

LA CORTE SUPREMA. ¿Cabeza de poder o tribunal de garantías? A propósito de Muiña.

Por Armando Rafael Aquino Britos

1.- Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación conforme el diseño constitucional oficia como “cabeza de poder” en la división de funciones y la coordinación del poder estatal dividido en 3 departamentos que interactúan, de manera independiente, cada uno en la esfera de las competencias que le son propias.

Hay una clara independencia de poderes pero articulada por la coordinación que se expresa en el sistema constitucional para que cada uno de los órganos logre sus propósitos y con ello la finalidad constitucional de la dignidad del hombre sobre la base el imperio de la ley, como principio jurídico por una parte, y por otra el principio político que se manifiesta con la soberanía popular. Para nosotros solo concebibles dentro de la democracia como forma de vida y sistema de gobierno.

Le cabe a todo el poder judicial, pero en última instancia a la Corte Suprema, ser el órgano encargado del control de constitucionalidad conforme a los arts.108 y sig de la Constitución Nacional, y esta le veda expresamente al poder Ejecutivo “ ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas” tal como lo dispone el art.109; y si bien el Congreso puede, mediante juicio político, remover a los miembros de la Corte Suprema, esta ejerce el control de constitucionalidad de las leyes que emite este órgano legislativo y también las decisiones que puede adoptar el poder Ejecutivo en el marco de los casos judiciales concretos que se llevan a su conocimiento.

Tal arquitectura constitucional expresa en este diseño la necesidad del equilibrio de los poderes, para ello dispone para los miembros del poder judicial de garantías indirectas, pues lo son para cada ciudadano, que se materializan en el ejercicio de la magistratura para proteger a la misma: la inamovilidad en el cargo e intangibilidad de sus remuneraciones que efectivizan el equilibrio de poderes y el mutuo y reciproco control entre ellos.

Como reconocimiento de “poder del estado” el art.113 le admite que “dictara su reglamento y nombrara a sus empleados” de allí que surgen, para el cometido de sus funciones los llamados poderes implícitos, además de los expresamente reconocidos por la constitución y las leyes que regulan su funcionamiento y disponen la forma y modo de aplicación del ordenamiento jurídico vigente para cada caso concreto.

Para ello cuentan con poderes implícitos que son “facultades” que, sin estar enumeradas en la Constitución, se encuentran incluidas como propias de los órganos encargados al cumplimiento de las funciones estatales” y para el cumplimiento de sus funciones cuenta con poderes inherentes a la misma que son “son las facultades o potestades propias de

la naturaleza de un órgano o institución determinada”¹, lo que es indispensable para cumplir tal misión.

Pero la Corte Suprema que tiene otra misión que surge de la telesis de la constitución y obedece a la arquitectura antes mencionada : el de ser un tribunal de garantías constitucionales, habida cuenta que el diseño en otras latitudes de “cortes constitucionales” o tribunales especializados que ejerzan la jurisdicción constitucional específica no eran conocidas en el momento de sancionar la constitución de 1853/60.

Ello no impide que la Corte cumpla dicho rol que encontramos en el art.116 y sig, de la carta magna.

La Corte Suprema ha sabido canalizar, a través de su actividad jurisdiccional la defensa o imperio de la constitución, y la misión de “intervenir en los derechos del hombre” como si fuera un tribunal de garantías constitucionales sin ser ello su misión específica, con sustento en la propia constitución que ha “incardinado dentro de lo que llama “poder judicial” una verdadera jurisdicción constitucional cuya cúspide pertenece a la corte suprema”²

Al ser Tribunal y poder y contar con la jurisdicción constitucional difusa, ejerce el control constitucional para mantener su imperio y realiza efectivamente la supremacía de la misma, en cada caso, fijando con sus decisiones una interpretación del ordenamiento jurídico vigente “a partir y desde” la constitución nacional.

Pero su actuación no llega a “todas” las causas ya que la ingeniería institucional que recoge la constitución, propio el federalismo, las causas judiciales iniciadas en una provincia, nacen y fenecen en la misma, como principio, conforme a los arts. 1 y 121 cc y sig de la C. Nacional, siempre y cuando las decisiones de los órganos jurisdiccionales no afecten derechos o garantías reconocidas por la constitución, tratados o leyes nacionales que están obligados a hacerlo en función del art 31 (y el art. 75 inc.22) de la Constitución nacional. Allí la Corte Suprema interviene como tribunal de revisión de dichas decisiones puesto que se da la llamada “cuestión federal”.

Para el ejercicio de la jefatura de la justicia federal existen las vías de acceso a esta, en forma directa o derivada, como órgano jurisdiccional que impartirá justicia ante un caso concreto y determinado.

