

**ACADEMIA NACIONAL  
DE CIENCIAS MORALES  
Y POLÍTICAS**

**PRESCRIPCIÓN, LEGALIDAD,  
AMNISTÍAS E INDULTOS**

**La demolición de los principios  
constitucionales en la materia**

Jorge Reinaldo Vanossi



**BUENOS AIRES  
2007**

# **PRESCRIPCIÓN, LEGALIDAD, AMNISTÍAS E INDULTOS**

**La demolición de los principios  
constitucionales en la materia**

*Comunicación del académico Jorge Reinaldo Vanossi  
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, el 25 de julio de 2007*

*Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.*

*Fotografía de portada de Marcos Chamudes*

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

[ancmyp@ancmyp.org.ar](mailto:ancmyp@ancmyp.org.ar)

[www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

Se terminó de imprimir en Talleres Gráficos Leograf

Rucci 408 - Valentín Alsina - Prov. de Bs. As. en el mes de octubre de 2007.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
JUNTA DIRECTIVA 2007 / 2008**

*Presidente* . . . . . Académico GREGORIO BADENI  
*Vicepresidente* . . . . Académico ISIDORO J. RUIZ MORENO  
*Secretario* . . . . . Académico HUGO O. M. OBIGLIO  
*Tesorero* . . . . . Académico JORGE EMILIO GALLARDO  
*Prosecretario* . . . . Académico FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA  
*Protesorero* . . . . . Académico HORACIO SANGUINETTI

**ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE.....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Pedro J. FRÍAS .....	10-12-80	Estanislao Zeballos
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA .....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA .....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Ezequiel GALLO.....	10-07-85	Vicente López y Planes
Dr. Horacio SANGUINETTI.....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos María BIDEGAIN.....	25-06-86	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Carlos A. FLORIA.....	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN.....	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Gerardo ANCAROLA .....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ.....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO .....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Félix LUNA .....	23-04-97	Roque Sáenz Peña
Dr. Víctor MASSUH .....	23-04-97	Domingo F. Sarmiento
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO .....	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN.....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU.....	28-04-99	José de San Martín
Dr. Adolfo Edgardo BUSCAGLIA.....	10-11-99	Dalmacio Vélez Sársfield
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI .....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. Bartolomé de VEDIA .....	27-11-02	Carlos Pellegrini
Dr. Carlos Manuel MUÑIZ .....	24-09-03	Nicolás Matienzo
Dr. Miguel M. PADILLA .....	24-09-03	Bartolomé Mitre
Sr. Jorge Emilio GALLARDO .....	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA .....	14-09-05	Estaban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA.....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA.....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS ....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO.....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA .....	14-09-05	Deán Gregorio Funes

# **PRESCRIPCIÓN, LEGALIDAD, AMNISTÍAS E INDULTOS**

## **La demolición de los principios constitucionales en la materia**

Por el académico JORGE REINALDO VANOSI

El epígrafe obligaría a escribir un libro o al menos una monografía que insumiría mucho tiempo leer. Por eso parece más práctico hacer sólo unas breves reflexiones, que pueden ser ampliadas en las fuentes que citaré en estas breves líneas, referidas al tema de la prescripción, a su carácter de instituto de Derecho Penal de fondo y a la estricta vigencia del principio de legalidad en todo lo que se vincule con la aplicación de normas penales.

No hay duda de que la actual Corte Suprema ha optado por una extravagante interpretación meta-jurídica a través de sentencias como las dictadas en “Arancibia Clavel” del 24/8/2004, y de las posteriores “Simón” y “Lariz Iriondo”. Incluso, creo que no deja espacio para cambiar de criterio, a pesar de que éste entra en colisión con principios constitucionales y penales asentados en una tradición jurisprudencial de 140 años, y avalados por criterios pacíficamente sostenidos por los tribunales y la doctrina.

- I -

No hay ninguna duda que la prescripción integra el Derecho Penal de fondo y que, como tal, forma parte de la “ley previa” del art. 18 de la Constitución Nacional.

No se puede sostener lo contrario sin vulnerar el principio de legalidad consagrado en dicha norma y en los arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice: “Artículo 9: Principio de legalidad y de retroactividad. 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”.

En igual sentido, el art. 4 de la ley 23.313, al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos formuló la “reserva argentina” de intangibilidad del principio de legalidad. Análoga conclusión respecto de la imposibilidad de vulnerar el principio de legalidad surge del art. 7 de la ley de convocatoria de la Convención de 1994. En el mismo sentido la doctrina es unánime. Baste la mención de dos autores, uno antiguo y otro contemporáneo: Ricardo Núñez, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, pág. 92 y Claus Roxin: “*Derecho Penal. Parte General*”, Tomo I, pág. 137.

La Corte Suprema ha sostenido expresamente que la prescripción es Derecho Penal de fondo (Fallos: 287: 76, considerando 5°): “la pretensión de aplicar retroactivamente a un caso normas con el objeto de impedir la extinción de la acción penal por prescripción equivale a “juzgarlo por una norma posterior más gravosa, con transgresión del principio constitucional que impide tal retroactividad (art. 18 C.N.) y del principio general del art. 2° del Código Penal”. Asimismo el alto tribunal ha proscripto toda aplicación retroactiva en materia penal, subrayando que “esa garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al he-

cho infractor –ex post facto– que impliquen empeorar las condiciones de los encausados” (Fallos: 17: 22; 31: 82; 117: 22, 48 y 222; 133: 216; 140: 34; 156: 48; 160: 114; 169: 309; 184: 531; 197: 569; 254: 116, considerando 19, 287: 76 considerando 6°).

Joaquín V. González, en su célebre “Manual de la Constitución”, sintetiza el sentido y alcance de esta garantía constitucional puntualizando que las normas “ex post facto” proscriptas por la Ley Fundamental son las que “hacen que un acto sea punible en un modo que no lo era cuando fue ejecutado” (Edición 1987, pág. 195, n° 181).

La expuesta fue una tesis no controvertida durante un siglo y medio, a la que se consideró vinculada con los basamentos de nuestra organización constitucional y de todo el Derecho Penal Argentino (Jorge Frias Caballero, Diego Codino y Rodrigo Codino: “Teoría del Delito”, págs. 31 y siguientes).

