

La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad

*Gregorio Badeni**

I.

Al resolver el caso “Bignone”,¹ la Corte Suprema de Justicia por decisión de la mayoría retomó la senda de la sensatez jurídica que imponen el art. 18 de la Constitución, el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2° del Código Penal, estableciendo que, en todos los casos, se impone la aplicación de la ley penal más benigna. En el caso concreto, respecto de la pena condenatoria aplicada a Luis Muiña.

Muiña fue condenado por la comisión de un delito de lesa humanidad en 1976 y detenido el 1 de octubre de 2007. Al 30 de septiembre de 2009 seguía privado de su libertad ambulatoria sin haber sido objeto de una sentencia condenatoria. Tal circunstancia determinó que le fuera aplicable el art. 7° de la ley N° 24.390 incorporada al art. 24 del Código Penal,² la cual disponía que, transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva, se computaría por un día de prisión preventiva, dos de

* Profesor Emérito de la UBA. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia Nacional de Periodismo. Miembro Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (España) y de la Academia Peruana de Derecho; correo electrónico: estudio@bcl.com.ar.

1. Resuelto el 3 de mayo de 2017.

2. Sancionada el 2 de noviembre de 1994.

prisión.³ Fue dejada sin efecto por la ley N° 25.430 sancionada el 1 de junio de 2001. La petición de Muiña fue hecha una vez concretada esa derogación, y se basó sobre el art. 2° del Código Penal. Establece que “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

Conforme al art. 2° la pena aplicable debe ser la contemplada por la ley anterior al hecho delictivo, y no la contenida en una norma posterior, salvo si ella es más benigna para el condenado (art. 18 CN). Esa norma posterior es aplicable, aunque su derogación se produzca antes de la sentencia condenatoria como consecuencia de la ultractividad de la ley penal más benigna. Disposición similar encontramos en el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Establece que: “(...)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”. Otro tanto, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “(...)Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicación 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”. Tal era el marco normativo dentro del cual debía ser resuelto el caso.

II.

El principio de la aplicabilidad de la ley penal más benigna es uno de los principios más elementales forjados por el secular movimiento constitucionalista del cual no pueden prescindir una auténtica democracia constitucional ni su conformación jurídica que es el Estado de derecho. Su objeto es preservar la tan valiosa seguridad jurídica, como la libertad, tanto tratándose de delitos permanentes como transitorios.

Tradicionalmente, efectuando una distinción entre las normas constitucionales y las contenidas en el Código Penal, se entendía que el principio de la irretroactividad de la ley penal, en cuanto a la tipificación del

3. La ley excluía de su ámbito a los delitos relacionados con la producción y comercialización de estupefacientes.

delito o al agravamiento de la pena es absoluto y de naturaleza constitucional. En cambio, el principio de la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo sería de naturaleza legal y no constitucional, y puede ser dejado sin efecto por una ley general o especial.⁴ En su momento no compartimos esta opinión por entender que la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo no tenía solamente fundamento legal sino constitucional. Esta postura disfruta actualmente de jerarquía constitucional y no legal por cuanto su interpretación está expuesta en los ya citados tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental,⁵ y no hay norma constitucional que se oponga a ella.

Conforme a estos principios, resulta que:

- 1) La ley que establece un delito no es aplicable a los hechos que lo tipifican si se produjeron antes de su entrada en vigencia.
- 2) Las penas o condiciones más severas de punición establecidas por una ley no son aplicables a los hechos producidos antes de su entrada en vigencia.
- 3) La ley nueva que priva de su carácter delictivo a un hecho tipificado por una ley anterior es aplicable con efecto retroactivo por tratarse de la norma más benigna. Se aplica a las causas judiciales concluidas, a las pendientes de iniciación y a las que están en trámite.
- 4) La ley nueva que establece penas o condiciones menos severas de punición que una ley anterior se aplica con efecto retroactivo a las causas penales concluidas o pendientes y a las que están en trámite. Este principio se aplica en la hipótesis de reducción de las penas, de la transformación de la pena privativa de libertad en la pena de multa, a las causas de justificación o imputabilidad o culpabilidad, a los plazos de prescripción de las acciones penales y demás condiciones que resulten más benignas.

