

LA CRISIS INSTITUCIONAL¹

Por Horacio A. García Belsunce

I.- Introducción

Es un clamor reiterado desde hace años, dentro o fuera del país, que se respeten y tengan plena vigencia las instituciones nacionales en los órdenes político, jurídico, económico y social. El reclamo es la contrapartida que se requiere para generar la credibilidad necesaria para alcanzar la estabilidad institucional y el crecimiento económico, que alienten la inversión y el financiamiento interno y externo para lograr mayor productividad, competitividad y ocupación de recursos materiales y humanos.

La ausencia o insuficiencia de tales condiciones es lo que me lleva a afirmar que las instituciones nacionales están en crisis o, lo que es lo mismo, que el país está *desinstitucionalizado* por la acción u omisión de los tres poderes del Estado, lo que conduce inexorablemente a la inseguridad política y la inseguridad jurídica, que son a su vez, las causas que originan la inseguridad económica.

II.- La inseguridad política

Como dato histórico recordamos que ésta ha sido en la Argentina una constante desde 1930 hasta el presente, tanto en gobiernos constitucionales como en gobiernos de facto, salvo pocas y notorias excepciones.

- a) La segunda presidencia de Menem, botín de guerra resultante de la reforma constitucional de 1994, consecuencia a su vez del pacto entre dos dirigentes políticos que creyeron que tenían la totalidad de la representación popular, fue el comienzo de un nuevo ciclo de inseguridad política derivado de dos causas principales: una, la pretendida re-reelección de Menem, que fue más allá de cualquier objeción por violar la Constitución vigente y otra, que es consecuencia de la anterior, el apartamiento de los planes económicos que requerían una profunda reforma en la materia, dando lugar al comienzo de un retroceso económico que de ahí en más resultó irreversible. Dejando de lado la llamada reforma del Estado, el ajuste del gasto, la reforma laboral, la reforma del régimen de las asociaciones profesionales y de las obras sociales, bajo la

¹ Versión ampliada de la disertación en la comida del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires el 28 de noviembre de 2005.

aparición de un pseudocapitalismo que erróneamente ha sido denominado “neoliberalismo”, se aumentó el gasto público improductivo, se incrementó la deuda pública interna y externa para financiar déficits fiscales originados en la ineficiencia administrativa y en la atención del clientelismo político, a lo que se agregó la indiferencia ante el aumento del desempleo, la pobreza y la corrupción como características de ese gobierno.

La recesión comenzada en 1998 y el colapso monetario de otros países, influyeron en el electorado para decidir el cambio del partido gobernante. Una Alianza forzada entre la UCR y el FREPASO llevó a la primera magistratura a un presidente sin liderazgo, que representaba sólo una parcialidad partidaria. La Alianza configuró desde un principio una fractura en ciernes, que se convirtió en realidad con la caída del presidente De la Rúa, con o sin complot o golpe político, arrastrado por el caos económico de las medidas tomadas en diciembre de 2001.

La renuncia de De la Rúa, el interinato de Rodríguez Saá signado para la historia con su declaración del default de la deuda externa, aplaudida por una Asamblea Legislativa irresponsable, convulsionaron el orden interno, dando una sensación de caos y de anarquía que se extendió por todo el mundo, aunque no puede haber causado sorpresa porque, lamentablemente, fue el décimo presidente argentino que en el siglo XX y en lo que va del XXI no pudo terminar su mandato constitucional por causas ajenas al fallecimiento.

La designación de Duhalde hasta terminar el mandato inconcluso de De la Rúa, acortado posteriormente en decisión de dudosa constitucionalidad, no terminó con la inseguridad política, agravada por su infortunada gestión económica en el primer semestre de 2002, que puso a su gobierno a la vanguardia de la anticonstitucionalidad como consecuencia de leyes y decretos que son de conocimiento público.

La elección nacional del 27 de abril de 2003 tuvo dos connotaciones políticas trascendentes: una, la casi desaparición de la UCR y otra, la fragmentación del peronismo. El ballottage del 18 de mayo siguiente colocó al electorado en la disyuntiva de dirimir una interna partidaria, la del peronismo, dividido atrás de tres candidatos y obviamente, prescindiendo de minorías sin chance. La renuncia de Menem a participar en el ballottage para evitar su derrota electoral,

no pudo impedir su justificada derrota política por parte de sus otrora correligionarios.

