

UNA DISIDENCIA AJUSTADA A DERECHO

(Primeras reflexiones sobre el fallo “Simón”)¹

“No importa que no haya un tribunal internacional que les aplique un castigo por su crimen con tal que haya una opinión universal que pronuncie la sentencia de su crimen”. (Juan Bautista Alberdi²)

I. Introducción: Estamos en presencia de un fallo trascendente, dictado en una causa en la que se juzgan violaciones masivas a los derechos humanos por parte de los personeros de la dictadura más execrable (todas lo son) de las que asolaron estas tierras. Las atrocidades que aquí se juzgan sólo son comparables a las cometidas por los amanuenses de Hitler y de Mussolini durante las décadas de 1930 y 40. Los hechos de terrorismo de estado perpetrados durante el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”, así como los hechos de terrorismo subversivo ocurridos antes del golpe de 1976, pusieron a la Argentina en la vidriera de todo el mundo como uno de los países donde el derecho no servía para nada. La barbarie es siempre barbarie, pero cuando se comete desde el Estado y se utilizan sus medios, es peor³.

Los hechos juzgados son parte de la historia reciente y por ello despiertan aún encendidas pasiones a favor de unos y en contra de otros. Todavía hay mucho dolor y mucho odio. Y esas pasiones suelen nublar la mente del jurista, tornándose muy difícil realizar análisis fríos y objetivos de los hechos, desde el punto de vista jurídico, cuando éstos están frescos en la memoria. Es necesario analizar el tema sin confundir derecho con ideología, ni con militancia, ni con lo que está “de moda”.

Por ello, en virtud de las conclusiones a las que arribaremos en este ensayo, dejamos sentado de antemano nuestro profundo rechazo hacia los personajes que perpetraron los crímenes atroces a que nos referimos en los párrafos anteriores, no obstante lo cual consideramos que los instrumentos internacionales de derechos humanos y el “garantismo” también los beneficia a ellos, porque si no lo consideráramos así, estaríamos cayendo en una postura similar a la que se les imputa: considerar que el enemigo no tiene derechos y no merece justicia.

Entrando ya en el análisis del caso, anticipamos que en virtud de la extensión de cada uno de los nueve votos de los señores ministros y de los dos dictámenes del Ministerio Público, sería imposible analizar en detalle cada uno de ellos para este trabajo que amablemente nos invita a realizar la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Por ello nos limitaremos a señalar algunos puntos salientes, para formular nuestro análisis respecto de ellos.

II. El Estilo: Tres consideraciones en cuanto al estilo utilizado en la redacción de esta sentencia:

a) Es dable apreciar una nueva práctica de la Corte, que consiste en dictar –cada vez más asiduamente- nueve votos distintos que, en algunos casos, difieren en unos pocos considerandos

¹ Publicado en *La Ley* 2005-F:15

² *El Crimen de la Guerra*, 1895. Cfr. *Escritos Póstumos de J. B. Alberdi*, Tomo II, Universidad Nacional de Quilmes, 1997, pág. 46.

³ Si hiciéramos este análisis desde el punto de vista de la política internacional podríamos afirmar (y sería sencillo demostrarlo) que esos enfrentamientos entre terrorismo subversivo y terrorismo de estado fueron una manifestación más de la llamada Guerra Fría, que no se llevó a cabo en el territorio de los países que la disputaban, sino en el de países periféricos. La guerra la lucharon ellos en el campo político, pero las muertes las soportamos nosotros. Lamentablemente, los límites espaciales y materiales de este trabajo nos impiden desarrollar esta interesante arista del caso.

unos de otros, que fácilmente podrían haber sido armonizados en un acuerdo. Los fallos de la Corte ya no reflejan el *acuerdo* entre jueces, sino que cada uno prefiere redactar su propio voto. Pareciera que, en vez de haber **una** Corte (como establece el art. 116 CN), el máximo tribunal se ha dividido en nueve salas, que trabajan en paralelo, pero no en conjunto.

Nos preguntamos si es posible que un lego pueda seguir (en el sentido de leer y entender) la jurisprudencia de la Corte, cuando cada fallo consta de ciento cincuenta páginas y nueve votos distintos. Nos preguntamos también si ello acrecienta o disminuye el prestigio de la Corte Suprema. Y nos preguntamos, por último, si ello es o no republicano (en el sentido de acceso a la cosa pública, y las sentencias de la Corte son *res pública*).

b) También resulta llamativo el lenguaje y el tono utilizados por el Dr. Nicolás Becerra en su dictamen, que se asemeja más a un discurso político y a un mensaje para la posteridad que a una opinión jurídica en su carácter de guardián de los *intereses generales de la sociedad* (art. 120 CN), la cual, por definición debe ser desapasionada, y propiciar una aplicación estricta del *derecho vigente al momento de los hechos, a la luz de las circunstancias de la causa* (para utilizar una terminología corriente en los fallos de la Corte). Prueba de ello son las siguientes frases: “*La República Argentina atraviesa momentos de desolación y fatiga. Es como si un pueblo cansado buscara soluciones trágicas*” (sic); “*Todas las mañanas parecería perderse un nuevo plebiscito ante el mismo cuerpo social que nos mira con el ojo torvo, el temple enardecido, el corazón temeroso*” (sic) y “*la sociedad argentina, enfrentada a una crisis pendular, adolece de irrealidad, sufre el infortunio de asimilar sus espejismos y alucinaciones*” (sic).

c) Por último, es dable apreciar, en ciertos votos, párrafos enteros con citas bibliográficas que no son imprescindibles para la adecuada fundamentación del fallo. La Corte, a lo largo de su historia, ha seguido siempre una tradición de utilizar pocas citas, referencias sólo a autores ya fallecidos y, en general, sobriedad. Consideramos, respetuosamente (y sólo con afán de colaborar y no de criticar), que la Corte actual ha abandonado esa tradición y está gestando una jurisprudencia compleja, con muchas citas y con un exceso de erudición.