4. Esta conclusión resulta, implícitamente, del voto de la minoría.

5. Estimamos que esta conclusión debe ser aceptada por quienes les otorgan supremacía o igual jerarquía normativa a esos tratados respecto de la Constitución. Nosotros seguimos entendiendo que tales tratados, si bien son supralegales, complementan las normas constitucionales sin poder modificarlas.

Siempre habrá retroactividad y ultractividad de la ley penal más benigna. La consagración constitucional del principio de la benignidad de la ley penal responde a la seguridad jurídica, en los dos primeros casos, y en los restantes a que no se justifica para la defensa de la sociedad el mantenimiento de situación más gravosa. De manera que las reglas de la irretroactividad y ultractividad de la ley penal funcionan en beneficio de la libertad y no para restringirla.

Estos principios son aplicables a los llamados delitos permanentes y para el supuesto que se operen variaciones en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.⁶ Consideramos que también tienen vigencia respecto de las leyes penales temporarias. La ley temporaria no puede ser retroactiva en virtud de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución. Sin embargo, se ha entendido que a su respecto no rige el principio de la benignidad de la ley penal si ella prevé su ultractividad para los hechos cometidos durante su vigencia y aunque fueran juzgados con posterioridad a su derogación automática.⁷ Una interpretación teleológica del art. 18 de la Constitución, y complementada por los tratados internacionales que contempla su art. 75, inc. 22, respecto de las leyes penales temporarias debe regir plenamente el principio de benignidad, porque su jerarquía constitucional no puede ser alterada por una norma que disponga la ultractividad de semejante ley.

III.

El hecho que el delito motivo de la condena fuera calificado de lesa humanidad no constituyó un impedimento, para la mayoría, que impidiera la aplicación de la ley penal más benigna. La ley no hace distinción alguna entre los delitos respecto del principio de benignidad, y si lo hiciera,

6. Conf. Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 295. Para este autor, cuya postura compartimos, la ultractividad de la ley más benigna es un caso de aplicación del principio constitucional de la ley previa, y ninguna ley podría esquivarlo, y que las normas referentes a la graduación de las penas y la prescripción en materia penal pertenecen al derecho penal material o sustantivo y no al derecho procesal, criterio este último no compartido por la minoría para descartar la aplicación de la ley N° 24.390.

7. Criterio, que no compartimos, expuesto por Germán Bidart Campos en ob. cit., T. II, p. 309.

su validez sería cuestionable por aplicación del estándar de la supremacía constitucional. Para la mayoría, y con mayor énfasis en el voto del juez Horacio Rosatti, se acudió a un argumento que había caído en desuso, quizás, como consecuencia del proceso de desconstitucionalización que se percibe en la Argentina.⁸ Su síntesis es la siguiente: si efectivamente tenemos un sistema político democrático constitucional y un Estado de derecho con normas acordes a ese sistema, debemos dar fiel cumplimiento a las leyes porque la voluntad de ellas está por encima de cualquier opinión en contrario que pueda emanar de los grupos sociales, por más legítima que ella sea. El desacuerdo o disconformidad con la norma jurídica se debe expresar en su modificación o derogación, pero jamás en su incumplimiento o desarticulación mediante una falaz interpretación.

Esta conclusión impone el rechazo de la valoración social que pueda existir y que, con un enfoque sociológico elemental, invocó la minoría. Una norma que, aparentemente no disponga de aceptación social prosigue en vigencia hasta que no sea modificada conforme a las reglas institucionales, y los jueces –encargados de aplicar la ley mediante la función jurisdiccional– no pueden apartarse de ella sin vulnerar el principio de la separación de las funciones de gobierno usurpando el ejercicio de la función legislativa o constituyente.⁹ A esa valoración social respondieron los votos que conformaron la mayoría en los casos “Arancibia Clavel”,¹⁰ “Espósito”¹¹ y “Simón”¹² y que invocó la minoría del caso “Bignone”.

