



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

La revolución de lesa humanidad: un análisis desde el fallo
“Simón”

Autor: Santiago Ramírez Calvo

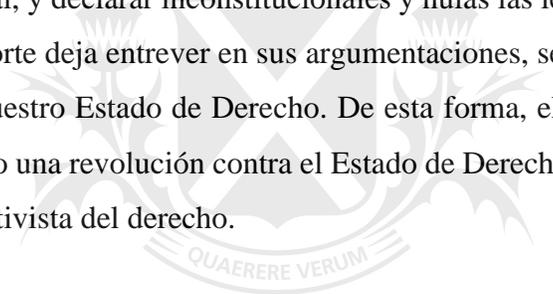
Legajo: 28.173

Mentor: Andrés Rosler

Victoria, viernes 30 de julio de 2021

Resumen

La sentencia del fallo Simón declaró el 14 de junio de 2005 la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Los argumentos esgrimidos son ilegales ya que, en primer lugar, se alega una falsa obligatoriedad de acatar una sentencia internacional que no era análoga y dictada en un caso en el cual la Argentina no era parte. Para justificar esto se alegó equivocadamente la supremacía del derecho internacional por sobre el nacional. En segundo lugar, se utilizó el tipo penal de delitos contra la humanidad de forma retroactiva, justificándolo en una inexistente costumbre internacional, sorteando de esta forma el problema de la prescripción penal. Finalmente, la Corte le permitió al Congreso realizar el control de constitucionalidad, facultad exclusiva del Poder Judicial, y declarar inconstitucionales y nulas las leyes antes mencionadas. El trasfondo teórico que la Corte deja entrever en sus argumentaciones, se justifica desde posiciones punitivistas contrarias a nuestro Estado de Derecho. De esta forma, el trabajo demostrará que la Corte Suprema llevó a cabo una revolución contra el Estado de Derecho violando la Constitución, aplicando una mirada punitivista del derecho.



Universidad de
San Andrés

Índice

1. Introducción.....	4
2. Análisis del fallo “Simón”.....	7
A. Consideraciones previas.....	7
B. Las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida	7
C. El fallo.....	8
I. La supuesta obligatoriedad del caso Barrios Altos	9
II. Diferencias entre el caso Simón y Barrios Altos.....	13
III. Derecho interno vs. derecho internacional	14
IV. La anulación de la Ley 25.779.....	19
V. El artículo 29 de la Constitución Nacional.....	25
VI. Problemas de retroactividad y legalidad.....	28
3. ¿Cómo se justifica esta violación al Estado de derecho?.....	31
4. Consideraciones finales	36
Bibliografía.....	39

1. Introducción

El 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso “Simón”¹ y declaró la inconstitucionalidad y nulidad² de las leyes 23.492 y 23.521, más conocidas como leyes de “Punto final” (1986) y “Obediencia Debida” (1987). Así, se ratificó la ley 25.779 que había derogado y anulado las mencionadas normas por ser contrarias a principios constitucionales y violar ciertas obligaciones internacionales asumidas por el país, despojándolas de todo efecto jurídico *ex tunc*. De esta manera, se sortearon los impedimentos para la reapertura de procesos judiciales contra militares y se allanó el camino a una segunda ola de enjuiciamientos por delitos de lesa humanidad.

En el fallo se pueden distinguir tres grandes temas: el derecho internacional, el artículo 18 de la Constitución Nacional y el alcance de las leyes del congreso y el control de constitucionalidad.

El resultado de ello fue un fallo extenso, con votos desarrollados y argumentos de lo más variados, y una resolución que se abordó desde diferentes perspectivas. Si bien la mayoría de los jueces declaró la inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida y la constitucionalidad de la Ley 25.779, la falta de puntos de acuerdo y la extensión de los votos de la misma mayoría, nos empuja a considerarla como una pluralidad y no tanto como una mayoría uniforme³. Lo cierto es que, si bien hay coincidencia en los tres grandes temas que se han identificado, cada voto de los magistrados tiene un matiz que lo diferencia de otro.

En el fallo, la Corte disponía de dos caminos a seguir: pudo haber descansado en su extensa jurisprudencia en la materia⁴, cuando por ejemplo en el caso Camps se inclinó por la constitucionalidad de las leyes de amnistía. El otro camino era apartarse de su precedente, donde se encontraba frente a dos estrategias argumentativas: “admitir la aplicación retroactiva del derecho internacional, [...]”, o sostener que las “leyes de impunidad” habían sido inconstitucionales

¹ Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad -causa 17.768-.

² Es importante aclarar el efecto de la nulidad ya que la Corte entendió que los efectos debían ser retrotraídos al momento de la sanción de las leyes y perseguir penalmente a quienes se habían beneficiado de dichas leyes.

³ José Sebastián ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 5.

⁴ Fallos 310:1162; 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 316:532 y 2171; 321: 2031 y etc.

desde su origen”⁵. Dicho en otras palabras, para poder desechar las leyes de amnistía una opción era la de aceptar que existía una obligación de índole internacional de anularlas o dejarlas sin efecto. La otra opción era la de optar por una argumentación que demostrara que dichas leyes siempre fueron inconstitucionales y que con este fallo se estaba subsanando el vicio.

En el primer supuesto se coloca al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional, estrategia por la que optaron los jueces Petracchi, ya que había votado por la constitucionalidad de las normas en el caso antes mencionado y era la única opción que disponía para conservar algo de credibilidad, Argibay, que intenta en sus argumentos salvar el artículo 18 de la Constitución⁶, y Boggiano.

La segunda opción, esto es, sostener la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía desde un primer momento, implicaba otro intento de rescatar al artículo 18 y su garantía de la irretroactividad penal, y a la supremacía de la Constitución Nacional. Esta línea argumental fue elegida por el resto de los magistrados⁷, en cierto modo, ya que como explicamos antes es difícil agrupar a los votos dentro de una misma línea argumental. A su vez, esta alternativa abría otra posibilidad dentro de ella, la de optar por argumentos de carácter internacional, o de carácter constitucional interno⁸. Es decir, que esta imposición se debe a una norma internacional o nacional.

Por lo tanto, considerando esta problemática, el trabajo demostrará que el fallo es ilegal, porque plantea erróneamente una supuesta obligación de acatar un fallo judicial internacional, no respeta la supremacía de la Constitución Nacional frente al derecho internacional, no honra el principio de legalidad ni de irretroactividad de la ley penal y viola el control de constitucionalidad como facultad exclusiva del poder judicial. Además, se expondrá como la Corte dejó de lado los principios garantistas plasmados en nuestra Constitución, por verdaderas prácticas punitivistas. Por todo esto, se concluirá explicando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación llevó a cabo una verdadera revolución contra el Estado de derecho.

⁵ José Sebastián ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 6.

⁶ *Idem*, nota al pie 18.

⁷ *Idem*, nota al pie 19.

⁸ *Idem*, 6.

El trabajo presentará en primer lugar un análisis del fallo “Simón”, en varios puntos críticos que deja el derecho del fallo. Luego se explorará y tratará de explicar cuáles fueron las razones que han llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a alejarse de la Constitución Nacional, los principios liberales y sus garantías listadas en dicho cuerpo normativo. En dicha investigación se procurará entender cuál es el fundamento que se le da desde un punto de vista de teoría del derecho.

¿Fue el fallo Simón correctamente decidido desde un punto de vista legal? ¿Prevalece el derecho interno de cada Estado o el derecho internacional y consuetudinario? ¿Cómo se justifica la no operatividad del principio de legalidad, de irretroactividad de la ley penal y de la cosa juzgada? ¿Tiene el congreso facultades para anular una ley? ¿Acaso significó dicho fallo una reforma constitucional encubierta? ¿Se justifica que, por la gravedad de los hechos se pueda arribar a las conclusiones a las que arribaron los magistrados en sus votos? ¿Por qué no se respetó la obligación de obedecer al derecho y a la Constitución Nacional?

Al tratarse de un tema álgido aun hoy en día, donde una crítica como la que se está presentando acarreará el rechazo de la posición mayoritaria, es necesario aclarar que este análisis no se trata de una defensa de las acciones que llevó a cabo la última dictadura militar, ni un alegato político. Se trata de un análisis jurídico de un fallo y una defensa a la Constitución Nacional, sus garantías y del espíritu liberal que ellas poseen.

Universidad de
San Andrés

2. Análisis del fallo “Simón”

A. Consideraciones previas

El fallo en cuestión contiene numerosos puntos de análisis, los cuales se entremezclan en ocasiones en un solo considerando, y que se ven repetidos en cada considerando de los Magistrados. Es por esto que el análisis se hará siguiendo un orden por temas y no por votos, aunque en ocasiones es posible que dicho orden se vea alterado.

B. Las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida

Resulta necesario comentar brevemente el contexto del fallo, explicando previamente el marco en el que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron dictadas.

Resumidamente, la Ley 23.492 de Punto Final ordenaba la extinción de la acción penal contra personal de fuerzas de seguridad o bandas guerrilleras que no hubieran sido ya citados a indagatoria, o no lo fueran dentro de los siguientes 60 días contados a partir de la promulgación de la ley.

Por otra parte, la Ley 23.521 establecía la prohibición de punir a integrantes de las fuerzas armadas cuyo rango estuviera debajo del de coronel, sin admitir prueba en contrario, por la presunción de haber obrado en virtud de obediencia debida, por delitos cometidos durante la dictadura militar. La ley suponía “de pleno derecho que dichos sujetos habían obrado en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes”. Sin embargo, dejaba fuera los casos de apropiación de inmuebles, violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de estado civil.