Es directa cuando se dan los casos de la competencia originaria, indirecta por la vía del art.14 y 15 de la ley 48, y puede actuar mediante el avocamiento (per saltum) y tiene la facultad del control de constitucionalidad discrecional por la via del certiorari donde se advierte la ponderación de la trascendencia para admitir entender, o no, en alguna causa a fin de centrar su actividad en la custodia y salvaguarda de la supremacía de la constitución nacional.

¹ Fayt Carlos Santiago “ Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion” Ed La Ley Bs As.2006

² Bidart Campos, German J “La corte suprema. El tribunal de garantías constitucionales” –actualizado por Pablo L Manili- Ed Ediar Bs As.2010.

2.-Las garantías y la Corte. Para cumplir con el rol de tribunal de garantías constitucionales el máximo tribunal tiene presente que estas son “las técnicas previstas en el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”³ En última instancia ella las efectiviza, pues de este modo concreta los derechos fundamentales.

No se trata solo la defensa de algún derecho, sino de todos; pero también garantía del sistema institucional mismo puesto que la “preservación y garantía de los derechos vitales es condición indispensable para la convivencia pacífica, para garantizar la intangibilidad de estos derechos, la constitución ha vinculado a los poderes públicos-incluido el legislativo- a estos derechos...Como garantía de su intangibilidad queda incluso proscripta la posibilidad de disponer o decidir, aun mayoritariamente, al respecto. Lo constitucional en definitiva, precede a lo democrático en la medida en que la constitución del estado, como estado es axiológicamente posterior a su constitución como estado de derecho” Explica Peña Freire⁴

Las garantías ofician como elementos y función del sistema jurídico- político, ya que surgen de la constitución misma y como categoría jurídica que se manifestaran y tendrán operatividad dentro del ordenamiento jurídico y adquieren allí una configuración precisa y detallada dependiendo de las circunstancias y situaciones, en particular y principal del tipo de derecho fundamental que pueda ser lesionado, restringido, alterado, o amenazado por un funcionario estatal o por un particular.

El abanico de las garantías existentes se clasifican por el grado de intensidad y el origen de la protección a) fuertes, y b) débiles.

Las garantías fuertes que surgen de la propia constitución; son inalienables, improrrogables, irrenunciables, tal la defensa en juicio, la inviolabilidad del domicilio etc., las débiles son aquellas que están reconocidas por el orden infraconstitucional

Ferrajoli⁵ divide las garantías, desde esta concepción, en primarias o sustanciales que son “las garantías consistentes en obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados; y las “garantías secundarias o jurisdiccionales” que son aquellas respuestas de los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad en cuanto se constaten actos ilícitos o actos no validos que violen los derechos fundamentales amparados por la constitución o la ley(garantía primaria).

De allí que la jurisdicción, sobre todo la constitucional, es en si misma una garantía que, en potencia, se materializa cuando satisface y

³ Ferrajoli Luigi “Derechos y garantías. La ley del mas débil” Ed Trotta España. 2009 pag.25

⁴ Peña Freire Antonio Manuel “la garantía en el Estado de derecho” Ed Trotta España 1997

⁵ Ferrajoli Lugi “ Garantismo. Una discusión entre derecho y democracia” Ed Trotta España 2009 pag.81 y sig

aplica las garantías primarias que reconoce el “bloque de constitucionalidad federal”

El verdadero Estado Constitucional de Derecho se asienta, desde nuestro criterio, en un modelo garantista; pues es inconcebible un sistema trialista⁶ que desde lo formal integre los valores, los hechos y las normas en un sistema democrático y no se brinde pronta y efectiva respuesta a los derechos fundamentales cuando estos son lesionados, vulnerados, restringidos, amenazados por acción u omisión, sea estatal o de un particular.

No solo ello es la efectivización de los derechos sino la garantía del sistema democrático mismo que se da en el marco de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Este proceso –político e institucional- debe propender a satisfacer los derechos fundamentales y a hacerlos efectivo en el más breve lapso de tiempo posible. Esto se advierte cuando se fortalece los espacios de la autonomía, la libertad, la inviolabilidad de la persona, y todos los derechos que hacen a la dignidad humana.

3. El estado actual: Se da pues, un creciente avance tuitivo sobre estos derechos que fortalece el sistema democrático,- pues se fortalece la dignidad del hombre- , y ello adquiere una clara manifestación el llamado proceso de constitucionalización: que es fortalecimiento creciente por la legislación común o infraconstitucional de los derechos fundamentales que se manifiesta en todas las esferas del accionar de los poderes constituidos.