La Corte, además de considerar en forma invariable a la prescripción como formando parte integrante de la ley penal, declaró de modo reiterado que “debe ser declarada de oficio en cualquier instancia del juicio penal por tratarse de una institución de orden público que se produce de pleno derecho por el solo transcurso del plazo” (Fallos: 186: 396; 275: 241; 300: 716; 301: 339; 303: 164; 313: 1224 y muchos otros).

En la misma línea, Vincenzo Manzini sostiene que la prescripción penal “es un instituto de derecho sustancial y no de derecho procesal”, tomo 5, pág. 138. Es la misma doctrina que sostuvo siempre la Corte Suprema (vgr. 287: 76 y 294: 68). Jorge de la Rúa, “Código Penal Argentino”, pág. 811, sintetiza con claridad los fundamentos que obligaron a incorporar la prescripción a la parte general del Código Penal,

La Corte Suprema que presidió Genaro Rubén Carrió no tuvo ninguna duda sobre la vigencia de esta doctrina. Son especialmente ilustrativos sobre el punto los votos de Caballero y Bellus-



cio en Fallos: 310: 1309; Fayt en Fallos: 310: 1252; Petracchi en Fallos 310: 1309 y Bacqué en Fallos: 309: 1331. Cómo sería de inexistente el “jus cogens” que ahora invocan los actuales jueces de la Corte Suprema que ninguno de los integrantes del Tribunal de 1983, ni los jueces de la Cámara Federal que juzgó a los Comandantes en Jefe, ni los Fiscales, ni el Procurador General, mencionaron para nada dicho imaginario “jus cogens”.

La mejor demostración de que la “desaparición forzada de personas”, a la que se califica de lesa humanidad, requería su tipificación y penalización en una ley sancionada por el Congreso, surge de los numerosos proyectos que aún no han tenido aprobación parlamentaria.

El Estado Argentino, al aprobar la Convención, no incorporó automáticamente a su ordenamiento jurídico penal el delito de desaparición forzada de personas; en cambio sí se comprometió a hacerlo. Esto se deduce sin esfuerzo del texto mismo de dicho instrumento, cuando expresa en el artículo I que los Estados partes se comprometen a sancionar a quienes incurran en hechos de desaparición forzada de personas tomando las medidas de carácter legislativo necesarias para honrar dicho compromiso. El art. 3 no es menos claro y categórico: Los Estados Partes “se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad” .

No puede ser más diáfano el texto transcrito en cuanto precisa que la obligación asumida es tipificar como delito, de acuerdo con los procedimientos fijados por la Constitución, la conducta descrita en el art. 2 de la Convención y prever la pena aplicable en función de la gravedad del ilícito. De esta forma, como lo hace el Estatuto de Roma al que me referiré más adelante, se resguardaría el principio de legalidad.

El artículo 7 del tratado internacional condiciona la imprescriptibilidad de la acción y de la pena correspondientes al delito de desaparición forzada de personas a que no exista impedimento emanado de una norma de carácter fundamental en el país signatario, pues, si lo hubiera, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del Estado Parte. Esta regla contribuye a demostrar que no es posible trasladar en forma automática y retroactiva la figura acuñada en la Convención al ordenamiento penal argentino; el capítulo concerniente a la prescripción –tema que forma parte del derecho penal sustantivo según lo hemos explicado antes, con arreglo a lo resuelto por la Corte Suprema en Fallos 191:245; 287:76– en atención a la forma como lo trata el texto del tratado, exige para que sea operativo que una ley interna precise su alcance.

- II -

A este obstáculo insalvable se suma otro también insuperable: no se ha previsto la escala penal para el infractor de la norma –ni en el texto de la Convención ni en el orden doméstico– omisión que, conforme a pacífica doctrina del más Alto Tribunal del país, impide asignarle operatividad penal por respeto al principio constitucional de legalidad de los delitos y de las penas (art.18 C.N.).

Los proyectos que se han presentado en el Congreso de la Nación para cumplir con el compromiso asumido por el Estado Nacional al aprobar la Convención Interamericana, no hacen sino confirmar el alcance programático de ésta. Así, por ejemplo, el publicado en Trámite Parlamentario número 220 del 06/02/98, expediente 6620-D-97, presentado por los diputados nacionales Graciela Fernández Meijide, Federico T. M. Storani, María R. Negri

y Nilda Garré propiciando la incorporación del tipo de desaparición forzada de personas al Código Penal con el propósito –dicen– de “llenar un vacío legal en el sistema punitivo argentino”. Para abonar la seriedad técnica del proyecto los firmantes destacan que fue redactado por el profesor Dr. Eugenio Zaffaroni –actual integrante de la Corte Suprema– y la doctora Alicia Olivera. Aclaran que el texto tomó en cuenta la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. No está de más puntualizar que el art. 27 de dicha Convención declara que los principios de legalidad e irretroactividad no pueden suspenderse ni aun en caso de guerra, ni de peligro público o de otra grave emergencia, y que a juicio de Zaffaroni, la jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que la única fuente de producción de la ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Ésta no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre puedan habilitar poder punitivo (Zaffaroni, Alagia, Slokar: “Derecho Penal. Parte General”, pág. 104).

El proyecto iniciado bajo el N° 6.672-D-97 (Legislación Penal y Derechos Humanos y Garantías, página 7309) que redactó el senador nacional Hipólito Solari Yrigoyen, pionero –según se lee en los fundamentos– “en el campo de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas”, fue retomado por el diputado nacional Marcelo J. A. Stubrin el 04/07/00 quien predicaba la necesidad de incorporar el delito de desaparición forzada de personas a la legislación penal del país, señalando que su propuesta seguía la línea de otros anteriores presentados en la Cámara de Diputados por Augusto Conte y Raul O. Rabanaque en 1984 y por Eduardo P. Vaca, con participación de José Luis Manzano, en 1986. Puntualizó también que se tuvieron en cuenta propuestas similares elaboradas por los organismos de defensa de derechos humanos, en particular, la Asamblea Permanente de Derechos Humanos.