III: El Querellante: La Corte eludió el tratamiento de la admisibilidad de la actuación de una organización no gubernamental (ONG) como querellante en una causa donde no se investigan hechos que la atañen directamente, ni se ejercen derechos de incidencia colectiva. Con el argumento de que su participación en el proceso no fue atacada por la defensa en las instancias anteriores, denegó la admisibilidad del recurso extraordinario en este punto. Pero no surge de este fallo una doctrina de la Corte en el sentido de aceptar su participación. No obstante, en virtud de la Acordada n° 28 de 2004 por la cual la Corte decidió aceptar, en lo sucesivo, la participación de *Amicus Curiae* en el proceso, no sería de extrañar que en el futuro acepte la participación de terceros ajenos al proceso como querellantes en causas penales, aunque más no sea acompañando los requerimientos fiscales (es decir: no en forma autónoma).

Con respecto a las organizaciones no gubernamentales nos vienen a la memoria las palabras de Carlos Nino, en el sentido de que éstas “*Mantenían una visión kantiana del castigo; aun si la sociedad se acercara al límite de la disolución, tenía el deber de castigar hasta el último culpable*”⁴. Según el mismo autor, lo que la mayoría de los integrantes de estas organizaciones nunca

⁴ Nino, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1997, pág. 179.

reconoció es que la justicia debía ser “*simétrica respecto del terrorismo, tanto de izquierda como del gobierno militar*”⁵

La Corte Suprema, en sus anteriores integraciones y en unos veinte fallos dictados entre 1987 y 1993, comprendió que pretender juzgar a miles de represores era una utopía en el marco de la recién nacida y débil democracia argentina. Fue por eso que una amplia mayoría parlamentaria (y no sólo el gobierno, ya que éste era minoría en el Senado) optaron por que se juzgue solamente a los jefes de la represión ilegal y a quienes se habían excedido en el cumplimiento de las órdenes. El fin de esa decisión fue, sencillamente, mantener –y salvar- la democracia, como única garantía posible para la defensa de los derechos humanos hacia el futuro; y no empeñarse tozudamente juzgar a todos los represores, poniendo en peligro el sistema democrático⁶. El jurista italiano Antonio Cassese⁷, que por entonces era un activo funcionario de la ONU en el área de derechos humanos, resumió magistralmente el dilema, al preguntarse qué era lo más importante: “*¿Hacer justicia o impedir el retorno a la barbarie?*”...

Pese a la inexorabilidad de ese dilema, Argentina fue el único país del universo que juzgó con sus jueces naturales a los jerarcas de un régimen que practicó el terrorismo de estado y cometió crímenes aberrantes. En palabras de Félix Luna, “*nunca hubo en el mundo nada igual*”⁸.

Culminaremos este título con la siguiente cita:

*“Es dable advertir que cuando un juicio por crímenes extraordinarios comienza, el mismo se prolonga por mucho tiempo y el número de personas condenadas crece hasta que poblaciones enteras quedan consumidas. Nada está terminado hasta que las listas de procesados son tan largas como la lista de los nombres de los sospechosos. Verdaderamente, si el crimen fuera perseguido con tozudez, no habría final para las hogueras hasta que todo quedara devastado. Nunca se ha visto un gobernante que no se haya visto forzado a interrumpir ese tipo de juicios... **los gobernantes siempre han debido poner un punto final a ese tipo de juicios...**”*

¿Quien pudo haber escrito ese párrafo?... ¿El Dr. Raúl Alfonsín?... ¿Los diputados y senadores que -por amplia mayoría- votaron las leyes cuestionadas?... ¿Los ministros de la Corte que (más de veinte veces) convalidaron esas leyes?... Pues no. Es un escrito del año 1631, de la época de la Inquisición⁹. ¿Qué significa?... que hasta en ese período sombrío se advirtió que era imposible perseguir a todos los responsables de crímenes atroces porque ello implicaba la disolución de la sociedad. Así lo interpretó el Congreso Argentino en 1986 y 1987 y así lo interpretó la Corte Suprema entre 1987 y 1993, en jurisprudencia que hoy se abandona, y que el Señor Jefe de Gabinete y el Ministro del Interior festejan, afirmando que “*el gobierno propició este fallo*”¹⁰, en una desembozada injerencia en el accionar de la justicia.

Se nos podrá contra-argumentar que, habiendo cesado las causas que motivaron la sanción de esas leyes, y habiendo cambiado la situación fáctica que las motivó (amenaza al orden constitucional) las mismas ya no deben ser mantenidas. Puede ser, pero: ¿Ello habilita a declararlas inconstitucionales?... No, porque ese es, simplemente, un argumento de *oportunidad, mérito y*

⁵ *Idem*, pág. 180.

⁶ *Idem*, pág. 114. En el mismo sentido Vanossi, Jorge, “Una ley necesaria para seguir adelante”, en *La Nación* del 2 de marzo de 2003, Sección 7, página 5.

⁷ Cassese, Antonio, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, pág. 185.

⁸ Luna, Félix, en *Clarín* del 28 de agosto de 2005, edición especial, pág 32.

⁹ *Cautio Criminalis or a Book on Witch Trials*, Friedrich Spee Von Langenfeld, año 1631, traducido al inglés por Marcus Hellyer, University of Virginia Press, 2003, pág. 23 y 24 (traducción al castellano por el autor de esta nota).