- b) Kirchner asume el poder en representación del 22% del electorado nacional. Obvio es que no ejercía el liderazgo del partido justicialista que pretendió representar. Siempre que el peronismo ejerció la presidencia, el poder del partido y el poder del gobierno estuvieron reunidos en una misma persona. A partir de la elección de Kirchner fue legítima la pregunta ¿quién lidera el partido justicialista?. La respuesta hay que encontrarla en la incidencia determinante que tuvieron los gobernadores de provincias en el justicialismo, a lo que con acierto Botana calificó de “poder confederativo”. Este se reafirma en el espectáculo electoral de los comicios provinciales del mes de septiembre de 2003. El Presidente de la Nación, traspasando los límites que le impone el régimen republicano y federal, adoptó el rol de líder de todas las campañas electorales provinciales, para empujar el triunfo de quienes le ofrecieran su apoyo, sea por dentro o por fuera del P.J., olvidando que debe gobernar como mandatario de todos los argentinos, y que la Constitución Nacional preceptúa en su artículo 128 que los gobernadores de provincia “*son agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación*”, pero no sus satélites ni prosélitos en sus afanes partidarios.

A dos años y medio de haber asumido el gobierno de la Nación, es una realidad y no una imputación descalificatoria, que se acrecienta la hegemonía del Ejecutivo, con rasgos de autoritarismo, imprudencia y groserías (tildó a los periodistas de esquizofrénicos). Es una hegemonía populista que no admite pluralidad ni disenso. Ella tiene, desafortunadamente, su respaldo en la reforma constitucional de 1994, que desplazó a favor del Ejecutivo facultades parlamentarias a las que me referiré en el capítulo siguiente.

Se acentúa dicha hegemonía cuando gobernadores e intendentes radicales o justicialistas, otrora oponentes al kirchnerismo, se enrolaron a las filas de éste como furgón de cola, en función de lograr beneficios crematísticos en una demostración lamentable de que el dinero ha vencido a la política.

Las elecciones legislativas del 23 de octubre de 2005 a las que el presidente dió el carácter de plebiscito de su gestión, incursionando en campaña política en todos los rincones del país, merecen ser analizadas con mayor detenimiento

que el que me permiten razones de tiempo, pero me limitaré a destacar los aspectos más relevantes de la etapa pre-electoral y del resultado y sus efectos, aparentes por ahora.

La campaña electoral no se ha destacado por el debate de ideas ni propuestas, sino por la proliferación de ataques y agravios a los oponentes, la multiplicación de denuncias y actos de “clientelismo” por parte del sector oficial con el presidente a la cabeza. No se mantuvieron los niveles de calidad, tolerancia democrática y respeto recíproco que corresponden a una democracia republicana. Tampoco la campaña fue precedida por la tan ansiada como prometida reforma política, para eliminar la influencia de las listas sábana, contar con una adecuada ley de acceso a la información pública e imponer una mayor transparencia en el manejo de los fondos destinados a las campañas proselitistas.

Contrariamente, se abusó del recurso de “ensuciar” la campaña del rival, de comprar votos mediante la entrega de cheques y de electrodomésticos a familias de condición humilde y de violar, por parte del mismo gobierno, el Código Nacional Electoral, como lo hizo el Ministro de Planificación Federal, cuando anunció en el periodo de veda una serie de obras públicas para la provincia de Tierra del Fuego por 500 millones de pesos, lo que se agregó a las promesas de Kirchner de hacer obras públicas por \$4.000 millones. Resulta innecesario cualquier calificativo respecto de la actitud del presidente de hacer campaña electoral en el altar de la Basílica de Nuestra Señora de Luján.

No obstante que el Frente para la Victoria no superó el 40% de la elección nacional, por las derrotas del oficialismo en la Capital Federal, en Santa Fé y en Mendoza, el triunfo de Kirchner, aunque relativo, es innegable, incluida la victoria en Buenos Aires de Cristina Kirchner, que a él le pertenece, en cuanto se apropió de su campaña electoral, logrando un rotundo triunfo con una diferencia de 26 puntos sobre Hilda Duhalde, y 20 diputados y 2 senadores frente a 7 diputados y un senador para su principal contendiente.

El oficialismo seguirá imponiéndose en el Senado donde obtuvo 21 de los 24 escaños en juego, mientras que en la Cámara de Diputados de la Nación, aunque también triunfó duplicando el bloque actual, sin embargo no será

suficiente para obtener el quórum propio, pues de los 129 votos necesarios al efecto, el bloque oficialista no superará los 110.