El 04/05/00 ingresó en Mesa de Entradas de la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto del diputado Teodoro Funes tipificando como delito la desaparición forzada de personas que se incorporaría como artículo 142 ter al Código Penal. Más recientemente la Comisión Interministerial creada por Resolución Conjunta de los Ministros de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, de Justicia y Derechos Humanos y de Defensa (Res.930/2000) para evaluar la adaptación de nuestro ordenamiento al Estatuto de Roma y proponer los proyectos legislativos que considere necesarios, elaboró uno sobre crímenes internacionales en cuya Parte II, Título II, bajo la rúbrica “Crímenes Internacionales”, artículo 11, i) define el delito de desaparición forzada de personas sobre la base del modelo contenido en la respectiva Convención, pero reformándolo parcialmente y previendo una pena de ocho a veinticinco años para los infractores. También el reciente proyecto de Código Penal, elaborado por una comisión que preside el Ministro de Justicia, propuso incorporar a ese ordenamiento el nuevo tipo legal.

Finalmente, sobre la base de los citados proyectos de los diputados Funes, Fernández Mejjide y Stubrin, la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados redactó un proyecto (ver: Sesiones Ordinarias 2000, Orden del Día n° 1190) en el que se sustituye el actual art. 144 bis, que fue tratado y aprobado en la última sesión ordinaria del año 2001. Este proyecto viene a confirmar que la Convención Interamericana, al igual que todas las que contienen disposiciones penales, no son operativas en tanto no se sancione la ley que incrimine, penalice las conductas y las declare imprescriptibles. Si el Estado Argentino está expuesto a sanciones no es por no castigar a quienes realizan los actos en ella mencionados sino por no legislar dicha materia incorporando el tipo y la sanción correspondiente al ordenamiento penal doméstico, dando satisfacción al requisito de la “doble precisión penal” como suele llamarlo la Corte. La ley penal tendría, obviamente, vigencia para lo futuro, y quedaría así, preservado el

principio de legalidad. Digamos, por último, que en el mes de noviembre de 2004 adquirió media sanción un proyecto que tipifica e incorpora al Código Penal la desaparición forzada de personas.

Corroborando cuanto se viene diciendo en orden a que la Convención sobre desaparición forzada de personas no es operativa en materia penal por respeto al principio *nullum crimen...*, el Doctor Jorge de la Rúa, ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, ex miembro de la Convención Constituyente del año 1994, y profesor y tratadista de derecho penal, afirmó: “...la Argentina ha ratificado prácticamente todos los tratados internacionales sobre los actos de terrorismo, pero le falta la etapa de la legislación interna. Yo personalmente pienso que el mecanismo ideal es sancionar una normativa interna transcribiendo textualmente los textos de los tratados para evitar el problema. Porque la Argentina ratifica un tratado, pero mientras la ley interna no haga suyas esas normas del tratado no se aplica. Como no están previstas las penas, dentro de las garantías constitucionales un juez no lo puede aplicar” (La Nación, 10/10/2001).

La posición del Doctor de la Rúa es la misma que expone el ex Ministro de la Corte Suprema, Doctor Antonio Boggiano, en el caso “Emir Fuad Yoma”, resuelto el 20 de noviembre de 2001, cuando se refirió a la “Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego”. Señaló el Doctor Boggiano que sus normas penales no son operativas en tanto el Congreso no adopte las medidas legislativas “que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno” las acciones que se describen en el Convenio.

El principio de legalidad es, pues, granítico. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal salvo el principio de benignidad que ya estaba en el Código Penal y que ahora tiene jerarquía constitucional. Sobre el punto es interesante lo expresado por el Doctor Petracchi en el precedente de Fallos 318: 2162: “Tampoco se podría llenar el vacío de ausencia de pena con

una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta –cuya acción, cabe recordarlo, se encuentra prescripta con un tipo del “derecho de gentes”–. En dicho supuesto se estaría inventando una tercera categoría de delito –por así llamarla “mixta”– lo que, obviamente, no está dentro de las facultades de los jueces de la República”. Agrega el Dr. Petracchi que “para el derecho argentino puede y debe sostenerse que conductas configurativas de “crímenes de guerra” (y también los de “lesa humanidad) son contrarias a derecho, pero no son autónomamente punibles”. Se pregunta seguidamente si un juez argentino podría hipotéticamente condenar a alguien con base en normas análogas a las contenidas en la Convención sobre desaparición forzada de personas y responde así: “...la respuesta negativa se impone, por el simple hecho de que las conductas descriptas...por el “derecho de gentes” hasta hoy no tienen pena prevista. El juez argentino no podría condenar pues el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional “exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar (FALLOS: 311:2453 entre muchos otros)”. (FALLOS: 318;2162, considerando 6° de su voto). Los doctores Belluscio y Levene, en consonancia con el Dr. Petracchi, expresaron, con referencia a los delitos de lesa humanidad –aclarando que la respectiva Convención no había entrado aún en vigor para la República Argentina– que faltaba la norma específica –por supuesto, que vincule a nuestro país– que establezca una determinada sanción, o bien la imprescriptibilidad de las sanciones previstas en los derechos nacionales, resultando imposible “acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del “derecho de gentes” para suplir la ausencia de norma específica” (Fallo citado, punto 6° de sus votos).

En alusión al principio consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional que impide la retroactividad de la ley penal, recuerda Petracchi que la Corte ha interpretado esta garantía como la exclusión de disposiciones penales al hecho infractor

–leyes ex post facto– que impliquen empeorar las condiciones de los encausados (conf. causa “Mirás” Fallos: 287:76, considerando 6° y sus citas). El instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna, en el concepto de “ley penal”. Desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de disposiciones ordenadores del régimen de extinción de la pretensión punitiva (fallo citado, considerando 7°). Y ese es el instituto que se intenta soslayar cuando se sostiene lo contrario a lo afirmado en su momento por Petracchi, negando el principio de legalidad y aplicando retroactivamente normas penales sobre prescripción a través de una exégesis inconstitucional que torna en imprescriptibles acciones que ya estaban extinguidas por el mero transcurso del tiempo.