¹⁰ Declaraciones periodísticas de los Dres. Alberto y Aníbal Fernández inmediatamente posteriores al fallo bajo estudio.

conveniencia, que según inveterada jurisprudencia de la Corte, no habilita la declaración de inconstitucionalidad de normas. Como expresaremos a continuación, a nuestro entender tampoco corresponde su declaración de inconstitucionalidad fundada en normas posteriores a los hechos (sean de la jerarquía que sean).

IV. El Componente Temporal de la Causa: El tiempo y el derecho no siempre van de la mano. En algunas ocasiones el derecho se encuentra atrasado respecto del tiempo en que vive una sociedad y en otras el derecho se adelanta a los tiempos que corren. El fallo bajo análisis contiene una cantidad de elementos en los cuales el análisis del tiempo es fundamental. No en vano se solicitaron dos dictámenes al Procurador General de la Nación, en virtud del tiempo transcurrido desde el primer dictamen, que data de agosto de 2002, y el dictado del fallo.

A ese respecto, no se debe perder de vista ni un solo instante, para este análisis, que:

- a) Los hechos juzgados datan de entre 1976 y 1983.
- b) Las leyes cuya inconstitucionalidad declaró la Corte en este fallo son de fines de 1986 y mediados de 1987.
- c) La ratificación de los tratados de derechos humanos vigentes en Argentina data, en su mayoría, del período 1984-1986 (el Pacto de San José de Costa Rica en 1984; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes en 1986).
- d) Al momento de dictarse las leyes llamadas “de Obediencia Debida” y de “Punto Final” el máximo tribunal consideraba –aunque no estuviéramos de acuerdo con esa postura- que los tratados internacionales y las leyes del Congreso estaban en un pie de igualdad, y que se aplicaba respecto de ellos el principio según el cual *lex posterior derogat priori*¹¹. Recién en 1992, en el fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”¹², la Corte Suprema, por primera vez, sostuvo que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.
- e) La reforma de la Constitución Nacional y la elevación a jerarquía constitucional de los primeros once instrumentos internacionales de derechos humanos se realizó en 1994.
- f) La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue adoptada en 1994, ratificada por Argentina en 1995 y elevada a jerarquía constitucional en 1997.
- g) La Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad fue ratificada en 1995 y elevada a jerarquía constitucional en 2003.

Con esas bases, formulamos el siguiente razonamiento: En derecho constitucional y en derecho internacional de los derechos humanos existe el principio de irretroactividad de las normas¹³, y en derecho internacional público, el de inter-temporalidad del derecho, que es su sucedáneo¹⁴. Es decir: es falso que no exista una prohibición, en derecho internacional, para la aplicación retroactiva de las normas. Si bien esa fue la inteligente explicación de Kelsen frente a los planteos de nulidad de los juicios de Nuremberg¹⁵, no podemos asumirla como verdad absoluta en el ámbito del derecho

¹¹ Véase, por ejemplo, “Martín y Cía Limitada” (*Fallos* 257:99) y “Esso Petrolera Argentina” (*Fallos* 271:7).

¹² *Fallos* 315:1492.

¹³ En el primero a través de los artículos 18 y 19 de la Constitución y en el segundo a través de los arts. 9 del Pacto de San José de Costa Rica, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

¹⁴ Según este principio, los hechos deben ser juzgados a la luz del derecho vigente en la época en que ocurrieron.

¹⁵ Adujo que el principio de irretroactividad de las normas regía en derecho interno pero no en derecho internacional.

internacional, y mucho menos cuando quien ejerce la justicia retroactiva es un tribunal de derecho interno, como en este caso¹⁶.

Por lo tanto, en nuestra opinión, todas las referencias que en el fallo se formulan recurrentemente a la convención sobre desaparición forzada de personas y a la convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, sólo deberían haberse esbozado colateralmente, como un elemento de prueba de la existencia de una costumbre internacional¹⁷ que obliga al Estado a castigar esos crímenes. Pero no invocarlas como normas jurídicas aplicables al caso, porque son posteriores a los hechos bajo juzgamiento y a las leyes cuya constitucionalidad se impugna. El art. 118 de la Constitución, como bien afirma la Corte, permite la aplicación directa de la costumbre internacional, pero esto no es ninguna novedad, ni de este fallo, ni del reciente “Arancibia Clavel”, como algunos ministros y algunos autores sostienen. La aplicación directa del derecho internacional consuetudinario viene siendo aceptada por la Corte desde el 26 de Enero de 1867¹⁸ y ha sido ratificado por una firme línea jurisprudencial a través de todas las épocas por las que ha transitado el máximo tribunal¹⁹.

Lo que sí es novedoso es la aplicación de normas consuetudinarias internacionales como sucedáneas de las normas escritas del Código Penal. Tampoco sirve de precedente, a este respecto, lo fallado en la causa “Priebke”²⁰ de 1995, ya que allí la Corte aplicó la costumbre internacional al sólo efecto de tener por cumplido el requisito de la doble incriminación en una extradición²¹, pero no a fin de utilizarlas como tipo penal suficiente para aplicar una pena.

También se comete un error, en nuestra opinión, al invocar el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esa norma establece “*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”. Pero lo que se omite considerar es que al momento de ratificar ese tratado, Argentina formuló la siguiente reserva “*El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15... **deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional***”²². Esa reserva tiene la misma jerarquía que el pacto y que la propia constitución, ya que esa jerarquía se le reconoce al tratado “*en las condiciones de su vigencia*”. Por lo tanto es necesario hacer una interpretación armonizante de las tres normas: el art. 15.2 del pacto, la reserva mencionada y el art. 18 de la Constitución Nacional. Y la única conclusión posible de una interpretación armonizante de esas normas es que no puede soslayarse el principio de “*ley anterior al hecho del proceso*” que surge del art. 18 CN y de varias normas internacionales con jerarquía constitucional.