Este proceso definido por Guastini ⁷ siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico: 1) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales; esto vimos está presente en nuestro sistema conforme los arts. 30 y 75 inc.22 ; 2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional, esto está garantizado por el control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio; 3) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”; esto sin dudas se da por el acervo garantístico que provee la propia constitución, los nuevos derechos reconocidos de manera reciente sobre pluralidad, género, diversidad, protección a la mujer en todas las esferas, sobre todo penal, (trata de personas, femicidio etc.); 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos; tal como viene desarrollando la actividad la CSJN y gran parte del poder judicial en los derechos sociales donde gradualmente van satisfaciendo la “exigibilidad y progresividad en la satisfacción de los derechos, 5) La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares, esto se da sin lugar a dudas con la sanción y vigencia de la nueva codificación civil y comercial adoptada por nuestro país; 6) La interpretación conforme a la constitución de las leyes

⁶ Ver Bidart Campos German j “ manual de la constitucion reformada” Tº I Ed. Ediar Bs As.1998 pag.259

⁷ Guastini, Ricardo “Lecciones de derecho constitucional” Ed Legales ediciones, Peru 2016 pag. 277 y sig.

y normas inferiores; esto se da mediante los mecanismos de la interpretación de la Constitución y tratados y el llamado también “ diálogo de cortes” buscan la interpretación “ pro homine”, “pro actione”, “favor debilis” 7) Influencia de la Constitución en el debate político, pues los elementos de esta influencia se manifiestan en nuestro sistema en que: a) la Constitución prevé un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado.

De este modo, se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico.

Nuestro proceso ha sido prolífico; y en tal sentido y cobra relevancia que en el nuevo código civil y comercial se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos, se comprueba con ello el paso del Estado legalista de derecho, al Estado constitucional de derecho.

Del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que también cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos, tal el “diálogo de fuentes”, aludiendo a una interpretación de la norma vinculada con la Constitución Nacional y tratados internacionales y leyes.

Así entonces podemos decir que estamos recorriendo el camino del Estado constitucional de derecho, no sin altibajos ni tropiezos, pero bajo una intención garantista al abrigo de la constitución.

Para ello se da también la transformación o metamorfosis del juez legal al juez constitucional puesto que tienen que tener la convicción de que están habilitados para aplicar y motorizar una gran cantidad de normas de la constitución, y que en eso no es en rigor, de verdad una tarea optativa, sino más bien obligatoria...que hace prevalecer la constitución ante la renuencia del legislador en dictar la norma reglamentaria” acota Sagües⁸, el juez se legitima cumpliendo y haciendo cumplir la constitución.

No solo es interprete, aunque no único, si último y definitivo de la constitución y garante del sistema democrático que lo protege del avasallamiento de las mayorías, poniéndole límites y protegiendo la “esfera de la indecible”⁹ que ninguna mayoría puede derogar, o el “coto vedado” lo que está más allá de las ocasionales o circunstanciales mayorías pues es el “territorio inexpugnable” que postula Bobbio.

Para aplicar la constitución y la ley al caso concreto el juez debe interpretar siguiendo las pautas señaladas, la interpretación debe ser entonces “conforme”, y cualquier cosa se puede soslayar menos las garantías.

⁸ Sagües, Nestor Pedro “El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial”. Ed Lexis Nexis. Bs As.2005. pag. 34

⁹ Ferrajoli Luigi “Derechos y garantías. La ley del mas débil” Ed Trotta España. 2009

4.- La especificidad de lo penal: En el caso penal es claro que el llamado “derecho penal constitucional” ofrece en la especie la particular forma y modo de concebir la aplicación del derecho específico a fin de salvaguardar las referidas garantías propias de tal campo del derecho, que surgen de lo que manda la constitución y de allí el acervo garantístico que se refuerza con los instrumentos internacionales, esto es el “bloque de constitucionalidad federal”.¹⁰

El juez constitucional en este ámbito, no subsume ni pondera en la articulación de valores, principios y normas para aplicar, mediante el principio “pro homine”, la ley más benigna; sino que está estrechamente limitado, justamente por este principio” que se refuerza con el “pro libertatis”, “pro debilis”, “pro reo”, ya que conjugan el estado de inocencia y el de mínima intervención estatal en el sentido de punición de las conductas.

En ello se subsume el principio la aplicación de la ley penal más benigna, con la prohibición de leyes análogas; pues la ley penal necesita ser “certa” (cierta, clara y precisa), se impone el criterio de máxima precisión, lo que se da en la tipificación de la conducta que se cree reprochable y por ello merece sanción para establecer la ilicitud. Si la conducta no está descripta como lesiva al orden jurídico, y por ello reprochable, entonces no puede ser sancionada.