Es muy importante tener en cuenta que cuando el Congreso de la Nación ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo hizo refirmando de modo explícito el principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege poenale*. En efecto, con referencia al artículo 15,2 del tratado, dijo: “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional” (art.4 de la ley 23.313). Esta reserva demuestra de manera incontrovertible que la incorporación de los tratados internacionales de los derechos humanos al orden jurídico argentino no significó resignar la plena vigencia de la mencionada garantía constitucional. En esta línea de pensamiento se alistan las consideraciones que siguen vertidas por los doctores Belluscio y Levene: “Muchos siglos de sangre y dolor han costado a la humanidad el reconocimiento del principio *nulla poena sine lege* consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante la construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados ..., mañana podría ser extendida a cual-

quier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquél cuya conducta no pueda ser encuadrada en la ley previa al arbitrio de una pseudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados (Fallo citado, considerando 8°). Es importante tener en cuenta, a propósito del principio de legalidad y la aplicación retroactiva de la ley penal, la precisión que hace el voto de la mayoría en el precedente citado. Allí se afirma "...que las normas sobre extradición no son reglamentarias del artículo 18 de la Constitución Nacional sino del artículo 14 de la Carta Magna, en tanto no es la finalidad de estos procedimientos la determinación de la culpabilidad del sujeto requerido por el hecho por el que se lo solicita, sino que importan excepciones a la libertad de entrar, permanecer y salir del país (siguen citas de Fallos), garantías respecto de las cuales ningún extranjero tiene un derecho irrevocablemente adquirido (considerando 12 del voto de los doctores Moliné O'Connor y Nazareno). Y continúan: "Que el hecho que el legislador nacional no haya implementado "sanciones penales adecuadas" para este tipo de delitos (se refieren a los tratados humanitarios modernos) no empiece a la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición, toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido sino sólo establecer, como ya se ha dicho, si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada" (considerando 44). En el mismo sentido la opinión del Dr. Bossert (considerando 12, segundo párrafo y 56).

Estas reflexiones son especialmente pertinentes porque la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires ha intentado justificar la violación del principio de legalidad en lo dispuesto en el



art. 118 de la Constitución Nacional y en lo resuelto por la Corte Suprema en la citada causa “Priebke”. Sin embargo, la argumentación transcripta permite sostener que en opinión de los mencionados jueces de la Corte Suprema la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal permanece incólume cuando se trata de un pronunciamiento sobre la culpabilidad de un imputado por un hecho cometido en territorio argentino.

Germán J. Bidart Campos, al comentar el caso Priebke, formuló importantes precisiones. En primer lugar, puntualizó algo que ya hemos anticipado, citando a Fallos: 287: 76 y 294: 68, en el sentido de que el instituto de la prescripción forma parte de la ley penal: “la prescripción penal no es, en el derecho argentino, un instituto procesal, sino un instituto del derecho penal (material o sustantivo). Por ende: a) a la prescripción penal le alcanza en nuestro orden interno el principio que exige ley (penal) previa a la conducta delictuosa, por lo que es inconstitucional la ley (penal) posterior; b) a la prescripción penal le alcanza en nuestro orden interno el principio de aplicación ultraactiva y retroactiva de la ley (penal) más benigna” (EL DERECHO, To. 135, pág. 324).

En rigor, la tesis de Bidart Campos es la que había fijado la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de que se desviara a partir del precedente “Arancibia Clavel”. Porque el Alto Tribunal –como lo he subrayado varias veces, incluyó a la prescripción dentro de la garantía de la irretroactividad de la ley penal (art. 18 de la Constitución Nacional) (Fallos: 287: 76; 294: 68).

El pensamiento del citado constitucionalista se completa más adelante cuando, refiriéndose a la pretensión de invocar el Derecho de Gentes o cualquier tratado para negar el principio de legalidad, expresa: “Queremos ser claros: dentro de nuestro Estado, los delitos que en él se juzgan necesitan ley penal previa” (EL DERECHO, To 135, pág. 326).

Agrega el mismo autor que “hay que distinguir, pues, entre dos situaciones distintas: en Argentina no podría condenarse sin

ley penal previa, ni siquiera cuando en su territorio se hubiera cometido un delito contra el derecho de gentes...” (op. cit. pág. 328).

Como conclusión de lo expuesto queda claro que, para la Corte Suprema, hasta “Arancibia Clavel” y “Simón”, en el orden interno, regía rigurosamente el principio de legalidad que exige ley penal previa y ésta, en ningún caso, puede ser interpretada o aplicada en forma analógica ni extensiva (Fallos: 237: 636; 307: 551 y 1114; 310: 1909; 314: 1451.) La mejor demostración de lo que dejamos expuesto es que la Cámara Federal de la Capital y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las causas 13/84 (ex Comandantes), 44/84 (Camps), en Fallos: 312: 1351, y en otras, declaró prescriptas acciones emergentes de delitos que ahora se consideran de lesa humanidad. Y lo hizo sin que tal criterio fuera objetado por la Fiscalía de Cámara ni la Procuración General de la Nación.

Como lo ha señalado el Alto Tribunal, no cabe apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste, pues de hacerlo así se olvidaría que la primera fuente de la exégesis de la ley es su letra, y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquéllas. (Fallos: 218: 56; 299: 167; 313: 1007) Cuando no se observa este criterio, y se prescinde de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 62 inc. 2º del Código Penal, 7 de la ley 24.309 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la sentencia que se dicta, como en “Arancibia Clavel” y “Simón”, no es derivación razonada del derecho vigente, por lo que esta sola circunstancia es suficiente para descalificarla como acto judicial válido (Fallos: 261: 209; 274: 60; 291: 202; 295: 535, y muchos otros).

Finalmente, en abono de todo lo dicho en este análisis, sobre la irretroactividad absoluta en materia penal, incluso con relación a la prescripción, es importante recordar que los arts. 22 y 24 del Tratado de Roma consagran el principio de legalidad.

En la misma línea de pensamiento se halla lo resuelto por el segundo tribunal de Laws Lords de Gran Bretaña en el caso de Pinochet. En esa ocasión se accedió al pedido de extradición formulado por el Reino de España solamente por delitos cometidos a partir de 1988, fecha en la que el Reino Unido convirtió en ley la Convención sobre torturas y otros tratos Inhumanos. Por sujeción al principio de irretroactividad de la ley penal no se accedió, en cambio, al requerimiento español, respecto de hechos que significaban graves violaciones a los derechos humanos ejecutadas antes de 1988.