Cabe destacar que en el año 1987 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en favor de la constitucionalidad de ambas leyes en el marco del caso “Camps”⁹. Luego, aproximadamente 15 años más tarde y de manera sorpresiva, el fallo Simón contrarió lo dicho en el primer fallo abriendo nuevamente una controversia que ya se había resuelto.

Finalmente, el 26 de marzo del año 1998 el Congreso Nacional derogó ambas leyes en el marco de la Ley 24.950. Sin embargo, esto “constituyó más que nada un acto simbólico”¹⁰ ya que su operatividad era solamente para el futuro y no afectaba de ninguna manera la situación legal en la que se encontraban los ya beneficiados por estas leyes. Es decir, se respetaban las garantías constitucionales de los involucrados.

No obstante, la estocada final vendría con la sanción de la Ley 25.779 cuyo artículo primero las declaraba “insanablemente nulas”, dando de esta manera comienzo a una segunda ola de enjuiciamientos.

C. El fallo

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación proveniente de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires, la que confirmó la sentencia de primera instancia que le había dictado prisión preventiva a Julio Héctor Simón. El fallo fue decidido en esta instancia extraordinaria con los votos de los jueces Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay y Highton de Nolasco; la disidencia del juez Fayt y la abstención del juez Belluscio.

El entonces suboficial de la Policía Federal Argentina había sido imputado por el secuestro de José Poblete, su esposa Gertrudis Hlaczik y su hija Claudia Poblete, el día 27 de noviembre de 1978. Todos ellos fueron llevados al centro de detención “El Olimpo”, donde se sustrajo a la hija y se la

⁹ Caso “Ramón Juan Alberto Camps y otros” Fallos 310:1162.

¹⁰ Mariano FERNÁNDEZ VALLE, *La Corte Suprema Argentina frente al Legado de la Última Dictadura Militar: Reseña del Fallo “Simón”*, Anuario de Derechos Humanos, 2006, 166.

entregó a otra familia. Luego de haber sido torturados por varios meses, se procedió a trasladarlos sin que hasta el día de hoy se conozca su paradero.

I. La supuesta obligatoriedad del caso Barrios Altos

La estrategia de la pluralidad para disipar las sospechas de arbitrariedad fue la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CADH) en el caso “Barrios Altos”¹¹ contra Perú del 14 de marzo de 2001. En esta sentencia se falló en contra de dos leyes de amnistía por ser violatorias de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sosteniendo que:

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹².

También agregó que las leyes de amnistía:

“carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la investigación y castigo de los responsables”¹³.

De esta forma, y en menos de diez simples líneas, un tribunal desechaba buena parte de nuestro artículo 18 y sus garantías estableciendo que “la doctrina de que la gravedad de los hechos (expresada con el vago concepto de 'graves violaciones de los derechos humanos'¹⁴) justifica la aplicación de reglas especiales más rigurosas (entre ellas, la imposibilidad de amnistiar, la

¹¹ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, (Fondo), Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

¹² *Idem*, párrafo 41.

¹³ *Idem*, párrafo 44.

¹⁴ Malarino explica que el criterio de las “graves violaciones de los derechos humanos” representan un concepto vago que fue acuñado en Barrios Altos, y luego modificado varias veces en fallos posteriores, en Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, *Jura Gentium*, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2009.

imprescriptibilidad, la no operatividad de la cosa juzgada)”¹⁵. Es decir, el fallo Barrios Altos deja a merced de los Tribunales Superiores de cada Estado miembro la posibilidad de reformar garantías penales simplemente con hacer suyo este precedente.

Ello fue lo que ocurrió en el caso Simón, donde la técnica de la pluralidad se basó en subordinar el derecho nacional a la sentencia de la CADH y considerar la obligatoriedad de dicho fallo¹⁶. Se puede apreciar en varios pasajes del fallo que se señala que la jurisprudencia de la CADH es una “pauta”¹⁷, “guía”¹⁸ o “fuente”¹⁹ y que es de “aplicación obligada”²⁰ y que sus consecuencias “resulta[n] imperativa[s]”²¹. Sin embargo, el pasaje que mejor resume esta postura²² es el siguiente:

*"la clara y terminante doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) en el caso "Barrios Altos" (...) torna imperativo que, con el fin de satisfacer el estándar allí establecido e impedir por tanto que pueda invocarse la ultraactividad de la ley penal más benigna o, eventualmente, la cosa juzgada, esta Corte declare además que dichas normas carecen de cualquier efecto y que lo propio ocurre respecto de cualquier acto que, fundado en las mismas, pretendiera oponerse como impedimento al progreso de algún proceso judicial en trámite, o a su iniciación futura (...) respecto de hechos vinculados con crímenes de lesa humanidad ocurridos en el territorio nacional"*²³.

Veamos ahora la supuesta obligatoriedad de la sentencia Barrios Altos al caso argentino. La CADH establece en su artículo 68.1 que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”²⁴, es decir, las sentencias contenciosas de la Corte IDH son únicamente imperativas para las partes, que deben haber aceptado la competencia

¹⁵ Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2009, 1 I.

¹⁶ *Idem*, 2 II

¹⁷ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 24, voto del Juez Petracchi.

¹⁸ *Idem*, considerando 15, voto del Juez Boggiano.

¹⁹ *Idem*, considerando 17, voto del Juez Lorenzetti.

²⁰ *Idem*, considerando 14, voto del Juez Zaffaroni.

²¹ *Idem*, considerando 24, voto del Juez Petracchi.

²² Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2009, 2 II.

²³ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 29, voto de la Jueza Highton de Nolasco.

²⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 68.1.

de dicha Corte previamente. Por lo tanto, esa obligatoriedad que intentaban los considerandos de los Jueces de la Corte Suprema citados algunas líneas más arriba, son simplemente erróneos. Se presentó el fallo del tribunal internacional como algo que la Corte estaba obligado a aplicar por imperativo del derecho internacional, lo cual es incorrecto.

Es cierto que la Corte IDH en el párrafo 44 y punto 4 resolutivo de la sentencia le asigna a su decisión “efectos generales”²⁵, dotándola de una obligatoriedad erga omnes que nuestro máximo Tribunal aprovechó. Sin embargo, “esta extensión pretoriana del alcance del carácter vinculante de la decisión se limitaba exclusivamente, según la propia Corte IDH, a otros casos en los cuales se hubieran aplicado las dos leyes de amnistía analizadas en dicha sentencia”²⁶.

Por ello, siguiendo un simple encadenamiento lógico que la Corte Suprema olvidó realizar, la decisión de Barrios Altos no era obligatoria para el Estado argentino, por lo que no haberla aplicado no hubiera implicado responsabilidad internacional alguna.

Por el contrario, los votos de la pluralidad insistieron en argumentar por la incorrecta responsabilidad del Estado argentino. El voto del Juez Zaffaroni deja muy en claro esta postura cuando sostiene:

“Esta jurisprudencia es -sin duda- aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 [esto es, a las leyes de Punto final y Obediencia debida] y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional. (...) La eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de derechos humanos.”²⁷

Supuesto que es incorrecto como ya hemos advertido. No obstante, en la argumentación del Magistrado se deja entrever algo más: “la aplicación del precedente Barrios Altos a las leyes argentinas mencionadas tiene el propósito de evitar una futura decisión de ese tribunal

²⁵ Cfr. el párrafo 44 y el punto 4 de la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo de 14 de marzo de 2001 y también el párrafo 18 y el punto 2 de la parte resolutive de la sentencia interpretativa de 3 de septiembre de 2001, ambas en el caso *Barrios Altos*.

²⁶ Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, *Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, 2 III.

²⁷ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 26, voto del Juez Zaffaroni.

internacional en contra de Argentina”²⁸. El problema de este argumento es el alto contenido hipotético con el que el magistrado argumenta, ya que se está anticipando a un evento que no ocurrió y que no había certezas de que ocurriera.

Además, “es evidente que el hecho de no evitar una responsabilidad internacional tan sólo hipotética y eventual nunca puede generar responsabilidad internacional actual”²⁹. Es absurdo sostener que un Estado es responsable de un hecho del cual no estaba obligado, como es el caso. Esto implicaría que las sentencias se vieran forzadas a mutar al campo de la futurología, abandonando el razonamiento jurídico.

Incluso el argumento de una eventual responsabilidad internacional puede ser retrucado y utilizado en su contra: ¿acaso no implicaría un injusto internacional violar las garantías penales de los imputados? ¿acaso no implicaría un injusto internacional alegar una falsa obligación? No se explica por qué la Corte fue tan celosa en aplicar un precedente que no resultaba imperativo y no en velar por los derechos individuales, en el ordenamiento interno, o derechos humanos, en lo que deviene de lo internacional, de los sujetos que eran objeto del proceso.

Todavía se le pueden agregar muchos factores a este argumento de la hipotética responsabilidad. Primero, es posible que la controversia se solucione en el ordenamiento interno; porque los interesados nunca lleven el caso a esta jurisdicción internacional; por inadmisibilidad por vencimiento de plazo o que el caso ya haya sido presentado en otra instancia internacional, decretado en el artículo 46 de la CADH; porque el caso sea una reproducción de otro, artículo 47; entre muchísimos más factores³⁰.

Virando al derecho internacional universal, tampoco se puede encontrar un argumento que justifique “una obligación de cumplir las decisiones de la Corte IDH que exceda de lo establecido

²⁸ Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, *Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, 2 IV.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

en la CADH³¹. No existe en el derecho consuetudinario una norma que obligue a un Estado a hacer suyas decisiones de un pleito del que no ha sido parte.