En este caso oficia como garantía el art.19 “ningún habitante será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”.

El principio de la ley penal más benigna. El principio general de que las leyes rigen para el futuro tiene en materia penal una excepción: rige el criterio de la ley penal más benigna.

Se debe aplicar la ley que al momento de sentenciarse sea más favorable a la persona inculpada en un hecho presuntamente delictivo.

Si la ley es más favorable al individuo se aplica esta al momento de resolver la situación, pero si la ley vigente al momento de emitirse el fallo es más grave que la vigente al momento de haberse cometido el hecho, se aplica la anterior siempre que el hecho que se indica como delito este tipificado como tal (legislado con anterioridad al hecho).

Así rige el llamado” principio de irretroactividad de la ley penal” que tiene carácter constitucional, de modo que ésta debe entenderse como aplicable a hechos que tengan lugar sólo después de su vigencia, con excepción de la ley penal más benigna en virtud de la cual debe ser aplicada toda legislación que, con posterioridad a la comisión del delito, disponga la imposición de una pena más leve.

Esto funciona así “definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria e ilícita corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna”.

Esto, antes de la reforma de la constitución de 1994, se aplicaba por el art.2 del Código penal argentino y tenía la base constitucional en el

¹⁰ Ver Manili Pablo Luis “ El bloque de constitucionalidad federal” Ed Astrea 2ª edición Bs As.2017 pag.269 y sig.

llamado “principio de inocencia” (hoy estado de inocencia) en base al art.18 de la C. Nacional pero la adopción de los tratados internacionales con jerarquía constitucional ponen a este mandato en la cúspide el ordenamiento jurídico nacional.

Tal el art. 9 de la C.A.D.H., que recepta el principio de legalidad y retroactividad expresamente dispone “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 delinciente se beneficiará de ello.”

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dispone en su art.15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá 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 delinciente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

Este beneficio fundado en la defensa de la persona humana no rige en otra materia que no sea penal. De allí la especialidad y especificidad.

Así, en derecho procesal, se puede aplicar una ley de esta característica que valga para todo el proceso ya que su carácter es ordenatorio del mismo, salvo que el acto procesal ya se haya cumplido. Allí rige el beneficio de la preclusión, que tiene la misma característica que la cosa juzgada, esto es no se puede revisar.

Si una persona se benefició con tal acto procesal en función de la ley procesal derogada, en principio, pasa a ser un derecho ya adquirido por esa persona.

Pero también la analogía en derecho penal, y procesal penal está prohibida puesto que es imperativo la fijación del contenido del acto prohibido de manera taxativa, “mediante ley escrita, cierta y previa al hecho que se juzga”¹¹, ello obliga a una interpretación diferente del juez penal que el juez común, y estos recaudos restrictivos se extreman en materia penal ya que el margen de ponderación y subsunción de otras materias, en este plano se reduce por la mínima intervención estatal, más cuando el juez penal y constitucional actuando en convergencia de dichas disciplinas debe resolver una cuestión. Sucedió en Mayo de este año.

El cono de sombras interpretativa sobre un caso, sobre todo en materia penal, esta signado por la restricción interpretativa en favor del reo, y a sabiendas de la debilidad de la garantía de la prohibición de la analogía en estas cuestiones, se impone el criterio: “ante una posible aplicación racional de la ley, el intérprete debe inclinarse por la mas

¹¹ Bacigalupo, Enrique “principios constitucionales de derecho penal” Ed Hammurabi Bs As.1999 pag.75 y sig.

restrictiva de todas, salvo un grado de acercamiento al ideal de la adecuación total”¹² enseña Balcarce.

El poder monopólico y represivo del estado debe ser excepcional, restrictivo y de aplicación en hechos indubitables. Garantiza al “débil” y guste o no, el débil en el proceso penal es el imputado, mas allá de los juicios de valor que merezca su comportamiento, muchas veces aborrecibles.

5.- El caso Muiña: la CSJN, en el marco del caso Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/recurso, resolvió la situación procesal del imputado Luis Muiña, condenado por un delito de los denominados de “lesa humanidad” y se le cuestionó que se haya aplicado una ley más favorable en el cómputo final de su sentencia condenatoria, la ley 24 390, que regulaba el cómputo de los días detenidos en prisión preventiva, y en el caso, se aplicó el art. 7 de la misma, bajo el argumento central de que “nuestro orden jurídico, las leyes penales promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplican retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores, y a esto no obsta el hecho de que el imputado haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad si no existe excepción legal para tales delitos” (votos Dres Nolasco y Rosenkrantz) y que la aplicación del principio es de carácter universal y no encuentra excepción en los delitos especiales denominados de “lesa humanidad”.