Lo que sí corresponde analizar es si la norma consuetudinaria internacional que prohíbe la tortura puede ser considerada “ley previa” a los efectos del art. 18 CN. Nos referimos sólo a

¹⁶ Otra de las explicaciones que se buscó es la esbozada por Arendt, según la cual el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* opera sólo respecto de hechos conocidos por el legislador, pero no respecto de crímenes nuevos (Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, New York, Viking Press, 1963, pág. 225).

¹⁷ A tal fin, debe tenerse presente que el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define a la costumbre como “*prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*”.

¹⁸ Ver Fallos 4:64, in re “Delfino c/ Ferrando”.

¹⁹ Pueden verse: Fallos 7:282, 17:163, 19:108, 43:321, entre muchos otros que hemos analizado en nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 166 y ss.

²⁰ Fallos 318:2148.

²¹ Puede verse nuestro artículo “Los Crímenes Internacionales en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* n° 180, Abril de 2001, pág. 3.

²² Ley 23.313, art. 2.

la que prohíbe la tortura porque es la única anterior a los hechos, dado que el crimen de desaparición forzada de personas fue creado posteriormente, en 1995. El concepto de ley previa incluye el de *lex certa et scripta*, como tradicionalmente lo conceptuó la Corte; y allí es justamente donde surgen los problemas, puesto que la norma consuetudinaria internacional no establece sanción para ese delito (ni siquiera la establece la convención ratificada después de los hechos, en 1986). Podríamos acudir entonces, al delito de tormentos, tipificado en el Código Penal, pero aun en ese caso, el delito estaría prescripto porque –como se vio– la norma que establece la imprescriptibilidad es posterior a los hechos.

Tampoco se aplica al caso la Convención sobre Genocidio, por cuanto ésta no se refiere a la destrucción de grupos políticos, sino solamente nacionales, étnicos, raciales o religiosos.

Por último, debemos destacar que **ni siquiera una reforma constitucional puede ser aplicada retroactivamente**. Por lo tanto, la jerarquía constitucional adquirida en 1994 por algunos instrumentos internacionales de derechos humanos es irrelevante en el caso de autos. Y también lo es la adquirida en 1997 y en 2003 por las convenciones sobre desaparición forzada y sobre crímenes de lesa humanidad. En ese sentido, Bidart Campos ha dicho que la reforma no puede “*privar de derechos adquiridos bajo la vigencia de la constitución anterior a la reforma*”²³. Marienhoff, de igual modo, sostuvo: “*La responsabilidad del Estado por sus actos legislativos no sólo puede derivar de una ley formal ordinaria,... sino también de una reforma constitucional que, si implicare un agravio a principios esenciales contenidos en la Constitución originaria, resultaría viciada de nulidad (“inconstitucionalidad”)... La comunidad tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originariamente establecido como regla básica de convivencia*”²⁴. Y Linares Quintana es terminante en el sentido que “*ninguna convención reformadora podría en nuestro país, ejercitando el poder constituyente constituido, sancionar válidamente una reforma total o parcial de la Constitución que afectara los principios fundamentales que hacen a la esencia de la ley suprema de la Nación*”. “*El poder judicial, en cuanto guardián de la Constitución, tendría competencia para declarar la inconstitucionalidad de una enmienda semejante, que importaría la destrucción de la Constitución –según la terminología de Schmitt– o un fraude a la Constitución, conforme a la calificación de Liet Vieux*”²⁵.

La propia Corte, en el fallo “Cafés La Virginia”²⁶, fallado después de entrada en vigor la reforma de 1994, cimenta todo su razonamiento en las normas constitucionales tal como estaban redactadas –y numeradas– antes de la reforma, justamente porque se trataba de hechos anteriores a ésta.

En consecuencia, el razonamiento jurídico central del caso debió reducirse a si existía o no una costumbre internacional vinculante para Argentina, que, al momento de los hechos, obligara al Estado a castigar esa categoría de delitos. En caso que se concluyera que sí existía tal norma consuetudinaria, el siguiente análisis sería el de cuál es la norma que se debe aplicar para punir crímenes que no están tipificados en la legislación interna. No debe olvidarse a tal fin que la sentencia dictada en el juicio a las juntas militares por la Cámara Federal y confirmada por la Corte Suprema²⁷, aplicó la figura del homicidio reiterado, y lo hizo justamente porque no existía en el derecho interno argentino, al momento de los hechos, una norma que tipificara el crimen de desaparición forzada (carencia de *lex certa et scripta*).

²³ Conf. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 490.

²⁴ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 780.

²⁵ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo II, Buenos Aires, Plus Ultra, pág. 162.

²⁶ Fallos 317:1282.

²⁷ Fallos 309:1694.

Debemos concluir entonces que, lamentablemente, al momento de los hechos y al momento de sanción de las leyes “de obediencia debida” y “de punto final”, no existían normas de jerarquía superior a ellas que prohibieran su promulgación o que las invalidaran constitucionalmente. ¿Implica ello que el derecho argentino y el internacional estaban “atrasados” para cubrir este tipo de contingencias? Muy probablemente. Pero ese “atraso” no puede subsanarse con la aplicación retroactiva de normas posteriores a los hechos.