En definitiva, nada de lo argumentado por los Jueces analizado hasta aquí, justifica la peligrosa inoperatividad de las garantías penales constitucionales.

II. Diferencias entre el caso Simón y Barrios Altos

Como se adelantó en el apartado anterior, incluso en el caso de que existiera una obligatoriedad de aplicar el precedente internacional, los hechos del caso Barrios Altos no son trasladables al caso argentino³². Supóngase por un momento que la aplicación del precedente hubiera sido obligatoria. El segundo requisito necesario para ello sería que hubiesen similitudes y que las conclusiones, por consiguiente, fueran trasladables al caso sometido a decisión de la Corte Suprema. En el trabajo ya se ha demostrado la falsedad de lo primero y ahora se hará lo propio con lo segundo.

La Corte Suprema debía fundamentar cuidadosamente este punto. Como expresa Fayt en su disidencia³³, “existían diferencias tan importantes que la traslación de las conclusiones de Barrios Altos al caso argentino necesitaba de una fundamentación mucho más profunda”³⁴.

De todos los votos de la pluralidad, el único que se hizo alguna referencia a esto fue el juez Petracchi³⁵, que reconoció que existían diferencias entre las leyes objeto de la controversia en Barrios Altos y las de nuestro país, pero en su opinión eran “puramente anecdóticas”. Esa afirmación es extraña, desde que las leyes peruanas habían sido sancionadas por un gobierno de facto y las argentinas por un Congreso democrático. Esto podría dar a entender que para el Magistrado el normal funcionamiento de las instituciones democráticas representaría un evento

³¹ *Idem*, 2 V.

³² *Idem*, 2 XI.

³³ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerandos 78 a 85, disidencia del Juez Fayt.

³⁴ Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, *Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, 2 XI.

³⁵ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 24, voto del Juez Petracchi.

“puramente anecdótico”. La conclusión a la que arribó fue que al compartir una finalidad, esta es, la de “evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos”³⁶, el caso es absolutamente trasladable.

Por otro lado, “de la argumentación de la CorteIDH en Barrios Altos no se concluye *necesariamente* que leyes como las argentinas debían ser valoradas de la misma manera que las peruanas”³⁷. Por un lado, las leyes peruanas eran de auto-amnistía, el objeto de ellas era la impunidad de los autores de los delitos. Las argentinas, por el contrario, eran de “amnistía parcial, que no cubría a quienes habían tenido la mayor responsabilidad por los hechos” y estaban basadas “en motivos de pacificación, sancionadas por un gobierno elegido democráticamente”³⁸. Además, se habían respetado “todos los procedimientos constitucionales previstos para la sanción de una ley y en uso de una facultad explícita consagrada en la Constitución Nacional”³⁹. Por encima de todo esto, dichas leyes habían sido sometidas a controversia judicial en el mencionado caso Camps, pero la Corte no explica cuál fue el cambio normativo entre esa sentencia y la del caso Simón.

III. Derecho interno vs. derecho internacional

Continuando el análisis de los argumentos internacionalistas, queda por examinar la supuesta obligatoriedad del derecho internacional según el derecho nacional, es decir, si la Corte Suprema estaba obligada a aplicar lo que manda la normativa internacional por mandato de una norma de carácter nacional.

El argumento esgrimido con frecuencia cuando se trata de justificar esta obligación de jurisdicción foránea es que la Argentina ha aceptado, a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones a los que la reforma de 1994 otorgó jerarquía constitucional a través del artículo 75 inciso 22, la responsabilidad de índole internacional, aceptando de esta manera una jurisdicción y un derecho supranacional. Dicho artículo incluyó en su redacción que los tratados allí

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Idem*, 2 XI.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

expresamente enumerados tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, formulación que ha traído diversos inconvenientes e interpretaciones. Una de ellas es la de la “tesis de las reservas”⁴⁰ y la segunda la de la “tesis de la vigencia internacional”⁴¹

La primera se basa en que la cláusula “en las condiciones de su vigencia” significa que los instrumentos internacionales mencionados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución se incorporan a ella con las reservas y declaraciones que hubiere efectuado el Congreso al momento de su tratamiento y aprobación⁴². Incluso esta era la propia interpretación que habían efectuado los propios constituyentes⁴³.

La segunda sostiene en cambio, que dicha cláusula significa que los instrumentos enumerados en el artículo en cuestión se incorporan a la Constitución tal cual rigen en el ámbito internacional, esto es, subordinando la interpretación de los tratados a los órganos internacionales competentes en la materia. Al mismo tiempo, esta tesis subordina la competencia e interpretación de la Corte Suprema a tribunales internacionales⁴⁴.

Ahora bien, para que el argumento analizado en el párrafo anterior sea correcto, esto es, la supuesta obligación de aplicar el caso Barrios Altos, tendría que basarse en la tesis de la vigencia internacional. Sin embargo, esta teoría ha sido objeto de fuertes y bien fundadas críticas.

La primera, y más fuerte, de ellas es la que sostiene que interpretar el artículo de dicha forma estaría incurriendo en una reforma de la constitución que no fue habilitada por el Congreso con las mayorías estipuladas⁴⁵.

⁴⁰ *Idem*, 2 VI.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Gregorio BADENI, *El caso simón y la supremacía constitucional*, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 2013, II.

⁴⁴ Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, *Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, 2 VI.

⁴⁵ Cfr. Gregorio BADENI, *El caso simón y la supremacía constitucional*, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 2013, II.

Explicado detenidamente, la reforma constitucional de 1994 fue habilitada mediante la Ley 24.309, declarativa de necesidad de la reforma. Esta ley, en su artículo tercero, habilitaba a la Convención a que tratara la incorporación de los tratados internacionales y disponía en su artículo sexto que:

“serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2º y 3º de la presente ley de declaración”.

Y en su artículo séptimo que la:

“Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional”.

Por lo tanto, conforme a la ley declarativa de necesidad de la reforma y ejerciendo el Congreso su función preconstituyente, la convención había quedado habilitada a otorgar y ampliar potestades del Poder Legislativo que estuvieran destinadas a integrar los tratados internacionales. Es por esto, y teniendo en cuenta la esencia restrictiva de una declaración de reforma constitucional, que se debía respetar obligatoriamente la intangibilidad de los artículos 1 a 35⁴⁶. Bajo ningún caso los instrumentos internacionales podían tener rango supraconstitucional, “solamente permitía establecer la relación jerárquica entre los tratados internacionales y las leyes, pero no con la Constitución”⁴⁷. Algunos autores sostienen que ni siquiera podían ponerse al mismo nivel que la Constitución, porque eso hubiera implicado una reforma de los artículos 27 y 30 de la Constitución Nacional⁴⁸

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Gregorio BADENI, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, 142; Ricardo RAMÍREZ CALVO, “*La Constitución reformada y los tratados internacionales*”, La Ley, 1995-B, 773.

Rodolfo Barra, miembro informante del despacho de mayoría en la Convención, explicó que los tratados tienen jerarquía supralegal, pero infraconstitucional, y que a pesar de estar en pie de igualdad con la Constitución, no la integran, sino que más bien la complementan⁴⁹.

Sobre la cláusula “en las condiciones de su vigencia”, Barra explicaba que se debe entender que los tratados se incorporan al derecho argentino con las reservas e interpretaciones que se hubieren efectuado. Más precisamente, “sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para nosotros”⁵⁰

Más contundente aún fue el mencionado convencional constituyente cuando sentenció que si el juez “no puede alcanzar un sentido integrador de las normas en juego habrá de primar aquella que figura en la parte dogmática de nuestra Constitución, en armonía con el mencionado art. 7° de la ley 24.309”⁵¹.

Resulta importante destacar lo siguiente. La convencional María Lucero había propuesto incorporar al artículo 75 inciso 22 la siguiente cláusula, que fue rechazada: “en relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto, serán imprescriptibles”⁵². Es decir, diez años antes del fallo Simón, quienes eran encargados de reformar el artículo descartaron explícitamente la conclusión a la que llegaron los magistrados. Incluso la propia Corte Suprema había fallado en varias ocasiones “que las opiniones expuestas por los miembros informantes en los órganos legislativos -o constituyentes- durante la consideración de los proyectos normativos, son fuentes auténticas de interpretación para precisar su significado y alcance, correspondiendo dar pleno efecto a la intención del legislador que emana de la letra o espíritu de la norma”⁵³.

⁴⁹ “Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994”, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As. 1995, citado en Gregorio BADENI, *El caso simón y la supremacía constitucional*, Del Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, 2013, II.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Gregorio BADENI, *El caso simón y la supremacía constitucional*, Del Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, 2013, II; Fallos 111:330 y 388; 114:28 y 298; 115:174; 150:151; 210:540.

Otro problema con la interpretación de la supremacía internacional es la reestructuración que hace del Poder Judicial, ya que convierte a la CorteIDH en un Tribunal Supremo dentro del sistema judicial nacional en cuanto a la interpretación de la CADH⁵⁴. Es decir, si los tratados fueron constitucionalizados junto con las interpretaciones que hace el órgano correspondiente, todos los tribunales nacionales deberían seguir lo que dicho órgano entiende, subordinando de esta manera a todo el Poder Judicial a los órganos internacionales, incluso la Corte Suprema. Significaría el fin de la supremacía constitucional.

Esto, al igual que en el supuesto anterior, también estaría reformando disposiciones de la Constitución cuya modificación estaba vedada⁵⁵. El artículo 108 establece que el poder judicial de la nación será ejercido por una Corte Suprema y por los demás tribunales inferiores establecidos por el Congreso de la Nación. Asimismo, el artículo 116 decreta que a ellos corresponde el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la nación y por los tratados con las naciones extranjeras.