La definición de los delitos de lesa humanidad resulta del art. I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los

8. Advertimos que se invoca permanentemente la Constitución para avalar una preocupante ruptura del orden institucional, de los derechos sociales e individuales, mediante las más audaces interpretaciones. Las más contradictorias hipótesis son presentadas con un ficticio aval constitucional para justificar determinadas soluciones, políticas, económicas y sociales en su acepción más amplia.

9. Precisamente, a tal situación obedece la regla de interpretación constitucional que preconiza la presunción de validez de las normas inferiores respecto de la Constitución a menos que, en el caso concreto, resulte una manifiesta y grosera violación de los preceptos fundamentales.

10. Fallos CS 327:3312 del 24 de agosto de 2004.

11. Fallos CS 327:5668 del 23 de diciembre de 2004.

12. Fallos CS 328:2056 del 14 de junio de 2005.

Crímenes de Lesa Humanidad que fue aprobada por la ley N° 24.584 publicada el 29 de noviembre de 1995. Caracteriza como tales a los definidos en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg del 8 de agosto de 1945 y confirmados por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 3 del 13 de febrero de 1946, N° 95 del 11 de diciembre de 1946 y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948. La Convención sobre los Crímenes de Lesa Humanidad quedó incorporada a la categoría contemplada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución cuando, el 2 de septiembre de 2003 fue promulgada la ley N° 25.778.

Si bien esa Convención dispone la imprescriptibilidad de los hechos delictivos que describe, a lo cual se podría añadir la inaplicabilidad de la ley penal más benigna, lo cierto que ello está condicionado a su art. IV. Establece que los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para que no se opere la prescripción de la acción penal o de la pena en los delitos de lesa humanidad. Pero, dispone expresamente que tal solución debe ser concretada “con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales”. De modo que, si de la Constitución resulta lo contrario como acontece con nuestra Ley Fundamental, será insuficiente una reforma legislativa. Se impondrá la reforma de la Constitución siguiendo la vía que establece su art. 30. Al no imponer la aplicación retroactiva, que es inviable a la luz del art. 18 de la Constitución, su aplicación debe concretarse para los delitos de tal especie que se cometan a partir de la sanción de la ley N° 25.778. Esta solución está en un todo de acuerdo con la Convención de Viena que, en su art.28, establece que las disposiciones de un tratado no obligan a las partes respecto de actos o hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado.

Por otra parte, toda la argumentación sustentada sobre una presunta valoración social de los jueces que les permitiría la libre interpretación del orden jurídico, al margen del riesgo que representa y su proximidad con una concepción populista, encuentra un obstáculo en la ley N° 23.313 del 17 de abril de 1986 con la cual se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La parte final del art. 15 de esa Convención establece que “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, al momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional”. En la ley aprobatoria de aquel pacto se dejó a salvo que: “El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado

segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeta al principio establecido por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional. De manera que el principio de legalidad impuesto por el art. 18 de la Ley Fundamental se impone frente a cualquier norma o costumbre internacional”.

Esta última norma descarta la vigencia de toda norma o costumbre internacional que colisione con los principios de nuestra Constitución incluyendo, claro está, el que descarta la aplicabilidad de la ley penal más benigna respecto a cualquier tipo de delito.

Sobre el particular es bueno recordar el extenso y muy fundado dictamen emitido por el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que esta hizo propio el 7 de diciembre de 2004 por decisión unánime de sus miembros.¹³ Entre otras conclusiones, destacó que la garantía de la ley penal más benigna no puede ser afectada retroactivamente, que existe un obstáculo constitucional para aceptar la costumbre internacional como fuente de la pretensión punitiva del Estado que es el principio de legalidad; los tratados y convenciones internacionales citados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, y por añadidura la costumbre internacional, no derogan ni modifican artículo alguno de la primera parte de la Constitución conforme resulta de los arts. 18 y 27 de la Ley Fundamental. Así lo dispuso la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994, y así lo establece expresamente el propio art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

IV.