IV. El Arbol y el Bosque: En este fallo se encuadra a la ley “de obediencia debida” como una ley de amnistía. Discrepamos con dicho encuadre por cuanto consideramos que las diferencias entre las leyes de amnistía y la ley bajo estudio son insalvables: el Congreso, al sancionarla, no dijo “*aquí no hubo delito*” que es la esencia de las amnistías, sino que dijo “*en los delitos cometidos en este período, no son punibles cierto grupo de sujetos*”. La amnistía borra el delito (lo “destipifica” si se nos permite el término) mientras que esta ley ordenó que a cierta categoría de sujetos (los que cumplieron órdenes) no se los podía punir. Su fundamento radica en los tres niveles de responsabilidad que el Congreso entendió que existían: los que dieron las órdenes de represión, los que se excedieron en su cumplimiento y los que se limitaron a acatarlas en el marco de un sistema autoritario, donde el no acatamiento podía implicar hasta la muerte del agente, en el seno de una organización perfectamente vertical como es cada una de las tres fuerzas armadas.

Ese encuadre de la ley “de obediencia debida” como una ley de amnistía genera la sensación de que fue esa ley la principal causa de la impunidad en Argentina. Pero es de destacar que aún después de sancionada la ley de obediencia debida, estaban en trámite más de cuarenta causas por violaciones a los derechos humanos provenientes del terrorismo de estado y del terrorismo subversivo, y se encontraban cumpliendo condenas efectivas más de quince jefes militares²⁸. El derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares estuvo garantizado por esos juicios y por la comisión de la verdad creada por decreto del presidente Alfonsín del 15 de diciembre de 1983, llamada Comisión sobre la Desaparición Forzada de Personas (Co.Na.Dep), que sirvió de ejemplo a varios países del mundo. En otras palabras: la sanción de las leyes en cuestión no impidió conocer la verdad y acceder a la información por parte de las víctimas. A ello contribuyó también la introducción del habeas data en la reforma constitucional de 1994, especialmente con la saludable interpretación que la Corte hizo de este instituto a partir del caso “Urteaga”²⁹ de 1997.

Lamentablemente, en 1990, el presidente Menem decretó los indultos³⁰, y los condenados fueron liberados. Ello demolió todo lo hecho desde la reinstauración de la democracia y es, aún hoy, la principal causa de la impunidad en Argentina.

Quienes sostienen la inconstitucionalidad de la “ley de obediencia debida” no reparan en que, sin esa ley, cae la base argumental que sustentó las condenas que se aplicaron a los jefes de las juntas militares, ya que en la causa en que se dictaron dichas condenas se aplicó el criterio de la autoría mediata por parte de Videla, Massera y compañía, según el cual, la orden dada por éstos invariablemente se cumplía, tal como ocurre cuando alguien oprime el gatillo y (luego del funcionamiento del aparato) sale el disparo. ¿No se dan cuenta que si se castiga a las capas intermedias de las fuerzas armadas tambalea el argumento utilizado para condenar a las cúpulas?... ¿Qué es preferible?...

²⁸ Manili, P., *El Bloque de Constitucionalidad...* cit., pág. 185.

²⁹ Fallos 321:2767.

³⁰ Sobre la inconstitucionalidad de esos indultos puede verse nuestro trabajo “La Facultad de Indultar y Conmutar Penas después de la Reforma Constitucional”, en la obra colectiva *A 10 Años de la Reforma de la Constitución Nacional*, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Córdoba, 2005, pág. 689 y ss.

El juicio a las juntas militares y la Conadep, por un lado, y los indultos, por el otro, constituyen el bosque; mientras que las leyes de “obediencia debida” y “punto final” son sólo un árbol en ese bosque. No dejemos que el árbol nos tape el bosque.

V. El *Stare Decisis* y la Seguridad Jurídica: En el caso bajo análisis constatamos que, una vez más, la Corte ha abandonado sus propios precedentes, ya que las leyes en cuestión habían sido convalidadas por el mismo tribunal, no sólo en el fallo “Camps” que comúnmente se cita, sino también en unos veinte fallos, tales como: “Raffo”³¹, “Riveros”³², Menéndez”³³, Mecca”³⁴, “Sanchez”³⁵, “Jofré” entre muchos otros que prolijamente colaciona el Dr. Fayt en su disidencia.

La Corte, en su actual composición, ha revertido varios precedentes y ha abandonado líneas jurisprudenciales arraigadas en el derecho constitucional argentino, por ejemplo en las siguientes materias:

- a) “Pesificación” de obligaciones dinerarias: en “Bustos” y “Galli” revirtió lo que había fallado en “Smith” y “Provincia de San Luis”³⁶.
- b) Seguridad social: el fallo “Sánchez” modificó la doctrina de “Chocobar”³⁷.
- c) Infortunios laborales y aseguradoras de riesgos del trabajo: en “Aquino” modificó la doctrina de “Gorosito”³⁸.
- d) Limitación de las indemnizaciones por despido: en “Vizzotti” abandonó “Villarreal”.
- e) *Per saltum*: en “Cromañon” falló en contra de lo decidido en “Operación Langostino”³⁹.
- f) Competencia originaria: en “Tecpetrol”, de mayo de 2005, abandonó una larga línea jurisprudencial⁴⁰, aplicada incluso en una causa del año 2000 donde se discutía la misma materia entre las mismas partes.
- g) Arbitraje: en “Cartellone c/ Hidronor” también se apartó de una longeva jurisprudencia que denegaba el control judicial de laudos arbitrales (aun cuando haya sido en el marco de una acción judicial de nulidad del laudo).