Ante estos números se ha convertido en realidad el interrogante de si habrá entendimiento entre Kirchner y Duhalde para configurar un bloque en diputados. Kirchner piensa ampliar su base política arrastrando al peronismo y a algunas minorías opositoras hacia el Frente para la Victoria, dejando afuera lo que quede del menemismo. Un dato importante es que la concurrencia a las urnas fue del 70% del padrón –el nivel más bajo desde 1922–, a lo que se agrega que si al ausentismo del 30% se suma el 8,6% de votos en blanco o nulos, casi el 40% no votó a ningún candidato, lo que revela el rechazo de la ciudadanía a la campaña electoral y a la falta de representatividad e idoneidad de los candidatos a elegir.

No obstante sus aspiraciones, Kirchner tiene por delante una agenda complicada: bajar los índices de desocupación y de pobreza, controlar la inflación, los conflictos sindicales, el inminente alza de las tarifas públicas, alentar la llegada de inversiones para sostener el crecimiento económico, el empleo y el aumento de la oferta de bienes y servicios para equilibrar la demanda, abastecida por el aumento de la inflación, y arribar a un acuerdo con el FMI para refinanciar los vencimientos de la deuda.

Queda pendiente la posibilidad de la reelección presidencial, pues el escenario se ha despejado ya que no hay ningún oponente con perspectivas ciertas de éxito. Duhalde se ha autodescartado, por el momento. Cristina Kirchner posiblemente se anote como candidata a la gobernación de Buenos Aires, a menos que se piense reeditar la fórmula conyugal de otro tiempo, Kirchner-Kirchner. Macri aspira a la Jefatura de la Ciudad de Buenos Aires, aunque posibles alianzas podrían llevarlo a una expectativa presidencial y López Murphy ha visto frustradas las suyas.

La elección en nuestra metrópoli tampoco deparó sorpresas. Macri venció a Carrió por 12 puntos y el oficialismo representado por el canciller Bielsa salió tercero a corta diferencia de la candidata del ARI. El triunfo de Macri es producto de tres factores convergentes: el voto al mal menor, el apoyo de ciertos sectores que creyeron que representa a la auténtica centro-derecha, que no es cualquier mixtura por el sólo hecho de excluir a la izquierda, y el voto

del peronismo no kirchnerista. Del lado del duhaldismo se dice que el peronismo no alineado con el Presidente podría terminar respaldando el proyecto político futuro de Macri.

El ocaso de Menem ha quedado confirmado con su derrota frente al gobernador Maza que antes fuera su incondicional seguidor.

- c) La inseguridad política y la hegemonía a las que me vengo refiriendo, se robustecen con la anomia que caracteriza al Poder Legislativo. Los representantes del pueblo como los políticos que pretenden acceder a serlo, sólo se han ocupado de sus posiciones en las listas electorales. No hubo ni hay propuestas económicas ni sociales, cómo combatir la pobreza, fomentar la política de exportaciones, reestructurar el régimen tributario vigente tanto en el orden nacional como en el provincial y municipal, recuperar el sistema educativo y sanitario afectado por deficiencias estructurales y paros reiterados, preservar la seguridad física, jurídica y económica de la población, prevenir y combatir el terrorismo, encarar el estudio del calentamiento global y el cambio climático, resolver la crisis energética. Sin embargo, el Poder Legislativo ha sido obediente para sancionar dos leyes pedidas por el Ejecutivo para consolidar su poder, a través de la delegación de facultades para modificar el presupuesto y para renegociar los contratos con las empresas de servicios públicos privatizadas, y para no cumplir con su deber constitucional de crear la Comisión Bicameral Permanente que debe expedirse sobre los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados.

III.- *La inseguridad jurídica*

Repitiendo lo que varias veces he dicho y escrito, entiendo que la seguridad jurídica es la previsibilidad en la certeza, permanencia y aplicación de las normas que regulan nuestras conductas y los hechos y los actos que resultan de nuestras relaciones.