Sin embargo, en el voto de la minoría, se prosiguió invocando elípticamente la supremacía de la costumbre internacional sobre la Constitución. Solución que, al margen de transformar a una constitución rígida y normativa en una constitución flexible sujeta a las modificaciones que, mediante su interpretación, realicen los jueces para preservar lo que ellos consideran son los valores sociales dominantes, no se compadece con la seguridad jurídica y con algunas de las conquistas más importantes generadas por el movi-

13. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año 2004, p. 524.

miento constitucionalista en resguardo de la libertad y también de aquellos valores sociales determinados por la autoridad competente e insertados válidamente en el texto constitucional.

La fuerza de la costumbre como fuente de derecho es significativamente inferior en el derecho público que en el derecho privado.¹⁴ En materia constitucional, la costumbre *praeter legem* es improbable cuando la formulación de las normas está precedida por una correcta aplicación de las reglas para la elaboración de las normas constitucionales. En tales casos, los eventuales silencios u omisiones de una constitución se subsanan con su interpretación o con la costumbre *secundum legem*.

Cuando la redacción de un texto constitucional se adecua rigurosamente a las reglas técnicas que presiden su elaboración, y si a ello se añaden cláusulas genéricas y flexibles como las contenidas en los arts. 14, 19, 28 y 33 de nuestra Constitución, se limita considerablemente el surgimiento de una costumbre supletoria, por cuanto el aparente silencio u omisión normativa será cubierto mediante la aplicación de las reglas de interpretación constitucional.

Distinta es la situación de la costumbre *contra legem* con la cual se pretende modificar o derogar una cláusula constitucional. Ella es inaceptable en un sistema constitucional rígido que atribuye el ejercicio de la función constituyente a un órgano determinado. Si la función constituyente y la consecuente reforma constitucional están previstas en la constitución, toda modificación que se introduzca en ella carecerá de validez si se aparta de tales previsiones. En tal caso, no habrá reforma constitucional sino ruptura del orden constitucional, producida por su incumplimiento basado sobre el comportamiento social o la valoración social que introduzcan los jueces.

Nuestra Corte Suprema en la composición que tuvo en 2005 y por decisión mayoritaria¹⁵ tiene resuelto que el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución, cede frente a la costumbre internacional y el *jus cogens*, aunque, en el caso concreto, desemboque en una solución *contra legem*. No compartimos semejante conclusión. Aceptar que la costumbre internacional *contra legem* es fuente del derecho constitucional y

14. Algunos privatistas la invocan con cierta ligereza, fruto del desconocimiento de la evolución histórica de las instituciones republicanas del constitucionalismo.

15. Fallos CS 327:3312, 327:5668 y 328:2056.

modificatoria de la Constitución importa avalar la inseguridad jurídica y la perversión constitucional.¹⁶ Perversión motivada a menudo por el esnobismo constitucional, o por el deseo de imponer dogmáticamente una ideología política, o la alteración de los valores constitucionales, debido al fracaso experimentado por una propuesta de reforma constitucional en tal sentido. Importa subordinar una constitución a las vías de hecho.

Bien destacaba Friedrich que esto no se debía a que las violaciones fueran resultado de una interpretación incorrecta, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen un desafío a su pretendida universalidad. Son excepciones, pero todas las excepciones debilitan la fuerza de una norma. En un orden político altamente desarrollado es muy importante que todo cambio de las normas constitucionales sea llevado a cabo por la autoridad concreta que hace tales normas según el sistema¹⁷ que, en el caso de ellas, no es el juez ni la costumbre internacional ni el *jus cogens*.¹⁸

Asdrúbal Aguiar, prestigioso jurista venezolano que fue presidente provisorio de su patria y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido, y es, muy crítico de aquella doctrina mayoritaria de nuestro Alto Tribunal. Tras señalar que el principio que impide la aplicación retroactiva de las normas penales no benignas no es extraño al derecho internacional, destaca que

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por consiguiente, no tuvo reparo al prescribir en su art. 24 y a propósito del juzgamiento por la Corte de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, que nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. No solo eso, la misma norma dispone que de modificarse el derecho

16. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, p. 482.