Independientemente de la opinión favorable o desfavorable que el intérprete tenga, en cada caso, respecto de la jurisprudencia “vieja” y de la “nueva”, sería deseable que la Corte se sintiera obligada a fallar según sus precedentes y a abandonarlos sólo cuando hubieran cambiado sustancialmente las circunstancias jurídicas que rodearon la adopción de un determinado criterio. Máxime, en el marco de un sistema difuso de control de constitucionalidad en el cual la propia Corte ha reiterado decenas de veces que los tribunales inferiores deben seguir su jurisprudencia⁴¹.

A este respecto, coincidimos con quienes sostienen que no es “*cierto que las condiciones normativas hayan variado sustancialmente desde el dictado del fallo Camps, como lo sugiere la Corte*”⁴². En efecto, a poco que reparemos en que las normas no pueden ser aplicadas

³¹ Fallos 310:600.

³² Fallos 311:709.

³³ Fallos 311:415.

³⁴ Fallos 311:742.

³⁵ Fallos 311:743.

³⁶ Fallos 326:417.

³⁷ Fallos 321:885.

³⁸ Fallos 325:11.

³⁹ *El Derecho* 161:331.

⁴⁰ Por ejemplo, en Fallos 301:341.

⁴¹ En este sentido, no existe diferencia entre la Corte actual y la de la década de 1990, que, en diversos pronunciamientos también abandonó los precedentes (confrontar, por ejemplo, “Montalvo” con “Bazterrica”; “Ekmekdjian c/ Sofovich” con “Ekmekdjian c/ Neustadt”; “Peralta” con “Horta”, entre otros).

⁴² Boico, Roberto J., “El Ocaso de las leyes de punto final y obediencia debida. Reflexión sobre el fallo “Simón” de la Corte Suprema”, en *La Ley* del 30 de junio de 2005.

retroactivamente (salvo las penales más benignas), ni siquiera las constitucionales, descubriremos que la presente causa sólo puede ser fallada con base en normas consuetudinarias y que esas normas son, en la actualidad, prácticamente iguales a las vigentes en 1987.

Evidentemente la previsibilidad de las decisiones y la seguridad jurídica, que son el sustento de la doctrina del *stare decisis*, no son valores a defender por parte de la Corte, en su actual integración. Esa desconsideración del principio de seguridad jurídica implica también el abandono de un precedente, por cuanto el máximo tribunal, en reiteradas ocasiones había afirmado que ésta es un principio de raigambre constitucional⁴³. Cabe recordar, junto a Según Recasens Siches, que “*sin seguridad no hay derecho, ni bueno ni malo ni de ninguna clase*”⁴⁴.

¿Será que el tribunal adhiere a lo afirmado por Ohyanarte en cuanto a que la Corte debe seguir la “*fórmula política*” del gobierno de turno?⁴⁵... En contra de ello, Bidart Campos sostenía que “*el peor defecto de nuestra tradición política es creer que los jueces... deben dar respuestas propicias y favorables al gobierno de turno: cuando lo que deben hacer es analizar con la lupa de la Constitución cada caso que les toque resolver*”⁴⁶.

Una parte de la doctrina⁴⁷ se pregunta -creemos que con razón en este punto- lo siguiente: “*Ante la validez de esas leyes durante tan prolongado término y su convalidación por la Corte Suprema en múltiples fallos, no se advierte cómo la declaración de inconstitucionalidad de aquéllas puede acarrear la nulidad de los derechos adquiridos en virtud de sentencias y prescripciones correspondientes al período en que no fueron nulas*”⁴⁸.

VI. El caso “Barrios Altos”: La mayoría de la Corte hace referencia a esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como generadora de una obligación internacional en cabeza del Estado argentino. Consideramos, sin embargo, que el holding de ese fallo no es aplicable a las leyes que aquí se juzgan. Según se ha dicho⁴⁹ “*el... caso de referencia tiene como marco jurídico los alcances de una ley de autoanistía dictada en Perú por el régimen del Presidente Fujimori en los años 90*”, es decir, por el mismo régimen que había cometido las violaciones masivas a los derechos humanos. Pero no puede ser aplicado directamente al caso de la ley “de obediencia debida” (y menos aún a la “de punto final”), dado que son leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, en plena vigencia de la democracia y en el marco de un proceso que se inició en diciembre de 1983 con el dictado de los decretos 157 y 158/83 que ordenaron promover juicios contra los responsables de las violaciones masivas a los derechos humanos, que continuó con la creación de la CONADEP (y sus informes) y que culminó con el mega juicio⁵⁰ a las juntas militares iniciado el 22 de abril de 1985.

La ley del caso “Barrios Altos” puede asimilarse al decreto ley de autoanistía N° 22.924⁵¹, que la dictadura militar denominara de “*pacificación nacional*”. Dicha norma de facto,

⁴³ Por ejemplo en *Fallos* 2453:465 y sus citas y más recientemente en *Fallos* 317:218.

⁴⁴ Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 10ª edición, México, 1991, citado por Dalla Vía Alberto en “A Diez Años de la Reforma Constitucional” en *La Ley* del 10 de agosto de 2005, pág. 1.

⁴⁵ Ohyanarte, Julio “Historia del Poder Judicial”, en *Todo es Historia*, n° 61, 1972, pág. 94.

⁴⁶ Bidart Campos, Germán, reportaje en la revista *Abogados*, publicada por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, n° 67, julio de 2003, pág. 11.

⁴⁷ Moreno, Fernando, “¿Estamos Abandonando cada vez más el principio penal de legalidad?”, en *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, 29 de julio de 2005, pág. 27 y ss.

⁴⁸ Consideramos que en vez de “nulas” debe decir “consideradas inconstitucionales”.