En consonancia con esa decisión, el proyecto de Constitución de la Unión Europea elaborado por la convención Constituyente, afirma los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas en su artículo II-49, Título VI-Justicia (Ver: Miguel Padilla, E.D. 20/07/03, n° 10.805) .

El enfoque del tema por la actual doctrina europea, favorable por cierto a la intangibilidad del principio de legalidad, resulta muy ilustrativo el voto del Doctor Belluscio en “Arancibia Clavel”.

El citado magistrado recuerda, también, que en una causa promovida por el Movimiento contra el Racismo y por la Amistad entre los Pueblos, el juez de instrucción rehusó investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, decisión que fue confirmada por la Sala de Instrucción de la Corte de Apelaciones de París por considerar: 1° que eran anteriores a la sanción de la ley del 1° de marzo de 1994; 2° que la pretensión punitiva no puede fundarse en una costumbre internacional que puede guiar la interpretación de una convención pero nunca suplir la ausencia de ley que incrimine el hecho; y 3° que los hechos imputados se encontraban prescriptos.

La prescripción es esencial incluso para resguardar el derecho de defensa, otra de las mayores conquistas del constitucionalismo moderno, pues nadie puede defenderse exitosamente si se le reabren causas sobre hechos ocurridos treinta o más años atrás.

- III -

Para finalizar, las reflexiones expuestas anteriormente son aplicables a lo resuelto recientemente por este Congreso al dictar la ley 25.779, al igual que a algunos fallos judiciales, sobre la pérdida de efectos de algunos indultos dictados por el Poder Ejecutivo (en forma selectiva, pues sólo respecto de algunos se los ha declarado sin efectos).

Hay que recordar, al efecto, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es “ley suprema de la Nación” (art. 31 C.N.) desde su ratificación el 1° de marzo de 1984, y que tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, consagra el derecho a peticionar y obtener un indulto, una amnistía o una conmutación incluso para “los delitos más graves” que en la legislación interna de los Estados Partes puedan estar sancionados con pena de muerte. La Convención declara, además, que “no se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente ante autoridad competente” (arts. 4 incs. 2 y 6).

En términos análogos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde 1986 con las reservas de la ley 23.313, declara en su art. 6 inc. 2 que la pena de muerte sólo será aplicable “por los más graves delitos”, agregando el inciso 4 que “toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidas en todos los casos”.

Resulta así claro que carece de todo sustento constitucional negar la posibilidad de indulto para cualquier delito, incluso los más graves, y aun los que con fundamento o sin él se califiquen como crímenes de guerra y/o de lesa humanidad. Ninguna convención internacional ratificada por el Congreso Argentino ha dispuesto lo contrario. Y sería absurdo que ello ocurriera porque se plantearía una contradicción objetiva con lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

- IV -

Con posterioridad a estos fallos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acaba de pronunciarse en la *causa Riveros* sobre la anulación de los indultos (no todos ellos, sino selectivamente) con fecha 13 de Julio de 2007; lo que lleva a la conclusión de que el Alto Tribunal habrá de insistir en su postura –que no compartimos– en torno a la aplicación retroactiva de normas penales y de compromisos internacionales, en abierta violación de la regla de la irretroactividad que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional; como así también produciendo un notorio quebrantamiento del principio de legalidad que surge de ese mismo precepto. Cabe recordar una vez más que la incorporación a la Constitución Nacional por el Art. 75, Inc. 22 de los Pactos, Convenciones y Declaraciones de materias atinentes a los Derechos Humanos (año 1994) es posterior a la comisión de los hechos que se imputaron en las causas mencionadas en las páginas anteriores; como así también que el citado Inc. 22 del Art. 75 de la Constitución Nacional establece categóricamente que dichos compromisos internacionales sólo regirán en las condiciones de su vigencia, o sea, respetando las “reservas” que la República Ar-

gentina formuló al ratificarlos. Asimismo, esa norma constitucional confiere intangibilidad y preeminencia a todos los Derechos y Garantías consagrados en la Primera Parte de nuestra Ley Suprema, que no pueden ser retaceados ni por normas, ni por costumbres de orden internacional; ya que a las nuevas normas sólo se les reconoce carácter complementario. En consecuencia, ante la anulación de los indultos resuelta por el voto de la mayoría de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con dos disidencias y una abstención) nos pronunciamos a favor y en coincidencia con los votos del Dr. Carlos Fayt y la Dra. Carmen Argibay, fundándonos por nuestra parte en los siguientes criterios que consideramos principios fundamentales, a saber:

- 1- Uno de los objetivos de la amnistía y del indulto es alcanzar “la paz interior” que señala el Preámbulo de la Constitución Nacional como uno de los fines más excelsos de nuestro estado y nuestra sociedad. La oportunidad y la conveniencia de los indultos a los condenados no es materia de apreciación judicial. Su acierto o desacierto es una incumbencia presidencial.
- 2- Los hechos en juzgamiento fueron anteriores al momento en que la Convención Constituyente de 1994 incorporó a la Constitución el artículo 75 inciso 22 reconociendo jerarquía constitucional a las convenciones de Derechos Humanos.
- 3- Debe aplicarse el principio de la ley penal más benigna, que actualmente, no sólo tiene sustento legal sino también constitucional porque surge del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 75, inciso 22, C.N.). Los beneficios de la aplicación de las normas penales más benignas corresponden también a los hechos cometidos y a los Decretos dictados con anterioridad a la vigencia de la reforma constitucional de 1994.

- 4- Los constituyentes de 1994 no modificaron las normas sobre indultos ni amnistías establecidas en la Constitución de 1853/60, ni fijaron otros límites o condiciones.
- 5- No se pueden desconocer los “derechos adquiridos” que produjeron los indultos.
- 6- El artículo 36 (segundo párrafo) de la Constitución –referido a los gobernantes de facto– tampoco es susceptible de aplicación retroactiva.
- 7- Cabe advertir que las Convenciones, Declaraciones y Tratados Internacionales hasta admiten la amnistía sobre delitos condenados con la pena de muerte (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) Art. 6, Incisos 2 y 4 (Ley 23313 de 1986).