El caso se resolvió por mayoría y los fundamentos del voto de la minoría pueden sostenerse, a nuestro juicio, mediante una interpretación más laxa y de carácter neoconstitucional¹³. Ello puede apreciarse en la justificación del voto del Dr Lorenzetti cuando señala “...El derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa, pues sólo en ese caso el imputado por la comisión de un delito tiene un derecho federal a la aplicación de ésta... La regla del cómputo de la detención y de la pena del art. 7º de la ley 24.390 -2x1- que no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, sino un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no es aplicable en el caso, en el que se juzgan tales conductas...ya que la intención de regular la prisión preventiva puede significar un cambio en la valoración típica de delitos (lesa humanidad) que tienen una dimensión que claramente excede ese ámbito”

¹² Balcarce, Fabián I. “Dogmática Penal y Principios constitucionales” Ed. IBdeF. Buenos Aires.2014 pag. 174

¹³ En igual sentido Amaya, Jorge A “ Delitos de lesa humanidad y garantías constitucionales del proceso penal. Un comentario políticamente incorrecto a un fallo jurídicamente correcto.” La Ley del 18 /5/ 2017

El voto del Dr Rosatti entiende que "...la existencia de obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino para garantizar la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones perpetradas a los derechos humanos, debe ser cumplida por los tribunales argentinos sin vulnerar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso, cuyo incumplimiento también puede acarrear responsabilidad internacional...y remata magistralmente que *"Un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes"* Esto es la reafirmación del postulado garantista y superador del viejo positivismo, pues hunde sus raíces para resolver la cuestión en el marco de las garantías constitucionales emergentes del texto mayor y efectúa una interpretación "pro homine" o "debilis" por mas repulsión que cause la persona beneficiada por la garantía aplicable al caso concreto.

Es sin dudas una interpretación garantística, que pone límites al accionar estatal en el uso de la fuerza a través del derecho adecuando el ejercicio del mismo a los mandatos constitucionales y el "garantismo" se alía con la tradición clásica del pensamiento liberal de minimizar el poder punitivo, ello impide que los procesos penales se den al margen de la debida tutela de los derechos fundamentales de la persona. "De hecho lo opuesto al garantismo es el despotismo judicial", explica, con razón Ferrajoli.¹⁴

Del caso concreto tres hechos son ciertos e incontrovertibles: 1º Se tratan de "delitos de lesa humanidad", 2º El proceso esta alcanzado por la ley 24.390; 3º esta ley, aunque de naturaleza procesal tiene contenido material, por su expresa literalidad y así también lo interpretó con anterioridad la CSJN en otros precedentes, tal Arce¹⁵ donde se resolvió que, a los efectos del tratamiento más benigno establecido por la ley 24.390, lo que importa es que el delito se hubiera cometido durante su vigencia, siendo irrelevante que el imputado hubiera estado detenido o no durante la vigencia de dicha norma y que, "internacionalmente constituye un estándar reconocido en torno a los derechos de los acusados" (voto mayoría).

La Convención sobre imprescriptibilidad sobre crímenes de Guerra de lesa humanidad fue aprobada por la ley 24.584, de 1995, y obtuvo jerarquía constitucional a través de la ley 25.778 del año 2003; posteriormente la ley N° 27.156 señala que "Las penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6º, 7º y 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía,

¹⁴ Ferrajoli, Luigi "Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis" Ed Trotta España 2016 pag.15

¹⁵ CSJN Fallos 331:472

indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga”.

Bajo tales mandatos indubitables, sobre todo la referida ley 27.156, se señaló que el fallo tiene una “doble ilegalidad”,¹⁶ donde se reconoce que la ley 24390 fue dictada en un proceso de “emergencia penitenciaria” pero que su aplicación al caso concreto contravenía normas de jerarquía constitucional.

Esta ley N°27.156 fue utilizada como un verdadero “comodin” para fundamentar todo tipo de críticas al fallo y se alzaron consignas de “contra el 2 x 1” como si fuese ello una graciosa concesión de la Corte Suprema a personas a las que no les corresponde obtener el beneficio previsto en una ley y que tiene jerarquía constitucional la forma y modo de aplicación de la misma por imperio del art. 75 inc.22 de la C. Nacional.

De allí se concluye que los aberrantes crimines que integran el conjunto de los llamados “delitos de lesa humanidad” son imprescriptibles y tanto la Convección aprobada, como las normas que elevan a esta con la jerarquía prevista en el art. 75 inc.22 no menoscaban otras garantías constitucionales que no tienen igual jerarquía constitucional.