No obstante, todavía se puede agregar algo más en contra de esta tesis internacionalista. Uno de los argumentos usados para convalidar el fallo Simón y la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía fue que estas no podían ser válidas, ya que contrariaban los tratados internacionales con jerarquía superior. Según hemos explicado, esto ocurrió a partir de la reforma constitucional de 1994, por lo que aplicar ese orden normativo al momento del hecho implicaría un uso retroactivo de la ley penal.

Por consiguiente, si se interpretara el artículo 75, inciso 22 con la tesis de la vigencia internacional, se estaría haciendo una intromisión lesiva en la materia que no había sido disponible para la Convención, incurriendo de esta manera en la propia inconstitucionalidad del artículo, por haberse extralimitado en las funciones:

⁵⁴ Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, *Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, 2 VIII; Ricardo RAMÍREZ CALVO, “*La Constitución reformada y los tratados internacionales*”, *La Ley*, 1995-B, 773.

⁵⁵ MALARINO, *Ibid.*

“una ley de necesidad de reforma que se atribuya funciones constituyentes es nula, así como también lo es una reforma constitucional que exceda de los puntos abiertos a discusión por el Congreso”⁵⁶.

En síntesis, las conclusiones a las que arribamos son⁵⁷: los tratados internacionales a pesar de tener una jerarquía superior a las leyes, no alteran el artículo 31 de la Constitución ya que el derecho federal mantiene su preeminencia sobre el provincial; los tratados internacionales complementan la Constitución, siendo lo complementario accesorio de lo complementado, esto es, pueden incluir nuevos derechos y garantías sin alterar los preexistentes; los tratados internacionales tienen carácter supralegal e infraconstitucional; y que los tratados internacionales rigen en las condiciones de su vigencia.

IV. La anulación de la Ley 25.779

Otro argumento que se observa en el fallo es la existencia de la ya mencionada Ley 25.779 y su declaración de nulidad insanable respecto de las leyes de amnistía, “con efecto retroactivo”⁵⁸.

Remontémonos brevemente a los inicios y las bases de nuestro sistema de gobierno, en el cual no se pretende ahondar demasiado por ser harto conocido, y su inspiración en los principios fundamentales del constitucionalismo estadounidense⁵⁹. Lo que importa aquí es la concepción de la organización política que se le imprimió a la Constitución Nacional, esta es, “que los poderes del gobierno deben ser limitados”⁶⁰, idea que se plasma en el principio de la separación de poderes y control recíproco entre ellos (*checks and balances*). Por consiguiente, ningún poder puede atribuirse facultades que le fueron encargadas a otro, como expresa el principal inspirador de la Constitución de 1787, James Madison, en el N° 47 de *El Federalista*: “donde todo el poder de un

⁵⁶ *Idem*, 2 VI.

⁵⁷ Gregorio BADENI, *El caso simón y la supremacía constitucional*, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 2013, II.

⁵⁸ Manuel José GARCÍA-MANSILLA, *¿El Congreso tiene facultades para anular una ley? Un análisis desde el principio de la separación de los poderes*, El Derecho, tomo 204, Buenos Aires, 2003, 622.

⁵⁹ Manuel José GARCÍA-MANSILLA y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

⁶⁰ Manuel José GARCÍA-MANSILLA, *¿El Congreso tiene facultades para anular una ley? Un análisis desde el principio de la separación de los poderes*, El Derecho, tomo 204, Buenos Aires, 2003, 622.

departamento se ejerce por las mismas manos que poseen todo el correspondiente a otro, quedan allí subvertidos los principios fundamentales de una constitución libre”⁶¹.

Respecto del poder judicial, de la interpretación de los artículos 31 y 116 de la Constitución Nacional se deriva el llamado control de constitucionalidad, que representa el poder de revisar y declarar la inconstitucionalidad de normas emanadas de cualquiera de los otros dos poderes, cuando sean contrarias a la Ley Fundamental⁶². En palabras de Joaquín V. González: “la principal y más poderosa de las facultades que corresponden al Poder Judicial, es la de interpretar y decidir la validez de la ley dictada por el Poder Legislativo, porque significa poner un límite a la naturaleza misma de éste, cuya esencia es de ser exclusivo en su calidad de legislador (...) el Poder Judicial es supremo, y sólo él tiene facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso”⁶³.

Esto fue materializado en los Estados Unidos en 1803 con el famoso caso “Marbury v. Madison”⁶⁴ y en palabras de nuestra propia Corte Suprema en el fallo “Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo”, entre muchos otros: “es regla constitucional (...) que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular los actos en su consecuencia, es potestad exclusiva del Poder Judicial”⁶⁵.

Volviendo al fallo Simón, se observa que cinco integrantes del Alto Tribunal argumentaron por la constitucionalidad de la ley bajo análisis, pero cada uno con razones diferentes. El Juez Petracchi, que como advertimos antes, ya se había pronunciado aproximadamente 15 años antes a favor de la constitucionalidad de las leyes de amnistía, advierte en un principio correctamente, que “desde una perspectiva estrictamente formalista”⁶⁶, podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al declarar la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica”⁶⁷.

⁶¹ Alexander HAMILTON; James MADISON y John JAY, *The Federalist Papers*, Masters, Smith & Co., Hallowell, 1857, 224.

⁶² Manuel José GARCÍA-MANSILLA, *¿El Congreso tiene facultades para anular una ley? Un análisis desde el principio de la separación de los poderes*, El Derecho, tomo 204, 626.

⁶³ Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Estrada, Buenos Aires, 1951, 315-316.

⁶⁴ “Marbury v. Madison”, 5 U.S. (1 Cranch 137) (1803).

⁶⁵ Fallos 311:469, considerando 13.

⁶⁶ Nótese el uso de la expresión con un dejo de rechazo.

⁶⁷ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 34, voto de Juez Petracchi.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte antes citada, el Magistrado hace un análisis impecable de cómo tendría que haber resuelto la Corte esta contingencia. Sin embargo, la clave del párrafo traído a colación es la mención al formalismo -o lo que él entiende como un formalismo, y otros como una lectura coherente de la Constitución. El Juez utiliza esa formulación para descartar, o tratar de descartar, el análisis subsiguiente por estar teñido de *formalismo*, entendiendo que interpretar jurídicamente de esa manera es erróneo. Sin embargo, esto carece de todo fundamento legal y es de hecho contrario a nuestro ordenamiento jurídico. En ningún pasaje de la Constitución se le permite a un juez descartar atribuciones exclusivas de un poder del Estado, por supuesto formalismo. En sentido contrario y con un buen sentido premonitorio, García-Mansilla había advertido dos años antes: “¿Cuándo vamos a aprender que cualquier medida que los gobiernos intenten dictar, por más plausible que sea, debe respetar a rajatabla lo que señala la Constitución Nacional? No lo decimos desde una óptica meramente formal o dogmática. Por el contrario, lo hacemos en defensa de una protección esencial que todos los ciudadanos de la República Argentina tenemos frente a los posibles abusos de los gobiernos de turno”⁶⁸.

Esto fue, lamentablemente, lo que Petracchi no hizo. Y como si ello no fuera suficiente, en el párrafo siguiente, aprovechando el argumento del formalismo, agrega:

“Sin embargo, 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 ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que la supuesta “usurpación de funciones” tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.

Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, 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. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece

⁶⁸ Manuel José GARCÍA-MANSILLA, *¿El Congreso tiene facultades para anular una ley? Un análisis desde el principio de la separación de los poderes*, El Derecho, tomo 204, 628.

constituiría un formalismo vacío. Por lo demás, de ese modo se perdería de vista que el sentido de la ley no es otro que el de formular una declaración del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la "ley" sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23.492 y 23.521."⁶⁹.

Como se puede apreciar, en esta segunda parte del considerando vuelve a mencionar el problema del formalismo, agregándole esta vez el carácter de vacío. Como adelantamos en el párrafo anterior, la conclusión del Magistrado es equivocada, ya que “declarar inconstitucional una norma para, seguidamente, resolver lo mismo que ella prescribe (...) parece, cuando menos, engañoso y, ciertamente, peligroso”⁷⁰. En resumen, para el juez Petracchi, mientras la solución de un caso, por ejemplo, sea la misma a la que llegará un tribunal, se puede violar abiertamente la Constitución para así evitar formalismos vacíos. Esto “no parece una postura sostenible”⁷¹. Cabe destacar también que en esta misma línea construyó su argumentación la Jueza Highton de Nolasco⁷².

En segundo lugar, es equivocado considerar que dicha ley tenía meramente efectos políticos, ya que, como destacaron varios legisladores en los debates previos a la sanción⁷³, estaba destinada a tener claros efectos jurídicos y a buscar la reapertura de las causas.

Por último, “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?”⁷⁴. Es decir, ¿para qué expedirse sobre un acto simbólico que no requería ser analizado bajo el control de constitucionalidad? Finalmente, en la última oración del considerando se contradice todo lo anterior, concluyendo que finalmente sí tiene efecto jurídico, como bien sostiene Elías⁷⁵.

⁶⁹ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 34, voto de Juez Petracchi.

⁷⁰ José Sebastián ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 26.

⁷¹ *Idem*, 27.

⁷² C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 29, voto de la Jueza Highton de Nolasco.

⁷³ *Idem*, considerandos 15 y 16, voto del Juez Maqueda.

⁷⁴ José Sebastián ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 26.

⁷⁵ *Ibid*.

