquellos casos en que dicho respeto implica aceptar situaciones que nos disgustan profundamente. Sus beneficios no son inmediatamente aparentes para la mayoría de la gente -aunque sí deberían serlo para los jueces-.

Con las buenas intenciones de los operadores del derecho no alcanza para construir un Estado de Derecho fuerte. Aquéllas son loables, pero lamentablemente, no alcanza. En ocasiones, generan resultados paradójales, socavando los cimientos de una “Catedral”²⁴² constitucional que, mirada hoy, luce bastante fea y –lo que es peor- endeble. Queda esperar que las aristas negativas de “Simón” –que son muchas- no fructifiquen en desarrollos “arquitectónicos” posteriores que continúen restándole identidad y firmeza al edificio que tanto costó construir y mucho cuesta mantener. A la vez, desear que lo positivo del fallo traiga tranquilidad a la sociedad y resuelva, de una vez por todas, un problema que parece no querer dejarnos. De lo contrario, habrá sido completamente inútil tirar abajo varias columnas maestras, y las buenas intenciones en cuyo nombre se hizo la demolición no habrán sido distintas de aquéllas de las que, dicen, está plagado el camino al infierno.

²⁴² La figura es tomada, como es sabido, de NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos...*, op. cit., p. 63 y ss.