Se aplica al caso el principio “donde la ley no distingue no debemos distinguir”, de máxima taxatividad, pues de haber querido la ley pretender una excepción concreta lo hubiese claramente estipulado, caso contrario prima el criterio garantístico del “principio pro persona”.

Cuando la Corte Suprema resolvió el caso no lo hizo dictando una amnistía, que es facultad del congreso (art.75 inc 20) ; tampoco un indulto que es facultad del Ejecutivo, y menos su decisión fue la conmutación de penas (art.99 inc.5), por lo que la ley N° 27.156 nunca fue óbice para la Corte Suprema resuelva la cuestión planteada aplicando el ordenamiento jurídico vigente como lo hizo, ya que ninguna de las hipótesis prohibidas por dicha norma es una sentencia judicial dictada en un caso concreto que llega al máximo tribunal por imperio del art.116 y por imperio de la ley 48 en sus arts. 14 y 15.¹⁷

De otra manera no encuentra explicación la sanción de la ley “reglamentaria” Nro 27.362 que en escuetos 4 artículos reglamentan y aclara la situación del art.7 de la ley 24.390 –modificada por ley 25.430- y expresamente limita los alcances aplicativos de ese beneficio a los autores de delitos calificados como “de lesa humanidad”.

Propósito loable pero de dudosa efectividad, pero sin dudas demostrativo de que si fuese objetable la resolución y conducta de los magistrados que emitieron el fallo por mayoría; la decisión del Congreso no hubiese sido esta tardía enmienda de más de 23 años de mora, sino el juicio político promovido con espectacularidad pero sin sustento sólido.

¹⁶ Dictamen ante la H.C.D de los profesores Slokar y Alagia, profesores titulares de derecho penal de la U.B.A

¹⁷ Manili, Pablo Luis “Un retroceso inadmisibles en materia de derechos humanos emanado de un recurso extraordinario inadmisibles” La Ley 18 /5/ 2017 donde se desarrolla el interesante argumento que la causa carecía de “sustancia federal ya que REF era que la interpretación dada a la ley “del 2 x 1” era violatoria de principios de raigambre constitucional o de derecho internacional. Pero esa ley no es una norma federal, sino de derecho común o incluso, podría ser considerada una norma meramente procesal “

Esto nos lleva a otro interrogante.

6. ¿La Corte Suprema: Interprete único o definitivo de la constitución? El “neoconstitucionalismo” reconoce que el derecho ha sido “impregnado”, “embebido” por la Constitución, dijimos que el ordenamiento jurídico ha sufrido la invasión de la Constitución que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos tal manera que se ha transitado de un Estado Legislativo de Derecho a un Estado Constitucional Democrático de Derecho ya que se abandona la idea de una constitución como diseño de reglas y competencias para adoptar un modelo axiológico, prescriptivo de orden público que prioriza, ahora, el respeto y protección de los derechos fundamentales, y en donde el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres importantes características del iuspositivismo decimonónico, no parecen sostenibles” explica Comanducci¹⁸

Todo ello nos coloca en la posición de que interprete de la constitución somos todos los ciudadanos, los poderes públicos, desde luego, el Congreso cuando legisla; el Ejecutivo cuando ejecuta, pero es la Corte Suprema – como tribunal constitucional la que se erige como “guardián de la constitución” y por ende su último –y definitivo– interprete.

Nino, que en la justificación del control judicial de constitucionalidad encontraba: a) argumentos positivos (supremacía de la constitución, el reconocimiento de derechos, estructura de razonamiento práctico) b) argumentos negativos (la dificultad contramayoritaria, dado el carácter no electivo de manera directa de los jueces –ilegitimidad democrática) cede ante c) el argumento para descalificar el argumento negativo : la legitimidad democrática de la constitución, que amplía la protección y reconocimiento de derechos, que se da en la práctica donde los jueces tienen el papel de custodia del proceso democrático mismo, resguardar la autonomía de la voluntad y la práctica constitucional para conformar una democracia deliberativa; para ello se “requiere de una delicada ponderación por parte de los jueces, quienes deben, una vez más exhibir cualidades hercúleas de fuerza intelectual y moral”¹⁹

Para la Corte Suprema, en este caso concreto, fácil le hubiese sido seguir el “canto de las sirenas” y no atarse al mástil como Ulises, ponerse los tapones de cera y defender “...el “palladium” de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el “palladium” de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de

¹⁸ Comanducci, Paolo “ Formas de (neo)constitucionalismo un análisis metateórico en AAVV neoconstitucionalismo(s) Ed de Miguel Carbonell Ed Trotta España 2009 pag 75