Conducen a afirmar, sin duda alguna, que en la Argentina de hoy y desde hace varios años no hay seguridad jurídica, los hechos, actos u omisiones imputables a los tres poderes del Estado, que entre otros, voy a reseñar a continuación:

- a) *La violación de la división de los tres poderes del Estado*, que es no sólo un mandato constitucional, sino también el principio en el que se asienta el sistema

republicano de gobierno. Se viola este principio cuando, entre otras, se dan las siguientes situaciones:

1. El Poder Ejecutivo dicta *decretos de necesidad y urgencia* que no se ajustan a los requisitos sustanciales que señala el artículo 99, inc. 3 de la CN (“circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulan materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”), o procedimentales (someter los decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso, la que aún no ha sido creada, lo que hace al Congreso corresponsable de la inconstitucionalidad en que incurre el Ejecutivo). Obviamente se trata, como lo dice el texto constitucional, de una norma de excepción, pues el inciso 3 comienza diciendo “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Largo e innecesario sería enumerar los decretos de necesidad y urgencia que son inconstitucionales por incurrir en los vicios señalados, dictados desde épocas en que dichos decretos no tenían previsión constitucional como después de la reforma de 1994, en que se ha hecho un abuso contrario a derecho por todos los gobiernos (vg. la creación de la AFIP, que es materia tributaria – derecho tributario administrativo y procesal; la habilitación de 546 partidos políticos nuevos que aún no habían obtenido la personería jurídica dentro del término correspondiente; etc).
2. El artículo 76 CN prohíbe expresamente la *delegación legislativa* en el Poder Ejecutivo, “salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública”. Esta norma tan escueta en su expresión y con conceptos que podría decir son también bastante indeterminados, requiere una interpretación constitucional prolija y que tenga fundamentalmente en cuenta el carácter de la excepcionalidad de la institución. Cuando se habla de emergencia pública, por aplicación analógica del artículo 99, inc. 3 CN referente a los decretos de necesidad y urgencia, resulta improcedente la delegación de facultades legislativas en materia penal, tributaria, electoral o referente al régimen de los partidos políticos, a menos que se quiera aceptar que hay una contradicción entre los artículos 76 y 99, inc. 3 antes citados.

Sin embargo, la ley 25.414 faculta al Poder Ejecutivo para crear y suprimir exenciones tributarias y modificar procedimientos tributarios, lo que resulta abiertamente inconstitucional. Tampoco puede ser objeto de la delegación legislativa la legislación de fondo prevista en el artículo 75, inc.12 CN porque no es materia administrativa. No es viable la delegación de facultades legislativas cuando, para su concreción normativa, la Constitución exige mayorías especiales para la conformación del quorum o para la aprobación de la ley o cuando se trata de una materia a la que la Constitución le otorga el carácter de cámara de origen, a alguna de las cámaras del Congreso. Además, el artículo 100, inc. 12 CN establece que le corresponde al Jefe de Gabinete de ministros “refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”, surgiendo aquí un impedimento procedimental para la validez de las delegaciones legislativas, por la circunstancia de no haberse creado aún la mencionada Comisión Bicameral Permanente (sobre el tema véase el prolijo análisis de Gregorio Badeni en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo II, p.1080/1093).

Se ha incurrido también en violación constitucional al dictarse el decreto de necesidad y urgencia 214/02, por el cual se dispuso la pesificación de ciertas obligaciones, pues al decir de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Prov. de San Luis c/Estado Nacional s/amparo” (5.03.03) ha sido improcedente invocar simultáneamente, como fundamento para su validez la delegación legislativa de la ley de emergencia económica 25.561 y el ejercicio de las facultades excepcionales de dictar decretos de necesidad y urgencia (considerando 30 del voto de la mayoría).

3. Dentro de las facultades colegislativas que la Constitución otorga al Ejecutivo está la muy importante de aprobar y promulgar las leyes que sanciona el Legislativo. El artículo 80 admite el veto parcial de las leyes agregando que “los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas totalmente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto

para los decretos de necesidad y urgencia”. En consecuencia, se admite la *promulgación parcial de las leyes*, lo que fue introducido por la reforma constitucional de 1994. La Corte Suprema al resolver el caso “Bustos A. R. c/P.E.N. s/amparo” sostuvo que la promulgación parcial de las leyes es válida cuando las partes vetadas pueden escindirse del proyecto aprobado por el Congreso sin detrimento de su unidad. No obstante, subsiste la discrepancia doctrinaria en cuanto a que esta promulgación parcial de las leyes lesiona el principio de división de los poderes.