El Juez Maqueda con largos considerandos se inclina desde un primer momento a justificar la validez de la ley 25.799. Luego de repasar jurisprudencia del Alto Tribunal, afirma en base a ella que el poder legislativo es “el depositario de la mayor suma de poder y (...) el representante más inmediato de la soberanía”⁷⁶; “el genuino representante del pueblo (...) y garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general...”⁷⁷; el encargado de “sancionar las leyes necesarias para la felicidad del pueblo...”⁷⁸; “es el primer obligado a dar cuenta del grado de adecuación de su accionar en los términos del mandato constitucional” y “al reconocer jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias y no sólo al Poder Judicial, a las condiciones para hacer posible la plena vigencia de los derechos fundamentales protegidos”⁷⁹. Concluye que todas estas razones le “otorgan un marco adecuado de habilitación para que en la materia que nos ocupa el Congreso de la Nación se sienta obligado a dar una respuesta legislativa excepcional para satisfacer desde lo institucional las consecuencias que nacen de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, y con el fin preciso de proteger al Estado argentino de eventuales responsabilidades en el orden internacional”⁸⁰.

Nótese que en primer lugar intenta subordinar la validez de la ley a la voluntad general, como si ello fuera requisito de constitucionalidad. Luego, al igual que el Juez Zaffaroni, esgrime el argumento de la responsabilidad internacional, el cual ya se ha demostrado que es incorrecto.

En definitiva, a pesar de haber esbozado y repasado antigua jurisprudencia de la Corte, nunca llega a demostrar que el control de constitucionalidad no es exclusivo del Poder Judicial. Omite hacer un juego armónico entre todas las razones que presenta y dicha facultad judicial, es decir, que el Congreso tiene todas esas atribuciones que él señala, pero el límite es declarar otras normas inconstitucionales. Lo más peligroso del argumento del Magistrado es, como señala Elías, “seguir ampliando los poderes estatales a costa de los derechos y garantías individuales”⁸¹. Esto abre la puerta a que el Congreso declare a propia voluntad, basándose en el razonamiento aquí expuesto,

⁷⁶ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 14, voto del Juez Maqueda

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Idem*, considerando 18, voto del Juez Maqueda.

⁸⁰ *Idem*, considerando 20, voto del Juez Maqueda.

⁸¹ José Sebastián ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 28.

la nulidad de la ley que le plazca si es que posee las mayorías necesarias. Corrompe así el juego armónico que la Constitución prevé para los tres poderes, dejando en manos de una mayoría derechos adquiridos y libertades individuales, algo que la Constitución específicamente prohíbe.

Otro argumento, esta vez presentado por el juez Zaffaroni, fue el de convalidar la ley en cuestión para facilitar las dificultades que plantea el control de constitucionalidad difuso, concentrando de esta manera la interpretación⁸²: “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”⁸³.

Al igual que los demás Ministros, Zaffaroni lleva al lector por incontables líneas en las cuales trata de adaptar el derecho a la solución a la que quería arribar. Esta fue la de, en primer lugar, “desechar -mediante su tratamiento específico y fundado- los diferentes argumentos que podrían invocarse en otros casos para justificar una “nueva” facultad anulatoria”⁸⁴. Dicho de otra manera, rechaza punto por punto cualquier argumento que podría ser usado en un futuro para manipulación e “intenta fijar límites claros al ejercicio de facultades que se califican como de una excepcionalidad extrema”⁸⁵. Entre ellos descalifica la posibilidad de que el Congreso esté habilitado para anular leyes con carácter general⁸⁶, usar el antecedente de la ley 23.040 que deroga la ley de facto de autoamnistía⁸⁷, de invocar un estado de necesidad en el que nuestro país se encontraba al momento de dictar las leyes de amnistía⁸⁸, recurrir al artículo 29 de la Constitución⁸⁹, apelar a invocaciones de derecho supralegal por su ambigüedad⁹⁰, entre las más destacadas.

Luego de haber dejado bajo confinamiento hermético a la Constitución y sus garantías, procede a desechar absolutamente todo lo dicho anteriormente, basándose en “el hecho nuevo” y “la

⁸² *Idem*, 30.

⁸³ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 36, voto del Juez Zaffaroni.

⁸⁴ José Sebastián ELÍAS, “*Simón*” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 32.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 17, voto del Juez Zaffaroni.

⁸⁷ *Idem*, considerando 20, voto del Juez Zaffaroni.

⁸⁸ *Idem*, considerando 23, voto del Juez Zaffaroni.

⁸⁹ *Idem*, considerando 24, voto del Juez Zaffaroni.

⁹⁰ *Idem*, considerando 25, voto del Juez Zaffaroni.

operatividad real del principio universal”⁹¹, explicando que en caso de que el país no enjuiciara a los responsables de los delitos cometidos, estaría renunciando a su soberanía⁹². Dicho de otra forma, justifica el accionar del Congreso y su intromisión en la esfera del Poder Judicial por razones excepcionales. Se trazan límites para luego acompañar políticamente la decisión⁹³.

Como ya hemos explicado, es falso incurrir en una responsabilidad superior, ya que el derecho internacional no se encuentra en ningún caso sobre el derecho nacional y su Constitución, ni tampoco existía una norma consuetudinaria al momento del hecho que haga necesaria la aplicación de un derecho penal especial, algo que se demostrará en los párrafos siguientes.

Habiendo repasado los argumentos principales de cada uno de los magistrados, no se encuentran suficientes argumentos que justifiquen permitirle al Congreso la intromisión en la esfera del Poder Judicial para arrogarse el control de constitucionalidad. Incluso, lo que es aún peor, algunos de ellos reconocen explícitamente que es una facultad exclusiva de dicho Poder, para luego inventar un pretexto que le habilite al Legislativo esta injerencia. La conclusión a la cual se arriba es que “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.”⁹⁴.

V. El artículo 29 de la Constitución Nacional

Otro de los argumentos que se han dado para convalidar la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía es el que se apoya en el artículo 29 de la Constitución Nacional y en su prohibición de conceder facultades extraordinarias o la suma del poder público. Quienes se han basado en este argumento han sido sobre todo las instancias ordinarias y los dictámenes de la Procuración General.

⁹¹ *Idem*, considerando 32 y subsiguientes, voto del Juez Zaffaroni.

⁹² *Idem*, considerando 30 y subsiguientes, voto del Juez Zaffaroni.

⁹³ Cfr. José Sebastián ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), *Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2006-III, 37.

⁹⁴ *Idem*, 37.

La idea es la siguiente: como resumió el Procurador General Becerra, en un primer dictamen, dicho artículo, “correctamente interpretado”, establece una prohibición de amnistiar tanto a quien la otorga como a quien la recibe. Es decir, no le estaba permitido al Congreso otorgar una amnistía, ni tampoco le estaba permitido a quienes eran objeto de la ley recibirla. Ello es así ya que “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”⁹⁵. Por consiguiente, explica el Procurador, sería materialmente equivalente amnistiar una hipotética concesión de dichos poderes, que amnistiar los delitos a los que se refieren las leyes 23.492 y 23.521, algo que sería inconstitucional, ya que estaría produciendo los efectos que el constituyente quiso evitar. Agrega también, forzando aún más la interpretación analógica que estaba desarrollando, que “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 detentaron la suma del poder público”⁹⁶.

En primer lugar, “el razonamiento no puede desarrollarse sin interpretaciones forzadas sobre el objeto de protección del artículo 29”⁹⁷, algo que destaca el Juez Fayt en su disidencia. La interpretación que realiza la procuración estaría extendiendo los supuestos cubiertos por el artículo en cuestión, ya que claramente se entiende que se refiere únicamente a quienes concedieron los poderes tiránicos, no a quienes los ejercieron, o cometieron delitos en el marco de ese ejercicio⁹⁸.

El Magistrado Fayt agrega que “se trata de un tipo penal constitucional, cuyo sujeto activo sólo puede ser un miembro del Poder Legislativo”⁹⁹, a diferencia de lo que erróneamente marcó la Procuración. Incluso, nos inclina a esta interpretación el constituyente Zavalía, cuando en el Congreso Constituyente de 1852/53¹⁰⁰ se inclinó por limitar el tipo penal constitucional a los

⁹⁵ Punto VII del primer dictamen de la Procuración General, firmado por Nicolás E. Becerra.

⁹⁶ Punto VII.2 del segundo dictamen suscripto por el Procurador Esteban Righi.

⁹⁷ José Sebastián ELÍAS, “*Simón*” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 10.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 88, disidencia del Juez Fayt.

¹⁰⁰ Sesión del 25 de abril de 1853, Asambleas Constituyentes Argentinas, Peuser, Buenos Aires, 1937, T. IV, p. 516.

miembros de las legislaturas¹⁰¹. Algo que tiene claro sentido, ya que el artículo en cuestión busca castigar la traición de aquellos que han sido elegidos como representantes del pueblo¹⁰².

Asimismo, la reforma constitucional de 1994 incorporó en su artículo 36 un texto que prevé la misma sanción que la del artículo 29, pero destinada a quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Entonces, si se efectuara la errónea interpretación que la Procuración recomienda, ningún sentido hubiera tenido incorporar este último artículo¹⁰³.

Otra equivocada observación del dictamen es que las leyes de amnistía perdonaron hechos que el artículo 29 condena. Como bien explica Fayt en su voto y Elías coincide, eso es incorrecto, ya que dichas leyes en ningún artículo refieren al perdón de los delitos, simplemente se limitan a no punirlos¹⁰⁴. Basta con ver las condenas de numerosos militares de alto rango, responsables de aberrantes delitos.