¹⁹ Nino, Carlos Santiago “Fundamentos de derecho constitucional” Ed Astrea 1992. Bs.As.pag 706

la justicia federal...” como señaló la misma Corte Suprema en otra oportunidad y con otra composición.²⁰

7) clamor popular y lo que callan mis paisanos. La totalidad de la llamada clase política y la inmensa mayoría de la sociedad salió en contra de la interpretación del llamado fallo 2x1. Sobradas razones le asisten y compartimos el reproche, pero también es cierto que por más repulsión y hasta la más severa de las objeciones de conciencias que tenemos sobre los beneficiarios de tal decisión, siempre las garantías constitucionales se aplican, generalmente, a los detractores del sistema y a los que violan la ley, para que justamente el sistema republicano en el marco de la democracia encuentren en las garantías el límite a la omnipotencia de las mayorías.

El imperio de la ley de antaño hoy tiene el ropaje del Estado de Justicia donde la democracia deliberativa tiene un consenso básico, sustancial: el denominador común es constitución y sus garantías básicas.

Seguramente así lo interpretaron los ministros al emitir el voto por la mayoría, no fue solo la aplicación literal de la ley vigente al caso concreto en un ejercicio puramente positivista, sino sustancialmente garantista.

El fundamento del Dr Rosatti es elocuente en tal sentido.

Es tomar las garantías como la esfera de lo indecible, que señala Ferrajoli, es el coto vedado de Garzon Valdez, el territorio inexpugnable de Bobbio, al que tienen derecho aun aquellos que atentaron contra el sistema democrático y el orden constitucional trayendo luto y llanto a muchas familias argentinas y a todos privándonos de los beneficios de la libertad y vivir al amparo de la ley.

El claro límite a la prepotencia de las mayorías está en las garantías que expresa la constitución y la disponen los jueces. Así se realiza la república.

No es con estertores autoritarios y con posturas espasmódicas de un tardío afán de justicia como se van a resolver problemas como el que les tocó a la CSJN. Es tener presente que nuestro código penal como un cuerpo sistematizado de normas viene sufriendo reformas parciales, contradictorias y hasta oportunistas con una inflación legislativa y una expresión del derecho penal simbólico que no soluciona los problemas; y se transforma en un cuerpo adiposo sin fuerza para sancionar efectivamente el delito producto de una “inflación legislativa” que impide conocer con certeza la norma vigente y hasta pone en dudas el “iura novit curia”.

Ejemplos sobran: Nuestro código Penal, como conjunto sistematizado de normas data de 1921, como esfuerzo hecho por el Congreso Nacional, y con acierto se señala que “ en total, a la fecha, el maltrato y ya casi inexistente código penal de 1921 ya sufrido unas 900

²⁰ CSJN en “ SOJO” fallos 32:120

reformas parciales que lo hacen irreconocible”²¹ muchas de ellas de posturas teleológicas contradictorias, y el esfuerzo de sistematización del código penal propuesto paso al archivo sin ponderar el avance superlativo que constituye respecto al vigente, que seguramente no brindara integral satisfacción a todos, pero que constituía un avance respecto del actual no existe argumento que seriamente lo refute.

Ni hablar del juicio por jurados donde la inconstitucionalidad por omisión desde 1853 a la fecha es manifiesta. Lo vemos con los “juicios por jurados que predica el art.24 y de la C.N constituyendo ello una mutación constitucional a todos los ciudadanos por impedirles contar con el juez natural en materia penal.

También las normas procesales están en mora y con posturas incomprensibles ya que la ley 27.063 que sanciona el nuevo código procesal penal de la Nación no se cumple, ni se pretende hacerlo con lo que “tuviéramos que esperar más de 142 años para cumplir con la constitución” como expresa Binder²² cuando celebraba dicha ley, que no se va a cumplir... y de nuevo a esperar.

Los esfuerzos de sistematización que fueron consagrados en ley se postergan para no cumplir con la promesa de una norma mejor que acrecienta los problemas y sin ninguna solución.

Poco aportan al proceso político e institucional que busca más calidad en la prestación del servicio de justicia algunos modelos estereotipados de jueces que bien describe Nieto : “ el funcionario “aquel que toma a la judicatura como un modo digno de ganarse la vida pero no que tiene como ideal hacer justicia, que aplica la ley de manera automática y prescinde de las valoraciones sociales; “ el burócrata” que abusa de las formas para evitar hacer justicia; el juez “ estrella” que busca la espectacularidad de los medios y ocupar las noticias que propagan los grandes medios y se olvida de su misión; el “juez político” que se presta a ser instrumento de partidos políticos o asociaciones similares; el juez “justiciero” que es la caricatura del juez justo que se asemeja a un psicópata que ha perdido contacto con la realidad y que no tiene conciencia de la modestia de sus esfuerzos; y el “juez justo” que es consiente que su tarea no solo es aplicar la ley sino hacer justicia, que no traslada al legislador la responsabilidad de la justicia sino que la asumen en cada uno de sus actos, que es capaz de separarse del poder y termina aislándose...pues siempre es más tolerable un juez venal que el juez justo...pues su conducta expresa lo que debería hacerse y no se hace o se hace mal ...”²³. La Argentina esta ávida de jueces justos.