⁴⁹ López Alfonsín, Marcelo A., “Acerca de la impunidad y la declaración de inconstitucionalidad de las llamadas leyes del perdón –punto final y obediencia debida- en la Argentina”, ponencia remitida al Congreso Peruano de Derecho Constitucional, Arequipa, 2005.

⁵⁰ En este juicio se tomaron setenta y ocho audiencias, declararon ochocientos treinta y tres testigos, el cuaderno de prueba del fiscal, Dr. Julio C. Strassera, ocupó más de siete mil cuatrocientas fojas y la sentencia de la Cámara Federal tiene siete mil fojas.

⁵¹ Boletín Oficial, 27 de setiembre de 1983.

apenas restaurada la democracia, fue “*derogada por inconstitucional y declarada insanablemente nula*” a través de la Ley N° 23.040⁵², a pesar de la oposición de algunos sectores⁵³.

Por lo demás, dejando de lado la diferencia sustancial entre la autoridad que dictó la ley en uno y en otro caso (que no es un tema menor), entendemos que las leyes “de obediencia debida” y “de punto final” no pueden ser consideradas como leyes de amnistía, tal como se expresó *ut supra*.

El voto del Dr. Fayt echa luz sobre este tema y traza las distinciones necesarias para no aplicar este precedente interamericano a un caso sustancialmente distinto, como es el argentino.

VII. La Disidencia: El voto del Dr. Fayt, creemos, es el único que sopesa adecuadamente los avances que se produjeron en el derecho internacional de los derechos humanos durante los últimos años, con el principio fundamental de irretroactividad de la ley (que a la vez es un derecho humano). Lejos de lo que está “de moda” y lejos de la “*fórmula política*” del gobierno de turno, el Dr. Fayt declaró la validez constitucional de las leyes llamadas “de Obediencia Debida” y “de Punto Final” y descalificó la ley que declaró (retroactivamente) la nulidad de esas leyes (número 25.779).

¿Qué sentido tenía (en 2003) declarar la nulidad de leyes que ya estaban derogadas en 1998?... Sencillamente la pretensión de retroactividad, emanada de la misma autoridad que había sancionado esas otras leyes (el Congreso Nacional). Es tan obvio que no merece mayor análisis.

La Corte Suprema debe ser un factor moderador de los humores gubernamentales y populares: el máximo tribunal no debe conducirse por tendencias, sino por principios, y debe ajustar sus decisiones al derecho vigente al momento de los hechos y con la jerarquía que ese derecho tenía en ese momento.

El punto que consideramos central en el voto del Dr. Fayt es la interpretación estricta que el ministro formula del art. 27 de la Constitución Nacional y de los “*principios de derecho público*” de la constitución allí mencionados. Esa norma actúa, a su criterio, como valladar a la aplicación de las normas internacionales estableciendo la jerarquía de la constitución por sobre ellas, y es la que remite al principio de ley previa (arts. 18 y 19 CN), impidiendo la aplicación a rajatabla de las normas internacionales que establecen la obligación de castigar y la imprescriptibilidad (retroactiva) de ciertos crímenes.

A la misma conclusión llega, por otro camino, cierta parte de la doctrina, apoyándose en la parte del art. 75 inciso 22 que establece que los instrumentos internacionales de derechos humanos “*no derogan artículo alguno*” de la Constitución Nacional⁵⁴.

Y, en el mismo sentido se expidió la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, criticando este fallo, y agregando que el art. 31 de la constitución, “*establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino*” afirmando que en virtud de él, ésta se encuentra por encima de los tratados y de la costumbre internacional⁵⁵.

Discrepamos con esos tres criterios, aunque arribamos a la misma conclusión, pero por distinto camino:

⁵² Boletín Oficial, 29 de diciembre de 1983.

⁵³ Se oponían a su derogación los líderes de los dos principales partidos de oposición: Italo Luder (Partido Justicialista) y Alvaro Alsogaray (Ucedé).

⁵⁴ Badeni, Gregorio, “El caso “Simón” y la Supremacía Constitucional” en *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, 29 de julio de 2005, pág. 9 y ss.

⁵⁵ Conf. “Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional”, de fecha 25 de agosto de 2005, suscripto por los Dres. Alberto Rodríguez Galán y Juan Carlos Cassagne. Puede verse un comentario de él, a cargo de Adrián Ventura, en *La Nación* del 28 de agosto de 2005, Sección 1, pág. 1.

a) En primer lugar, las tres posturas referidas parten de la base de aplicar retroactivamente la reforma constitucional de 1994, y entran a analizar la jerarquía que los instrumentos internacionales adquirieron en ese año, postura con la cual discrepamos. Las normas internacionales que hubieran estado vigentes deben aplicarse con la jerarquía que tenían en el momento de los hechos.

b) Con respecto a la postura del Dr. Fayt, consideramos que el artículo 27 actúa como filtro *previo* a la ratificación de tratados internacionales pero no como mecanismo de control *posterior* en el caso de los tratados con jerarquía constitucional⁵⁶ (que son los que aquí se aplican). Es decir: una vez ratificados, los tratados deben cumplirse y aplicarse⁵⁷. Nótese que la propia Corte, en la causa “Nardelli, Pietro”⁵⁸, sostuvo que dentro de esos principios a que se refiere el art. 27 también están los que surgen de los instrumentos internacionales del art. 75 inciso 22, con lo cual, el argumento se vuelve circular.

c) Tampoco creemos que la cláusula de “no derogación” pueda ser interpretada de ese modo, ya que si bien las normas de esos instrumentos no derogan artículo alguno de la constitución, tampoco es posible que norma alguna de la constitución derogue a otra norma de esos instrumentos internacionales⁵⁹. La razón es sencilla: si la constitución establece que ciertos tratados *tienen jerarquía constitucional*, hay que aceptar que tienen jerarquía constitucional.

d) Y, por último, consideramos que el art. 31 no es aplicable para discernir jerarquías entre constitución y tratados, puesto que es una norma que únicamente tiende a jerarquizar el derecho nacional respecto del local⁶⁰.