El peligro de la tesis sostenida en el dictamen de la Procuración y el análisis de una cláusula constitucional con un “razonamiento sofista” e incurriendo en “artificiosas interpretaciones”¹⁰⁵, es que se desvía el objeto de la misma y se termina modificando la cláusula misma. A partir de allí entran en consideración supuestos que originalmente no eran objeto de protección y, con el pretexto de las buenas intenciones, se da luz verde para que se avasallen libertades individuales. Si toda norma sancionatoria puede ser ampliada por interpretación analógica, las garantías constitucionales quedarían completamente a merced de interpretaciones antojadizas y, por ende, anuladas.

¹⁰¹ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 88, disidencia del Juez Fayt.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid* y Cfr. José Sebastián ELÍAS, “*Simón*” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 10.

¹⁰⁴ *Idem*, considerando 92, disidencia del Juez Fayt, e *Ibid.*

¹⁰⁵ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), considerando 87, disidencia del Juez Fayt.

Los fundamentos intentados por el Ministerio Público son simplemente ineficaces, rebuscados y efectistas¹⁰⁶, algo que los jueces Zaffaroni y Lorenzetti ratificaron en mayor o menor medida y los demás jueces implícitamente.

VI. Problemas de retroactividad y legalidad

Como bien afirma Rosler, “si hay algo que debe figurar en el top ten del autoritarismo penal es la sanción de una ley penal retroactiva más gravosa, lo cual es la imagen absolutamente inversa del principio de la aplicación de la ley penal más benigna”¹⁰⁷. Es por ello que nuestra Constitución expresamente prohíbe tales actos de manera contundente y categórica, sin dejar margen a la interpretación.

La Corte, por su parte, se enfrentaba al problema de la tipificación de los hechos. Es decir, estaba claro en las interpretaciones de los magistrados que las leyes de Obediencia Debida y Punto Final ya se habían declarado nulas y ahora se debía encuadrar los hechos en algún tipo penal. El problema era que se debía poder acudir a un tipo penal al que no le surtiera efecto la prescripción, que cumpliera con el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal. El dilema al que se enfrentaban era claro: cómo dejar anular las leyes de amnistía sin violar las garantías penales más básicas de nuestro Estado de derecho de manera flagrante. La solución fue la aplicación del delito de lesa humanidad, el cual es imprescriptible, basándose en el derecho y la costumbre internacionales.¹⁰⁸

El primer problema que acarrea esa interpretación es la clara violación del principio de legalidad¹⁰⁹. El artículo 18 requiere que exista una ley anterior al hecho del proceso que disponga

¹⁰⁶ José Sebastián ELÍAS, “Simón” (o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III, 13.

¹⁰⁷ Andrés ROSLER, “Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora”: Acerca del punitivismo de lesa humanidad, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 91.

¹⁰⁸ Cfr. Ezequiel MALARINO, *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos. Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización: Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la CIDH*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, 25, 26 y 27.

¹⁰⁹ Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, *Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, 2 XV.

perseguir esa conducta penalmente. Además, esa ley debe ser dictada únicamente por el Congreso, según el artículo 75 inciso 12. En otras palabras, es estrictamente necesaria la aplicación del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, a diferencia de la débil aplicación del principio que hace la Corte, entendiéndolo como un mero *nullum crimen sine iure*¹¹⁰. Es completamente imprescindible la intervención del Congreso, porque “la aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en los derechos del ciudadano que la determinación de sus presupuestos de aplicación sólo puede ser efectuada por la instancia que más directamente representa al pueblo”¹¹¹. El reemplazo de una ley formal por una costumbre internacional no satisface los requisitos de legalidad del artículo 18.

Otra deficiencia en la interpretación de la Corte es el problema de régimen jurídico que acarrea tipificar a los hechos como crímenes contra la humanidad. El Tribunal utilizó el derecho penal internacional para sortear el principio de legalidad y el derecho penal normal para la tipicidad y sanción. “Es decir, la CSJN efectuó una doble subsunción de los hechos: una subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y una subsunción secundaria de cualificación por las leyes internacionales consuetudinarias”¹¹².

Por otra parte, la Corte Suprema afirma, con particular ligereza, que existía una norma consuetudinaria previa a los hechos cometidos¹¹³, que específicamente convertía la desaparición forzada de personas en un crimen de lesa humanidad. Según explica Malarino, esto es falso, ya que los primeros documentos en la materia son de fecha posterior a los hechos perseguidos¹¹⁴. Los delitos imputados habrían ocurrido en noviembre de 1978 y en diciembre de dicho año se puede encontrar “la primera referencia de relieve sobre el crimen de desaparición forzada”¹¹⁵ en la resolución 33/173 de la Asamblea General de la ONU. Sin embargo, “sólo muchos años más tarde comienza a existir algo de consenso sobre este crimen”¹¹⁶ como delito de lesa humanidad, con su

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Idem*, 2 XIV.

¹¹³ C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-”, Fallos 328:2056 (2005), votos de los Jueces Highton de Nolasco, considerando 31; Maqueda, considerando 85; y Boggiano, considerando 41.

¹¹⁴ Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, *Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009, 2 XVII.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Idem*, nota al pie 84.

incorporación en 1996 en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Anteriormente se los menciona en la decisión de 1988 de la CorteIDH en el caso “Velásquez Rodríguez contra Honduras”.

Es claro que si las primeras normas internacionales que hacen a la desaparición forzada un delito de lesa humanidad son posteriores a los hechos, no es posible poder hablar de una norma consuetudinaria, ya que no existía y resulta irresponsable y negligente alegar lo contrario. En definitiva, la Corte no hizo más que aplicar retroactivamente la ley penal en perjuicio de los imputados, violando abiertamente el artículo 18 de la Constitución Nacional.

El máximo tribunal, a diferencia de lo explicado, no demostró correctamente la existencia de la norma consuetudinaria y se limitó “a hacer afirmaciones dogmáticas sobre su existencia”¹¹⁷. Para verificar esta existencia, se debía hacer referencia a algún elemento necesario para encuadrarlo en alguna de las normas internacionales¹¹⁸. Sin embargo, esto hubiera evidenciado la clara intención de los Jueces de aplicar normas de forma retroactiva. Para poder aplicar una norma consuetudinaria, es imperativo que se pruebe la costumbre exhaustivamente, no basta con una simple referencia. El Alto Tribunal intentó, mediante la referencia a crímenes contra la humanidad, librarse de la obligación de efectuar un análisis correspondiente apelando a la gravedad de los hechos, como si ello fuera suficiente. Ello sin mencionar que convertir una conducta en delito por la mera costumbre es groseramente contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional y a los principios fundamentales del derecho penal liberal.

Contrario a esto, algo que la Corte olvidó revisar, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente decreta: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”¹¹⁹.

¹¹⁷ *Idem*, 2. XVIII.

¹¹⁸ *Ibid*.

¹¹⁹ Convención Americana sobre los Derechos Humanos, art 9.

En conclusión, dado el carácter ambiguo de la figura de crímenes contra la humanidad, la inexistencia de una norma consuetudinaria y su falta de prueba por parte de los Magistrados que la alegan, utilizar este régimen penal implicó una violación del principio de legalidad y, por ende, del artículo 18 de la Constitución.

3. ¿Cómo se justifica esta violación al Estado de derecho?

Como muy bien explica Zaffaroni: “un derecho penal garantista en un estado de derecho [es] una grosera redundancia, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de las garantías”¹²⁰. A estas alturas ya es bien sabido que nuestra Constitución impone principios penales garantistas. Sin embargo, no se podría afirmar lo mismo y con tanta seguridad sobre los derechos humanos. Por más paradójica que esta afirmación suene, la justificación que se dio para violar toda garantía constitucional fue precisamente en pos de un derecho humano, que se presenta como superior.

El derecho penal ha dado dos grandes escuelas filosóficas a lo largo de su historia: el garantismo y el punitivismo. La primera se trata de una teoría de carácter “familia jurídica”¹²¹ y la segunda de carácter “inmediatamente moral y cuyo único propósito consiste en que ningún malvado escape al castigo”¹²².

Lo que se suele denominar como garantismo es a resumidas cuentas el “derecho penal mínimo”, que consiste “en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune”¹²³. Su frase de cabecera es la ya conocida y mencionada

¹²⁰ Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 63.

¹²¹ Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 62.

¹²² *Ibid.*

¹²³ FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. Perfecto citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 68.

“nullum crimen sine lege”, y se traduce en que “no se puede hablar de crimen antes de que se verifique que una acción haya sido cometida con posterioridad a la sanción de una ley penal y su castigo debe ser conforme a dicha ley penal”¹²⁴. Es decir, una interpretación positivista, en mayor o menor medida.

Por otro lado, el punitivismo a diferencia del garantismo, se concentra primordialmente en el castigo. El fin es el de combatir la impunidad y se podría resumir como el “derecho penal máximo”, cuyo objetivo es “que ningún culpable resulte impune”¹²⁵. Se puede abreviar como “*nullum crimen sine poena*”¹²⁶. El garantismo pone la ley al servicio de los sujetos implicados, el punitivismo pone la ley al servicio del castigo. De esto se desprende como consecuencia lógica que en el primero “alguien debe ser castigado exclusivamente porque violó la ley”, y en el segundo “alguien violó la ley porque debe ser castigado”¹²⁷.

Los orígenes del punitivismo explican muy bien las conclusiones del caso Simón. En primer lugar, el derecho romano imperial preveía casos de crimina extraordinaria, en los que por definición no se estaba obligado por una ley previa, ya que el fin era hacer un ejemplo de quienes violaran la ley¹²⁸. En otras palabras, se trata de adaptar el sistema al resultado y crear las formalidades suficientes para darle sustento normativo.