Este penoso trajinar de la vapuleada república es lo que “callan mis paisanos” como un fiel testimonio del padecimiento colectivo.

²¹ Zaffaroni, Raul E. “exposición de motivos de las reformas” en el Anteproyecto del código penal de la Nación. Ed Contexto 2014 Resistencia, Chaco, pag.18

²² Binder, Alberto en el prólogo a Solimine Marcelo A “Bases del nuevo código procesal penal de la Nación. Ley 27.063” Ed Ad Hoc Bs As.2015 pag.11

²³ Nieto Alejandro “ El desgobierno judicial “ Ed Trotta España 3º edición 2005 pag.85 y sig.

Con las reformas infraconstitucionales que implica cumplir con los postulados constitucionales no se avanza; porque cada gestión de gobierno hace tabla rasa con los aportes del gobierno anterior y así los problemas se suceden y profundizan como capas geológicas sin solución; mas cuando la Corte aplica las garantías que irradia la constitución nos ofendemos con ella y pretendemos que mude su actividad garantística a un tribunal de inquisición donde los jueces son verdugos ejecutores del clamor mayoritario.

El juez constitucional, además del apego a la ley y el tributo a las formas como parte del obligado rito, realmente legitima su función cumpliendo y haciendo cumplir la constitución en lo que de él depende y con ello realiza – y reafirma – su rol democrático y republicano.

En las antípodas se encuentra el juez estrella o político que actúa en función del calor de las mayorías, y en ello se inscriben el penoso espectáculo de la pretendida incriminación por el delito de “prevaricato culposo”, que describe con su habitual precisión Manili al señalar que Una de ellas fue avalada por el Ministerio Público Fiscal (Dr. Guillermo Marijuan) y se encuentra radicada en un Juzgado Federal (del Dr. Daniel Rafecas). Entendemos que el tema difícilmente encuadre en el delito referido, dado que el art. 269 del CP exige que se hayan dictado “resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas”. Justamente lo que se les achaca a los Sres. Ministros es haberse apegado a la letra expresa de la ley del “2 x 1” y no haberla confrontado con tratados internacionales posteriores a los hechos para no aplicarla a crímenes de lesa humanidad. Además, se trata de un delito que exige dolo, y entendemos que será muy difícil demostrar la existencia de éste”²⁴

No coincidimos que exista apartamiento del bloque de constitucionalidad federal y menos de los tratados internacionales que el voto de la mayoría cita (verb.art. 9 CADH) solo que para el caso, como corresponde en las cuestiones penales la “conducta o hecho “ se subsume y no es objeto de ponderación o analogías.

A nuestro juicio se encuadra en el garantismo post positivista que efectiviza dichas garantías constitucionales más allá de que la misma, al realizar el valor justicia para los imputados a la inmensa mayoría de los argentinos nos duele y mucho, seguramente más a quienes a sabiendas superan el dilema moral y hacen justicia pudiendo incurrir en el camino de la vindicta pública.

La Corte con el fallo brindo el tributo a las garantías. Actuó como Tribunal de garantías constitucionales.

La representación política e institucional sigue en deudas, ya que el nuevo parche de la reglamentación de la ley 24.390 en su art.7 no conmueve el principio de la aplicación de la ley penal más benigna.²⁵

²⁴ Manili, Pablo Luis “ Un retroceso inadmisibles en materia de derechos humanos emanado de un recurso extraordinario inadmisibles” diario La Ley 18 /5/ 2017

²⁵ Ver Badeni Gregorio “ la aplicación de la ley mas benigna y los delitos de lesa humanidad” diario La Ley 18 /5/ 2017

Alguna vez tenemos que ser conscientes que hay que pagar las culpas (ajenas) que supimos consentir (las nuestras), sea consintiendo mutaciones constitucionales; o avalando procesos de verdadera “descontitucionalizacion” que alejan cada vez mas al anhelado Estado constitucional de derecho” que se sustenta en una democracia deliberativa cuyo punto de encuentro debe ser siempre cumplir y hacer cumplir con la constitución como tarea colectiva.