17. Carl Friedrich, *El hombre y el gobierno*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 304.

18. En tal sentido se pronunció la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la cita N° 13. Declaró que las normas consuetudinarias del *jus cogens* que establecerían, desde tiempo inmemorial, la imprescriptibilidad de ciertos delitos, no tienen validez porque la costumbre, por internacional que sea, no es fuente del derecho aceptable en materia penal forjado por el movimiento constitucionalista en salvaguarda de la libertad, la dignidad y el progreso de las personas.

aplicable a una causa antes que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena (...) La comisión de Derecho Internacional, al codificar las reglas sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptadas por la Asamblea de la ONU en 2001 consagró una vez más el principio de no retroactividad de las normas internacionales (...) Un hecho jurídico –señala el *dictum*– debe ser apreciado a la luz del derecho de la *época* y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho. Todavía más, la CDI, en exégesis que hace del art. 13 de sus Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, recuerda que el mismo principio haya sido aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Derechos Humanos para desestimar demandas relativas a períodos en que el Convenio europeo para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales no estaba en vigor para los Estados interesados.¹⁹

Conclusiones similares fueron expuestas por Horacio García Belsunce,²⁰ Fernando Moreno,²¹ Néstor Sagués²² y Alfonso Santiago²³ para quien “En el sistema constitucional argentino no es posible sustraer ninguna clase de delito, ni ninguno de los aspectos de su régimen jurídico, del principio de legalidad o retroactividad de la ley penal”.

19. *Crímenes de lesa humanidad y coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004, p. 39.

20. *Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2005, p. 13.

21. “¿Estamos abandonando cada vez más el principio penal de legalidad?”, *La Ley*, Sup. Penal, julio 2005.

22. “Sobre la derogación y anulación de las leyes por el Poder Legislativo”, *La Ley*, 2005-A-518.

23. “La dimensión temporal del derecho y del consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema de la Argentina”, *El Derecho*, 14 y 15 de noviembre de 2005.

V.

En el caso “Bignone” advertimos, claramente, dos posturas judiciales que se enfrentan entre nosotros desde comienzos del siglo XXI. La del voto mayoritario con particular apego al principio de legalidad y al deber de los jueces de ceñirse estrictamente a la aplicación razonable de las normas jurídicas con prescindencia de toda consideración de tipo político. El juez debe respetar la ley, y especialmente, la Ley Fundamental, aunque no comparta sus soluciones y aunque ellas merezcan el rechazo de algunos sectores sociales. Toda norma inferior cuya validez supera el filtro examinador de la Constitución debe ser fielmente respetada. Con mayor razón cuando, su desconocimiento, conduce a atrofiar garantías, derechos y libertades consagradas normativamente y cuya génesis la encontramos en la alborada del movimiento constitucionalista. El juez es el custodio de la Ley Fundamental. No es un simple administrador de justicia, sino titular de la función jurisdiccional del Estado mediante cuyo ejercicio aplica la ley y garantiza la seguridad jurídica. Es, en definitiva, la concepción que caracteriza a la democracia constitucional, en oposición al populismo, y en el marco del Estado de derecho.

La postura del voto minoritario soslaya el principio de legalidad en función de los valores sociales que se consideran dominantes y aunque no estén avalados por el orden jurídico. Postura cercana al populismo demagógico a la cual se refirió el juez Carlos Fayt²⁴ cuando destacó que, si se aceptara la aplicación retroactiva del derecho penal internacional, se estaría vulnerando el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución que impide la derogación retroactiva de la ley penal más benigna. La protección de las víctimas no implica, necesariamente, un castigo penal y que la persecución penal, sin respeto a las garantías constitucionales, invertiría la función que los derechos humanos tienen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto. Añadía que en esta postura judicial se estaba infiltrando la concepción de Carl Schmitt²⁵ sobre el derecho penal del enemigo. En esta concepción, que