Sin embargo, los defensores del punitivismo podrían alegar el cumplimiento de un principio de legalidad, donde una ley dictara que el único fin del derecho penal es la lucha contra la injusticia, por ejemplo. En este caso, “la legalidad en cuestión, en el fondo, es de tipo moral, de tal forma que el procedimiento penal asume que hay delitos que son legalmente *mala in se*”¹²⁹. Es decir, se

¹²⁴ Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 68.

¹²⁵ FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. Perfecto citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 77.

¹²⁶ Como se explica más detenidamente en párrafos siguientes, este fue el principio adoptado por el derecho penal en el nacionalsocialismo (ver Carl SCHMITT, “Der Weg des deutschen Juristen”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, T. 39, 693).

¹²⁷ FERRAJOLI, *Ibid.*

¹²⁸ Cfr. Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 78.

¹²⁹ *Ibid.*

establece un marco normativo donde se pena por ley, por ejemplo, la maldad, la impunidad, la inmoralidad, etc., y, luego, quien está a cargo de juzgar ajusta los conceptos al imputado.

Lo que el punitivismo consagra es un derecho penal de autor donde el fin justifica los medios, “el único propósito es infligir un castigo a los malvados sin que importe a qué precio”¹³⁰. Esto presupone que se sabe quién es culpable y quien no, mirando solamente la cara moral de cada sujeto¹³¹, donde la única diferencia entre la justicia por mano propia y una sentencia judicial es un proceso que en instancia última es una mera formalidad.

Otro famoso sistema que utilizó el punitivismo fue el nazismo. El llamado “Estado de Derecho de Hitler” se ve plasmado en el artículo 2 del Código Penal Alemán de 1935, que le otorgaba al juez la potestad de castigar en carácter de delito “todo hecho que, aun no previsto por la ley, fuera considerado por él como punible ‘según el sano sentimiento del pueblo’”¹³². El objetivo es claro, la persecución de la impunidad a como dé lugar. Cualquier juez nazi, con una conciencia tranquila, podría haber alegado que estaba cumpliendo con sus deberes tal como la ley manda. En este sentido, Schmitt no creía que sus ideales se apartaban de la idea de un Estado de derecho, solamente lo hacían de la concepción del Estado de derecho liberal y su apego a la letra de la ley¹³³.

Otro antecedente es la Revolución Francesa, en la que en la Ley 22 de Pradial del año II se incluyeron “definiciones un tanto difusas del crimen político con el fin de no dejar escapatoria a ningún enemigo de la Revolución”. Ellas eran que “[I]a prueba necesaria para condenar a los enemigos del pueblo es cualquier clase de documento, ya sea material, moral, verbal o escrito, que de modo natural puede lograr el asentimiento de toda persona justa y razonable. La regla de los juicios es la conciencia de los jurados iluminados por el amor a la patria; su objetivo es el triunfo de la República y la derrota de sus enemigos”¹³⁴.

¹³⁰ *Idem*, 79.

¹³¹ Cfr. *Idem*, 78.

¹³² Ingo von MÜNCH (ed.), *Gesetze des NS-Staates*, Mauke, Hamburgo, 2004, 94.

¹³³ GROSS, Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre, citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En *Letra: Derecho Penal*, Año III número 5, 2017, 79; Carl SCHMITT, “Der Weg des deutschen Juristen”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, T. 39, 693.

¹³⁴ SOREL, *Reflexiones sobre la violencia* (trad. F. TRAPERRO), Madrid, Alianza, 1976, 161, citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En *Letra: Derecho Penal*, Año III número 5, 2017, 85.

Luego, en 1796 la “Junta Criminal” de Bolonia decretó: “junto a afirmaciones solemnes acerca de la prevención, el garantismo y el valor redentor de la pena -de grandiosa impronta iluminista-, se declara la máxima inflexibilidad con los ‘monstruos’ que osan atentar contra la Patria (deben ser ‘exterminados’) y se afirma que en el nuevo orden la delación ya no es un acto infame, como podía considerársela en el antiguo régimen, sino una virtud cívica”. Esto fue lo que llevó “no solo hacia los totalitarismos modernos (tanto los comunistas como los fascistas y nazis) sino también hacia todos los posibles desvíos, indagaciones e inquisiciones en sentido macartista en los estados democráticos y de derecho, hasta nuestros días”¹³⁵.

Dentro del punitivismo y su pretensión de supremacía moral se puede distinguir un tipo de discurso conocido en la actualidad como de “humanidad”, que envuelve nociones “moralmente sazonadas”¹³⁶. Este concepto que a primera vista suena noble y justo, no siempre ha sido utilizado con las mejores intenciones. En este sentido Rosler explica: “es un hecho indudable que no pocas veces en nombre de la humanidad se han cometido las más atroces inhumanidades, todos debemos ser muy cuidadosos al emplear discursos moralmente sazonados como el de los derechos humanos”¹³⁷.

Nuevamente se encuentra en el centro de la escena histórica la Revolución Francesa. El desafío legal al cual se enfrentaba la Convención Nacional era cómo saltar la inviolabilidad constitucional de la que gozaba Luis XVI. La primera solución fue la propuesta por Saint-Just, que alegó que “si le concedemos el derecho de ser juzgado civilizadamente, esto es de acuerdo con la ley, entonces, como ciudadano, él nos juzgará a nosotros, juzgará al propio pueblo”¹³⁸. Para Saint-Just, la propia existencia del rey era un crimen contra la humanidad y, en esas circunstancias, era inapropiado juzgarlo de acuerdo con los procedimientos normales previstos en la ley¹³⁹.

¹³⁵ PRODI, *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (trad. Luciano PADILLA LÓPEZ), Buenos Aires, Katz, 2008, 19, citado en Andrés ROSLER, “Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 85.

¹³⁶ Andrés ROSLER, “Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 85.

¹³⁷ *Idem* 86.

¹³⁸ John LAUGHLAND, *A History of Political Trials from Charles I to Saddam Hussein*, Peter Lang, Oxford, 2008, 41.

¹³⁹ *Idem* 42.

Finalmente, se lo condenó como un delincuente extraordinario bajo la categoría de *hors-la-loi* o fuera de la ley, como un enemigo del pueblo y del género humano¹⁴⁰. En palabras de Robespierre, “Luis debe morir porque la patria debe vivir”¹⁴¹. Tal como se puede apreciar, lo que en un primer momento era una garantía a favor del rey, se terminó usando paradójicamente en su contra. Es curioso como una norma que siempre decretó la misma garantía mutó en su contra, al punitivismo se le agregó un esfuerzo interpretativo para el fin buscado. En definitiva, “los derechos naturales o humanos terminaron justificando la negación de toda protección legal a algunos seres humanos al menos”¹⁴².

Ahora bien, explicadas las similitudes del derecho de lesa humanidad y el de lesa majestad “tal vez no sea casual que en la aplicación del nuevo derecho penal iushumanista en relación con el terrorismo haya retornado no solamente el adagio romano “*nullum crimen sine poena*” sino, además, algunas de las cuestiones que acompañan al derecho penal republicano”, que son: “dudas en relación con el derecho aplicable (derecho natural o derecho positivo, por ejemplo en relación con el *jus cogens*), oscilación del acto jurídico entre criminal y enemigo, y la sinécdoque de considerar a un criminal o a un enemigo como de toda la humanidad y no solamente de un régimen jurídico particular”¹⁴³.

Todas estas cuestiones se ven reflejadas a lo largo del fallo Simón. En definitiva, las garantías quedan relegadas para los delitos menores, mientras que para los delitos que conllevan “al mal radical”¹⁴⁴ se les reserva la categoría de lesa humanidad para que el punitivismo se encargue de desplazar toda garantía vigente.

Un verdadero Estado de Derecho debe contar con una teoría que responda de la misma forma a todos los tipos de delitos para que “en lugar de prestarse a nuestros sesgos de confirmación ideológicos en relación con quién es el autor del delito, se concentre exclusivamente en el acto

¹⁴⁰ Cfr. Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 88.

¹⁴¹ LAUGHLAND, *A History of Political Trials*, 42.

¹⁴² EDELSTEIN, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009, 18, citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 89.

¹⁴³ Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 89.

¹⁴⁴ *Ibid.*

cometido y permita que dicho acto sea perseguido penalmente con total observancia de las garantías penales”¹⁴⁵.

Los derechos humanos se han vuelto “una autoridad moral incontestable” bajo pena de “considerar fascista a quien pusiera en duda tales credenciales”. En una época donde se distingue un claro apogeo de estos derechos, lamentablemente “es en nombre de los derechos humanos que se violan las garantías penales que durante varios siglos habían sido consideradas como sagradas”¹⁴⁶. En el mismo sentido se ha dicho que “el deseo de venganza es, rara vez, un estímulo para la justicia”¹⁴⁷.

4. Consideraciones finales

Se entiende el dilema moral o el tormento por el cual la conciencia de cada magistrado pudo haber pasado, que no ha sido un fallo fácil de conciliar moralmente por todo lo que implicó la última dictadura militar para nuestro país. Sin embargo, allí es donde entra en juego el derecho, una herramienta que facilita la conciliación de estos dilemas morales y que representa, en la última instancia de esta batalla interna, lo que se debe hacer. Un juez no debe llegar a las conclusiones que le gustan, sino las que el imperio del derecho le impone. Bajo un Estado de derecho se espera que el juez obedezca al derecho vigente y, si le parece moralmente atroz e intolerable, renunciar a su puesto, en lugar de excusarse bajo una falsa interpretación.