De todo lo dicho precedentemente, se desprende una pavorosa conclusión: asistimos a la paulatina e incesante demolición jurisprudencial y política de los principios constitucionales aplicables al régimen penal adoptado a partir de la consagración del pensamiento liberal. ¿Qué vendrá después de consumarse esta operación?

## **OBSERVACIONES Y COMENTARIOS**

presentados por los Señores Académicos:

*Académico Gregorio Badeni*

Felicito al académico Jorge Reinaldo Vanossi por su interesante comunicación e invito a los señores académicos presentes a realizar sus comentarios.

*Académico Alberto Rodríguez Varela*

La comunicación del Doctor Vanossi ha sido excelente. Lo felicito. Ha desarrollado en forma magistral un tema complejo con una interpretación jurídica que coincide con la adoptada en diversos trabajos presentados en esta Academia por los Doctores García Belsunce y Badeni. Ante tan completa disertación poco es lo que puedo agregar con mis palabras.

El primer comentario que considero oportuno formular revisite carácter histórico constitucional. Me refiero al texto del art. 18 de la Ley Fundamental aprobado en Santa Fe por el Congreso de 1853, en el que se prohibieron las ejecuciones a lanza y cuchillo.

Realmente es difícil imaginar una práctica más bárbara que poner en hilera a los prisioneros de guerra y proceder a ejecutar-



los a lanzazos o a degollarlos sin piedad a fin de no “malgastar pólvora”. La prohibición no era teórica ni abstracta. La Constitución de 1853 prohibió tales barbaridades porque, para nuestra vergüenza, esos actos que hoy calificaríamos como crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad efectivamente se cometían, sin interesar en este momento determinar por quienes y con qué objetivos. La cláusula fue suprimida en la Convención de 1860 porque pareció impropio de un país que quería mostrarse ante el mundo como civilizado imaginar siquiera la supervivencia de hábitos tan aberrantes.

Sin embargo, la misma Constitución que proscribía esas conductas repugnantes, reservó al Presidente de la Nación la atribución de indultar o conmutar penas, y al Congreso de la Nación la facultad de declarar amnistías generales, en todos los casos sin limitaciones en virtud de la naturaleza de los delitos.

La primera vez que se planteó la posibilidad constitucional de limitar la potestad de amnistiar atribuida al Congreso fue en 1955, después de la Revolución Libertadora. El caso se encuentra publicado en la colección oficial de Fallos de la Corte Suprema (234: 15), con transcripción de las sentencias de 1ª y 2ª instancia y del fallo del Alto Tribunal, dictado en la causa que se siguió a los legisladores del primer gobierno peronista por el delito previsto en el art. 20 (ahora 29) de la Constitución Nacional. El Juez Federal, con fecha 15 de noviembre de 1955, y la Cámara Federal, el 28 de diciembre de 1955, rechazaron el acogimiento a la amnistía dispuesta por el Congreso, todavía con mayoría peronista y obviamente antes de la Revolución Libertadora, mediante la ley 14.296. El argumento central fue que, en definitiva, si se aceptara tal acogimiento estaríamos virtualmente ante una “autoamnistía” que desnaturalizaba por completo la atribución acordada al Congreso.

La Corte Suprema, al expedirse en un lacónico fallo fechado el 8 de febrero de 1956, confirmó la denegatoria de la amnis-

tía reclamada por los ex legisladores sobre la base de que se les imputaba un delito no amnistiable.

Sin embargo, el 30 de diciembre de 1955, antes de que se pronunciara la Corte Suprema, el Presidente Provisional, General Pedro Eugenio Aramburu, con el refrendo de su ministro Laureano Landaburu, mediante decreto 7587 publicado en Anales de Legislación Argentina, Tomo XVI A, Decretos, 1956, indultó a un grupo de legisladores. Posteriormente, los demás integrantes del Congreso, procesados por el delito previsto en el art. 227 del Código Penal, fueron indultados mediante decretos Nos. 15.622, del 17 de noviembre de 1957; 15.401 del 22 de noviembre de 1957; y 15.920 del 3 de diciembre de 1957, todos con la firma del Presidente Provisional, General Pedro Eugenio Aramburu, y el refrendo de su Ministro Carlos Alconada Aramburu. Están publicados los tres decretos en Anales de Legislación Argentina, tomo XVII-A, 1957, Decretos, págs. 959, 944 y 961.

Queda así de manifiesto que todos los legisladores fueron indultados por el Poder Ejecutivo Nacional y que ese perdón constitucional fue convalidado por la justicia federal. El precedente de Fallos: 234:16 sirve asimismo para demostrar que hasta el delito previsto en el art. 29 de la Constitución Nacional, que la Corte Suprema consideró en esa oportunidad no amnistiable, *era indultable*. Y ello hoy es todavía más nítido ante la incorporación al texto constitucional de normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4 inc. 6) y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 6 inc. 4) que consagran la atribución de indultar como una facultad ilimitada del Poder Ejecutivo, que puede ser ejercida ante cualquier tipo de delito, incluso los más graves que las legislaciones nacionales repriman con pena de muerte. Salvo, obviamente, la hipótesis de excepción del nuevo art. 36, parágrafo segundo, de la Constitución Nacional reformada en 1994. Sorprende que este punto no haya sido contemplado por la mayoría en la sentencia comentada por el Doctor Vanossi, tal vez porque no fue planteado por el recurrente, en cuyo caso se

podría esperar un nuevo examen del tema en otro fallo del tribunal. El Doctor Fayt en su magistral voto y la Doctora Argibay en su disidencia, quizá por el mismo motivo, tampoco se refirieron a estas normas permisivas del indulto incorporadas a ambas convenciones internacionales.