24. Fallos CS 313:1392.

25. Miembro del Partido Nacional Socialista de Alemania y, durante varios años, considerado el más destacado ideólogo del nacionalsocialismo, aunque en su fuero íntimo no compartiera sus secuelas políticas y sociales.

conduce a distinguir entre “amigos” y “enemigos”, se admite la inaplicabilidad de las garantías del Estado de derecho para el juzgamiento de casos de gravedad gestados por el “enemigo” en perjuicio de un sistema político intolerante. Esto es así porque en un régimen totalitario²⁶ se acepta la existencia de un derecho penal especial para el “enemigo” del sistema. Esta bifurcación subjetiva del derecho penal importa, como destacara Jorge Vannossi,²⁷ una “paulatina e incesante demolición jurisprudencial y política de los principios constitucionales aplicables al régimen penal” adoptados por la Ley Fundamental, y especialmente, en torno “de la aplicación retroactiva de normas penales y de compromisos internacionales en abierta violación de la regla de la irretroactividad que establece el art. 18 de la Constitución Nacional; como así también produciendo un notorio quebrantamiento del principio de legalidad que surge de ese mismo precepto”.

En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia, desde 2004 y por el voto de su mayoría, sostuvo que los jueces, al dictar sus sentencias, deben procurar adecuarlas a las políticas del Estado, aunque ellas colisionen con el texto de la Constitución. Tengamos en cuenta que esas políticas de Estado son forjadas por los órganos políticos del Gobierno, lo cual conlleva implícitamente a una subordinación a ellos del Poder Judicial. Frente a esa concepción se alza la que insiste en sostener que la función de los jueces es aplicar fielmente la ley, aunque colisione con aquellas políticas del Estado.

El presunto deber de los jueces de ajustar sus sentencias a las políticas del Estado configura una ruptura del principio referente a la distribución del ejercicio del poder estatal entre los órganos del gobierno, una ruptura de la independencia del Poder Judicial y su subordinación a los estamentos políticos. Si los jueces se ajustaran en sus pronunciamientos a la política del Estado forjada por un gobierno determinado, se llegaría a una conclusión ineludible: ellos podrían ejercer mediante sus sentencias funciones legislativas y hasta constitucionales. Sin embargo, los jueces no hacen leyes ni establecen o participan en políticas del Estado porque ellos no gobiernan como sí lo hacen los órganos políticos. La seguridad jurídica que procura la ley está condicionada a la actitud que frente a ella asuman los jueces. Pero

26. Carl Schmitt, *Teoría del partisano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.

27. “Prescripción, legalidad, amnistías e indultos”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, T. XXXIV-2007, Buenos Aires, 2008, p. 197.

si los jueces se apartan de la ley porque están en desacuerdo con ella o entienden que colisiona con la política de Estado, estarán violando la ley, y por añadidura, acarreado la inseguridad jurídica. En varias oportunidades, y casi desde sus comienzos, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de destacar que si la interpretación jurisprudencial tiene un valor similar al de la ley es porque integra con ella una realidad jurídica. No es una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función en el caso concreto. Por otra parte, aunque las leyes puedan considerarse rezagadas con relación a las de otros países, los jueces deben ajustarse a aquellas y no a las leyes, prácticas o costumbres extrañas, por más dignas que sean de imitación. No es a los jueces sino al legislador a quien le corresponde innovar (Fallos CS 21:130; 68:296; 200:490; 207:192; 210:389; 273:420). A lo sumo, los jueces pueden negarse a aplicar una norma contraria a la Constitución, pero no por entender que no se compadece con la política de Estado establecida por un gobierno.

Nos adherimos a la primera de estas posiciones que desestima las consideraciones de índole política proclamadas por la segunda como “políticas del Estado” a las cuales deberían estar sujetos los jueces. Estas últimas conducen a la inaceptable politización cuasi agonal del Poder Judicial y a su consecuente absorción por los órganos políticos del gobierno.