Es por esto que a pesar de comprenderlos, como bien sostiene Elías¹⁴⁸, el caso no era difícil de resolver jurídicamente. Es claro que la controversia era extrajurídica, porque no hay quien pueda defender las conclusiones arribadas en el fallo Simón siguiendo al derecho vigente. Por supuesto que moralmente es muy seductor poder sancionar conductas atroces que de otra manera permanecerían impunes. Sin embargo, como se ha dicho con agudeza, “si un nuevo régimen tiene

¹⁴⁵ *Idem*, 91.

¹⁴⁶ *Idem*, 97.

¹⁴⁷ John LAUGHLAND, *A History of Political Trials*, 16.

¹⁴⁸ Cfr. José Sebastián ELÍAS, “*Simón*” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), 3.

el poder de declarar retroactivamente como delitos conductas que no lo eran en el momento de haber sido cometidas, ¿qué control existe sobre el propio poder del nuevo régimen?”¹⁴⁹

El fallo Simón se podría haber resuelto de manera ‘sencilla’, que consistía en una estricta aplicación del artículo 18 de la Constitución Nacional. Solamente se presentaba complejo por el asunto a tratar, es decir el contenido del caso y sus hechos. Sin embargo, si se hubiera atendido a la Ley Fundamental, el resultado del fallo hubiera sido uniforme y con una mayoría marcada.

La alternativa menos nociva era, como bien sostiene Elías¹⁵⁰, la de la línea argumental que consistía en la inconstitucionalidad dentro del marco constitucional interno, sin recurrir a artilugios de carácter internacional. Haber recurrido a ella hubiera implicado “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, [...], sino que socavaría la autoridad institucional de la propia Corte”¹⁵¹.

Esto es, lo primero, entendiendo que el derecho se basa en principios los cuales permanecieron idénticos¹⁵² desde el primer fallo que sentencia su constitucionalidad, y el fallo Simón. Haber usado la misma línea argumental, para el mismo caso, con diferente desenlace hubiera dejado al desnudo una arbitrariedad atroz, y las mejores prácticas punitivistas. Lo segundo, porque hubiera desautorizado abierta e indecorosamente a los magistrados que todavía formaban parte del Tribunal y que habían votado en sentido contrario en aquella primera causa.

Es por todo ello que la única manera de aparentar una argumentación jurídica, era explorar la vía internacional. Esta se les presentó a los jueces como una herramienta para sortear el obstáculo mayor, la Constitución y sus garantías, y presentar este cambio jurisprudencial como una contingencia que sobrevino con el tiempo y que era imperativo aplicar.

En primer lugar, alegaron la imperiosa necesidad de acatar un fallo judicial internacional para evitar un injusto internacional, lo cual es inexacto. Luego, aprovecharon que esta vía les otorgaba una figura penal que resolvía los problemas de prescripción que existían, al tratarse de hechos de

¹⁴⁹ John LAUGHLAND, *A History of Political Trials*, 17.

¹⁵⁰ Cfr. *Idem*, 6 y 7.

¹⁵¹ *Ibid.*

una antigüedad de aproximadamente 25 años. Finalmente, para poder ajustar este tipo penal al principio de legalidad, se utilizó una figura que dudosamente satisface a dicha garantía, que es la costumbre internacional.

En paralelo, para reforzar una argumentación imprudente, se le permitió al Congreso de la Nación anular con efecto retroactivo¹⁵³ una ley que la misma institución había dictado durante un gobierno democrático, violando la división de poderes y la facultad del Poder Judicial del control de constitucionalidad.

Por todo esto es que se concluye categóricamente que el fallo Simón es abiertamente ilegal y violatorio de la Constitución Nacional y sus garantías, e incluso de las propias disposiciones de los tratados de derecho internacional. La Corte Suprema llevó a cabo una verdadera revolución contra el Estado de Derecho, negándole las garantías más básicas a quienes eran sujeto de una persecución penal. Esto se puede explicar únicamente desde una concepción punitivista del derecho, entendiendo que la Corte se encontraba en una cruzada contra el mal radical y la impunidad y por ello era necesario prescindir de toda garantía y debido proceso y negarles a los responsables de esos delitos atroces la categoría de humanos.

A diferencia de lo que sostuvo la Corte Suprema, según nuestra Constitución incluso quienes cometieron delitos aberrantes negando garantías penales, tienen derecho a ser juzgados con las garantías penales. Todavía se posee la esperanza de que algún día la Corte pueda volver a depositar su fe en el Estado de Derecho que su fallo sepultó, al igual que lo hizo Schmitt en su proceso de “desnazificación”. Solo así será posible asegurar la plena vigencia de la Constitución Nacional.

¹⁵³ Puede sonar redundante la afirmación, pero se quiere enfatizar sobre la violación de una garantía penal.

Bibliografía

José Sebastián ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*), Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006-III.

Mariano FERNÁNDEZ VALLE, *La Corte Suprema Argentina frente al Legado de la Última Dictadura Militar: Reseña del Fallo “Simón”*, Anuario de Derechos Humanos, 2006, 166.

Ezequiel MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*”, Jura Gentium, Revista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2009.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 68.1.

Gregorio BADENI, *El caso simón y la supremacía constitucional*, Del Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, 2013, II.

Gregorio BADENI, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, 142

“Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994”, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As. 1995, citado en Gregorio BADENI, *El caso simón y la supremacía constitucional*, Del Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, 2013, II.

Manuel José GARCÍA-MANSILLA, ¿El Congreso tiene facultades para anular una ley? Un análisis desde el principio de la separación de los poderes, *El Derecho*, tomo 204, 2013, Buenos Aires.

Alexander HAMILTON; James MADISON y John JAY, *The Federalist Papers*, Masters, Smith & Co., Hallowell, 1857.

Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Estrada, Buenos Aires, 1951.

Manuel José GARCÍA-MANSILLA y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

Ricardo RAMÍREZ CALVO, “*La Constitución reformada y los tratados internacionales*”, La Ley, 1995-B.

Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017.

Ezequiel MALARINO, *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos. Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización: Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la CIDH*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.

FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. Perfecto citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 68.

BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (ed. Bilingüe al cuidado de Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ), Madrid, Trotta, 2011, 219, citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 80.

GROSS, *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*, citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 79.

SOREL, *Reflexiones sobre la violencia* (trad. F. TRAPERO), Madrid, Alianza, 1976, 161, citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 85.

PRODI, *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (trad. Luciano PADILLA LÓPEZ), Buenos Aires, Katz, 2008, 19, citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 85.

EDELSTEIN, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009, 18, citado en Andrés ROSLER, “*Si Ud. Quiere una garantía, compre una tostadora*”: *Acerca del punitivismo de lesa humanidad*, En Letra: Derecho Penal, Año III número 5, 2017, 87.

John LAUGHLAND, *A History of Political Trials from Charles I to Saddam Hussein*, Peter Lang, Oxford, 2008.

Andrés ROSLER, *Catolicismo romano y forma jurídica*, La Ley Universidad del Salvador, 2021.

Stefan ZWEIG, *María Antonieta*, (traducción de Carlos FORTEA), Barcelona 2012 Acantilado.

Ingo von MÜNCH (ed.), *Gesetze des NS-Staates*, Mauke, Hamburgo, 2004.

Juan PABLO ANGELONE, *Sobre la dialéctica memoria-olvido: la administración Alfonsín y la “teoría de los dos demonios”*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata. UNLP, Año 15/Nº 48-2018, 2018.

Diego GALANTE, *El Juicio a las Juntas. Discursos entre política y justicia en la transición argentina*, Colección Entre los libros de la buena memoria 15, 2019.

Carlos F. ROSENKRANTZ, *En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero*, (traducido por Sebastián ELÍAS), originalmente publicado en inglés en International Journal of Constitutional Law, 2003.

Ezequiel MALARINO, *Desaparición Forzada de Personas: Análisis comparado e internacional*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2009.

Patricio NAZARENO, *Impunity Reconsidered. International Law, Domestic Politics, and the Pursuit of Justice*, Harvard Human Rights Journal Vol. 33, 2020.

Luciano LAISE, *Derecho Natural e inconstitucionalidad del perdón de los delitos de lesa humanidad: bases para una aproximación al deber de obediencia al derecho en el caso “Simón”*, repositorio de la Universidad Austral.

Las Leyes de Punto final y Obediencia Debida son inconstitucionales, Nota de opinión del CELS.

Alfredo M. VÍTOLO, *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*, Pensamiento Constitucional Nº 18, 2013, pp. 357-380.

Alfonso SANTIAGO, *El derecho internacional de los derechos humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico*, Persona y Derecho Nº 60, 2009, pp. 91-130.

Hernán BOUVIER, Belén GULLI y Juan LOSA, *El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial*, Ferreyra Editor, 2014.

María Gabriela ÁBALOS, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp.251-271.

Félix LUNA, *Historia Integral de la Argentina*, Grupo Editorial Planeta, 1 Ed. Tomo IV, Buenos Aires, 1996.

Jorge MAYER, *Argentina En Crisis*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.

Felix LUNA y Analía ROFFO, *Palabra De Historiador: En Busca De La Memoria Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 1999.

C.S.J.N., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-.”, Fallos 328:2056 (2005).

Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, (Fondo), Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

Caso “Ramón Juan Alberto Camps y otros” Fallos 310:1162.

Dictamen de la Procuración General, firmado por Nicolás E. Becerra.

C.S.J.N., “Causa Originariamente Instruida Por El Consejo Supremo De Las Fuerzas Armadas En Cumplimiento Del Decreto 158/83 Del Poder Ejecutivo Nacional” (1986).

Fallos 234:48201, 306:65501, 309:501 etc.



Universidad de
San Andrés