A nuestro entender, los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional originaria (por estar en el art. 75 inc 22) o derivada (por haber sido elevados con posterioridad por el Congreso) integran, junto con las normas constitucionales, el bloque de constitucionalidad federal. Dentro de ese bloque, todas las normas tienen idéntica jerarquía y deben ser interpretadas armónicamente y teniendo en cuenta el principio *pro homine*, que es una de las pautas de armonización incorporadas en 1994⁶¹. Y la interpretación armónica debe formularse respecto de normas que, simultáneamente, contienen previsiones tan disímiles como éstas:

- a) Obligan al estado a sancionar (normas internacionales) y, al mismo tiempo, facultan al estado a amnistiar e indultar (normas constitucionales).
- b) Establecen retroactivamente la imprescriptibilidad de ciertos delitos (normas internacionales) y, al mismo tiempo, prohíben la aplicación retroactiva de normas (normas constitucionales y también internacionales).

La clave, creemos, está en el principio *pro homine*: este principio tiene una formulación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y otra distinta en el marco del derecho constitucional. En efecto: en el primero, decimos que el principio *pro homine* obliga a elegir la norma más beneficiosa para la persona humana; pero en derecho constitucional, como los sujetos no siempre son el individuo frente al Estado, sino que hay conflictos que se presentan entre particulares, en los cuales la elección de una norma en lugar de otra debe hacerse teniendo en vista el

⁵⁶ Puede verse nuestro trabajo “Reinterpretando el art. 27 de la Constitución un siglo y medio después” en la obra colectiva *Visiones de una Constitución*, editada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), 2004, pág. 579 y sstes.

⁵⁷ Conf. art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

⁵⁸ Fallos 319:2557. Puede verse su análisis en nuestro *El Bloque de Constitucionalidad...* cit., pág. 264.

⁵⁹ *Idem*, pág. 190 y ss. En el mismo sentido, Bidart Campos Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, Tomo III, pág. 277 y Tomo VI pág. 559.

⁶⁰ Hemos analizado el tema extensamente en *El Bloque de Constitucionalidad...* cit., pág. 149.

⁶¹ *Idem*, pág 215 y ss.

sistema de derechos que rige en una sociedad (Bidart Campos⁶²). Entonces, aplicando el principio *pro homine*, y teniendo en cuenta que los procesados también tienen derechos (aunque reiteramos que, a nuestro entender, su accionar es éticamente deleznable) y también están amparados por el principio *pro homine*, debemos concluir que no se puede aplicar retroactivamente ni la obligación de castigar, ni la tipificación hecha por normas internacionales, ni la imprescriptibilidad de un crimen, por grave que éste sea. Se opone a ello el art. 18 de la Constitución Nacional y varias normas insertas en los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales la mayoría de la Corte infiere la obligación de castigar, la retroactividad, y la imprescriptibilidad.

Además, es preciso tener en cuenta lo analizado más arriba respecto de la reserva formulada por Argentina al art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que nos exime de analizar el art. 27 de la constitución, porque *ab initio* nuestro país no se obligó por esa norma, con lo cual no es necesario “vetar” la norma internacional aplicando la norma constitucional, porque la norma internacional estaba “vetada” de antemano. Ello refuerza nuestra conclusión.

Podrá contestársenos que la reforma constitucional de 1994 genera la inconstitucionalidad sobreviniente de las normas anteriores que se le opongan. Es verdad, y así ocurre en muchos casos⁶³; pero esa inconstitucionalidad no puede declararse en un juicio donde esas normas se están aplicando a hechos anteriores a la reforma. **La inconstitucionalidad sobreviniente sólo opera para hechos sobrevinientes.**

En conclusión: Si se realiza una interpretación forzada de las normas internacionales y se soslaya la prohibición de retroactividad con el objeto de castigar a quienes cometieron crímenes atroces, se está cometiendo una injusticia similar a la que se les imputa a ellos. En efecto: los torturadores y represores que integraron la dictadura militar entre 1976 y 1983 aplicaron con criterio elástico los decretos de aniquilamiento suscriptos por los presidentes María Estela Martínez de Perón e Italo Argentino Luder⁶⁴ para cometer crímenes atroces; lo hicieron bajo la premisa de que los terroristas subversivos no tenían derecho al debido proceso y debían ser eliminados directamente. Pues bien: Con interpretaciones forzadas y con aplicación retroactiva de normas (o de nuevas jerarquías) se está incurriendo en el mismo vicio: considerar que los represores tampoco tienen derecho al debido proceso y a la irretroactividad de la ley, y que deben ser condenados a cualquier precio.

Consideramos que, por deleznable que haya sido su accionar (que lo fue, y mucho), gozan de esos derechos y deben serles respetados, porque los derechos humanos son iguales para todos, nos guste o no nos guste; al menos, si queremos vivir en democracia.

⁶² Bidart Campos, Germán J., “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine” en la obra colectiva *El Derecho Constitucional del Siglo XXI*, Bidart Campos et al, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 11 y ss., esp. 13.

⁶³ Por ejemplo, las normas de la ley 16.986 que cercenan el amparo, en contra de lo establecido por el art. 43 C.N. introducido en 1994.

⁶⁴ Decretos n° 261 del 5 de febrero y n° 2272 del 6 de octubre de 1975, respectivamente.