La mayoría de la Corte Suprema no advirtió la distinción que en forma unánime formula la doctrina en el sentido de que la amnistía “borra el carácter delictuoso del hecho”. En cambio, el indulto, comporta un perdón “sin afectar la existencia del delito”. Por eso se entiende que en 1955, transcurrido sólo un mes desde la Revolución Libertadora, los jueces hayan considerado que el delito de otorgamiento de facultades tiránicas no era amnistiable. Pero aún en ese clima de fuerte crítica ante los excesos del régimen depuesto, los jueces federales que juzgaban a los legisladores peronistas homologaron los cuatro decretos de indulto porque no era concebible que también se considerara al delito reprimido en el art. 29 de la Constitución Nacional y en el art. 227 del C. Penal como no indultable, esto es, no perdonable por el Poder Ejecutivo.

El General Aramburu, con los cuatro decretos de indulto, demostró que podía elevarse por encima de las venganzas mezquinas y suscribir con sus ministros Landaburu y Alconada Aramburu los cuatro actos de gobierno que perdonaron a todos los legisladores peronistas.

*Agreguemos que hoy la jurisprudencia de Fallos 234: 16 no podría reiterarse porque los arts. 4 inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6 inc. 4 del pacto de Derechos Civiles y Políticos de modo enfático declaran que todos los delitos, incluso los más graves que los Estados signatarios puedan sancionar con pena de muerte, son amnistiables, conmutables e indultables. Salvo –lo reiteramos– la hipótesis de excepción del nuevo art. 36, párrafo segundo, de la Constitución Nacional.*

El otro precedente importante es el publicado en Fallos: 247: 387. Está referido a la pretensión de Juan Domingo Perón, por entonces en el exilio, de acogerse a los beneficios de la ley de amnistía n° 14.436 en el proceso que se le siguió por el delito previsto en el art. 29 de la Constitución Nacional y en el art. 227 del Código Penal, con motivo de imputársele coparticipación en el hecho ilícito atribuido a los miembros del Congreso Federal consistente en haber promulgado los actos legislativos incriminados. El alto tribunal, el 25 de julio de 1960, acorde con el precedente de Fallos: 234: 16, declaró que el delito de otorgamiento de facultades tiránicas no era amnistiable. En esa fecha, como ya dijimos, todos los legisladores estaban indultados y la acción promovida contra el ex Presidente fue declarada prescripta por la Justicia Federal en 1972.

Queda así en evidencia que estos fallos confirman la legitimidad del decreto n° 2741/90 nulificado por la Corte Suprema porque la atribución de indultar es privativa del Poder Ejecutivo hasta el extremo de que hoy como en 1990 todos los delitos –salvo la hipótesis del art. 36 C.N.– son indultables. Ni siquiera la invocación del art. 29 C.N. serviría para excepcionar esa regla.

Porque si los jueces federales llevaran hasta sus últimas consecuencias el criterio que expone la Corte Suprema en su fallo, deberían nulificar todos los indultos decretados por el General Aramburu respecto de los diputados y senadores procesados por el delito previsto en el art. 227 del Código Penal, algunos de los cuales todavía están vivos. Obviamente parecería algo disparatado, pero en rigor sería tan grave como la decisión adoptada por el Alto Tribunal en su sentencia.

*Académico Gregorio Badeni*

Quiero hacer una breve reflexión: comparto plenamente todo lo que se ha expuesto en el transcurso del día de hoy pero, siempre se ha dicho que la Ley, la Constitución es lo que los jueces dicen que es. Y si la Ley y la Constitución es lo que estos jueces de la Corte dicen que es, evidentemente nos encontramos frente a un nuevo ordenamiento jurídico, un nuevo orden jurídico, y ese orden jurídico, en definitiva bajo el pretexto de respetar y de permitir la vigencia del Derecho Internacional, de la Costumbre Internacional del *ius cogens* con interpretaciones que vulneran principios elementales de nuestro tradicional orden jurídico, lo que está reflejando es fundamentalmente una política sectorial propia de aquella que aplican los vencedores a los vencidos en los regímenes autocráticos. Muchas veces hemos hablado de la judicialización de la política, de la politización de la justicia, pero aquí en este caso estamos advirtiendo claramente que varios jueces de nuestro más alto tribunal modifican los criterios jurídicos que sostuvieron con firmeza desde hace más de 15 años, y que ahora alteran manifestando que existe un orden jurídico internacional que hace veinte años atrás no existía, ni siquiera para ellos. Entonces, o están revelando cierta ineptitud para el cargo debido a que en su momento no conocían el Derecho que ahora sostienen que estaba en vigencia o evidentemente están obrando con una finalidad política. Ceo que es esto último lo que acontece; de modo que por más que breguemos por la vigencia de la Ley, por la vigencia de la Constitución, estamos caminando por sendas diferentes. Nosotros con la Ley, ellos con la política. Así se genera un conflicto que deberíamos tratar de encontrarle alguna solución para que se imponga la sensatez.

*Académico Jorge Reinaldo Vanossi*

Deseo subrayar que la incertidumbre respecto de la interpretación de nuestras cláusulas constitucionales va a subsistir, porque habrá que ver que composición tiene finalmente la Corte, cuando se cumplan los presupuestos previstos en la Ley Fernández de Kirchner, es decir cinco miembros. Cuando haya dos menos, ¿Dos menos de que lado van a ser, en el caso Riveros? ¿Del lado de la mayoría? Ya no habría mayoría. ¿Del lado de la disidencia? No es presumible que se produzcan necesariamente de un lado y del otro en forma equivalente. Es decir, queda un interrogante muy pesado encima, porque una vez que la Corte tenga cinco miembros, que sería el número histórico, que es el número al que pretende regresar con este curioso sistema de votaciones actual en donde con cuatro votos hay mayoría, no podemos saber qué doctrina puede haber sobre este punto o cualquier otro punto, es decir si “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, repitiendo la frase de Hughes, hay que tratar de adivinar. Y no somos adivinos porque somos seres humanos no dotados de esa capacidad divina, pero tratar de pergeñar cuál va a ser la orientación de los que queden, y no vamos a saber ni sabemos quienes son los que van a quedar, o como van a ser remplazados, si llega a haber una renuncia inesperada o un fallecimiento inesperado, o una jubilación que también puede haberla. Desde el punto de vista de las facultades de predicción, que es fundamental para la seguridad jurídica, estamos en números negativos.

*Académico Horacio A. García Belsunce*

Aunque lo que yo exprese sean palabras distintas a las que ha dicho recién el académico Vanossi, coincido totalmente con sus conceptos. Eso que se ha dicho acá en la mesa, que desde que éramos estudiantes lo hemos leído, que el Derecho es lo que los jueces dicen que es, hay que aceptarlo, para mí con la reserva de que es un

principio que define el Derecho desde un punto de vista pragmático, porque desde el punto de vista sustantivo, desde el punto de vista ontológico, el Derecho es lo que la norma jurídica expresa. Si el Derecho es lo que los jueces dicen que es, la jurisprudencia pasa a ser la primera fuente del Derecho, está por encima de la norma, porque si la norma dice A y la jurisprudencia dice B, es B. Este es un caso de aquella alternativa o desviación, quizás una palabra un poco exagerada, que se produce entre lo que es y lo que debe ser. Una jurisprudencia –permítanme la expresión– “patológica” podría decir que el Derecho es tal cosa y no es eso, eso no es el Derecho, es una deformación del Derecho y entonces estaríamos avalando un Derecho Judicial que así debería de llamarse, que no es lo mismo que el Derecho que surge de la norma. Tenemos casos recientes. En “Arancibia Clavel” se dijo que la costumbre internacional podía crear delitos y penas. ¿Esto no nos vuelve locos? Por eso pensamos: qué quedó de todo lo que estudiamos del principio de legalidad, si la costumbre puede crear delitos y penas. Cuando salieron con el invento de la costumbre internacional para no reconocer la retroactividad. ¿Se acuerdan? La Corte dijo: “esto que se ha dispuesto no es retroactivo”. La costumbre ya antes existía; entonces inventan que la costumbre es fuente de delitos y de penas que no estaban escritos, es un avance que va más allá de lo razonable y como ha dicho tradicionalmente la Corte y la doctrina constitucional, lo que no es razonable no es constitucional. Así que eso son desviaciones de las que hay que olvidarse. Respecto del tema que el Derecho es lo que los jueces dicen que es, podríamos llegar a deformaciones de todo lo que la lógica jurídica y la filosofía jurídica, que impregna el Derecho, nos enseñan, tendríamos que admitir, como ese último fallo, que la costumbre sirvió para justificar la retroactividad, pues ya existía eso, por la costumbre. Entonces cualquier cosa puede parecer que es delito el día de mañana. Todo eso hay que medirlo con mucha cautela y ese principio, que suena tan lindo que el Derecho es lo que los jueces dicen que es, hay que tomarlo con pinzas, porque repito, como conclusión final, lo que dije al principio, eso equi-

vale a decir que la jurisprudencia es la principal fuente del Derecho. Yo no lo creo posible.

*Académico Alberto Rodríguez Varela*

En realidad ese riesgo, algo más que riesgo ya para la seguridad jurídica no es una idea, una ocurrencia abstracta, hipotética sino que es real y actual porque si uno lee el dictamen del Procurador General o el voto de la mayoría se le pretende acordar a un pronunciamiento, ni siquiera a veces de la Corte Interamericana, sino de la Comisión Interamericana, por ejemplo así donde dogmáticamente sostiene que no son indultables, ni amnistiabiles, una jerarquía mayor que las normas de la Constitución Argentina y que las normas que tienen jerarquía constitucional que están tratados, mencionados, incorporados en el artículo 75, inciso 22. Entonces es un tribunal, en realidad el fallo que se cita de la Corte Interamericana se refiere a otra hipótesis, en eso Fayt es muy acertado; dice: desde que no se refiere a ésto no sirve para nada, es una auto amnistía, que no tiene nada que ver absolutamente nada que ver con estos indultos”. De cualquier manera si esta Corte Interamericana, porque ahora hay un argentino que era el segundo de Verbinski en el CELS que entiendo que está en la Fiscalía, pero en la Corte Interamericana –Vanossi me corregirá– yo creo que no hay ningún argentino. Entonces que puedan mañana sostener, como lo ha sostenido ya la Comisión Interamericana cualquier barbaridad reñida con la Constitución o con los Tratados con jerarquía constitucional, entonces darle prioridad a ese pronunciamiento, los jueces de la Corte Suprema han jurado primero que nada observar la Constitución y resulta que ahora tiene mayor significación que la Constitución lo que pueda decir un Tribunal Interamericano que además tiene una competencia muy acotada si uno lee toda la Convención Americana sobre derechos humanos, además referidas a hechos posteriores a la ratificación, está en los últimos artículos. De modo que yo creo que efectivamente lo que ha dicho el presi-



dente es lo cierto, nosotros los abogados tenemos una deformación profesional, tratamos de explicar las cosas jurídicamente pero estas son decisiones políticas, no son propiamente sentencias que puedan tener algún tamiz jurídico.

*Académico Gregorio Badeni*

Evidentemente acá hay un tema político y los argumentos que expone la Corte en el voto a la mayoría en el caso Riveros se contradice por ejemplo con lo que expuso cuando declaró la invalidez de la amnistía. Porque para convalidar su decisión dijo la Corte que es necesario averiguar la verdad, es necesario encontrar los responsables, es necesario castigar a los responsables. Pero en el caso de los indultos a los condenados todas las etapas se cumplieron, de modo que no hay razón jurídica para desconocer el indulto. No dan ninguna explicación, salvo quizás esa a la cual se refirió el académico Rodríguez Varela con la versión original del art. 18 de la Constitución. Y por otra parte hay una cita muy poco feliz de un caso que se produjo en Estonia, en donde se juzgó a una persona por la Comisión de delito de lesa humanidad consistente en el traslado de treinta mil personas cuando ese país quedó bajo la órbita de la Unión Soviética, pero ahí lo que se debatía era la existencia o inexistencia de la prescripción, y así lo resolvió el Tribunal Europeo. Ésta no tiene ninguna relación con este caso como también lo destacó muy precisamente el juez Fayt. En definitiva creo que es un tema preocupante que hace a la seguridad jurídica, es un tema preocupante que hace a la subsistencia de nuestro sistema constitucional y esperemos que en algún momento se restablezca la sensatez para que estos desvaríos no vuelvan a producirse en el seno de nuestra sociedad.

El académico Presidente Gregorio Badeni agradece y felicita a los académicos intervinientes.