b) *La emergencia económica:*

1. Esta causal de la inseguridad jurídica no es nueva en la Argentina. La conocemos desde 1922 con motivo de la ley 11.157 que prorrogó los alquileres y que fue declarada constitucional por la Corte Suprema. El Alto Tribunal en la causa “Russo c/ Delle Donne”, de 1959, fijó en cuatro los requisitos de la constitucionalidad de la emergencia, siendo de resaltar el cuarto que se refiere a la *razonabilidad*, entendida como el parámetro de justicia de la ley, de los actos administrativos y de las sentencias, que es sinónimo de constitucionalidad, mientras lo irrazonable es inconstitucional. La razonabilidad es la adecuación lógica de los medios empleados para alcanzar los fines de la ley. En la emergencia económica el derecho colisiona con la economía. Lo que es bueno para uno es malo para la otra. La Constitución rige en la normalidad y también en situaciones extraordinarias. Los derechos relativos, limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 CN), encuentran su protección en el art. 28 que establece que tales derechos no pueden ser “alterados”, lo que equivale a desconocidos o enervados. En consecuencia, la emergencia económica es admisible como justificación de la limitación de los derechos y garantías constitucionales, si es razonable y temporaria.
2. En los últimos años la emergencia económica ha hecho tabla rasa del derecho de propiedad y de otras garantías constitucionales conexas. El recorte del 13% de los sueldos de los empleados públicos y de los jubilados ya fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema en el caso “Tobar”. El decreto 1570/01, firmado por De la Rúa y Cavallo, estableció la indisponibilidad de los depósitos bancarios en cuentas a la vista y fue

declarado inconstitucional por la Corte Suprema en la causa “Smith, Carlos A. c/ P.E.N.” por considerar el Tribunal que “pese a la existencia de una grave situación de emergencia económica, dicha limitación al desconocer derechos adquiridos y coartar las facultades de libre disposición de tales fondos, carece de razonabilidad y atenta contra el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio”.

3. A pesar de que el citado decreto 1570/01 reitera en su artículo 1º, inc.a) la convertibilidad de la ley 23.928 (vigente desde 1991), ratifica la ley 25.466 (25.08.01) de intangibilidad de los depósitos y asegura la moneda en que estén constituidos, el 6 de enero de 2002 se sanciona la ley 25.561, conocida como “ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario”, que delega en el Poder Ejecutivo, con base en el art.76 de la CN, el reordenamiento del régimen financiero, bancario y cambiario y deroga la convertibilidad de la ley 23.928, prohibiendo la indexación y dejando sin efecto cláusulas de ajuste en dólares de los contratos públicos y privados.

El Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad delegada por el artículo 2º de la 25.561 “para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras”, dictó el decreto 214 (3.02.02) disponiendo la pesificación asimétrica y el “corralón” o reprogramación de los plazos fijos en las instituciones financieras.

En varias oportunidades he dicho que la convertibilidad fue buena pero no podía ser eterna. Debía corregirse la paridad monetaria $US\$ 1 = \$ 1$ a otra paridad distinta entre los años 1995 y 1997, en los cuales el país crecía al 5 o 7% anual y el déficit fiscal era manejable. Si así se hubiera hecho, completando la inconclusa reforma del Estado, reduciendo el gasto público que, por el contrario, aumentó en el 100% desde 1990 a 1999, haciendo la reforma laboral necesaria, modificando el régimen de la ley de asociaciones profesionales para terminar con los privilegios sindicales que vienen de la ley 14.250 y reformando la de las obras sociales que alimentan indebidamente las arcas de las entidades sindicales, la situación habría sido distinta.

He dicho también que la devaluación es un acto soberano que integra el orden público económico, pero sus efectos pueden ser objetados como

inconstitucionales. La moneda es un bien (art.1312 C.C.) que integra el derecho de propiedad protegido por el art.17 CN.

El mencionado decreto 214/02 cuya inconstitucionalidad intrínseca resulta de lo que antes he dicho respecto de su calidad de decreto de necesidad y urgencia, dictado sin que exista la Comisión Bicameral Permanente que según el mandato constitucional debe proceder a su revisión, genera otras inconstitucionalidades que saltan fácilmente a la vista. Mientras la pesificación de los depósitos en dólares en el sistema financiero (las deudas de los bancos con los depositantes) se hizo a razón de U\$S 1 = \$ 1,40, fue de U\$S 1 = \$ 1 para todas las deudas en dólares estadounidenses con el sistema financiero, es decir, las de los prestatarios para con las instituciones financieras; y también, las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares, pero no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, con lo que se introdujo una irritante *desigualdad* inconstitucional para los deudores y acreedores, según se tratase de entidades financieras o de otra índole.

También el decreto 214/02, reiterando lo dispuesto por la ley 25.561, prohibió la indexación, pero, estableció el CER (coeficiente de estabilización de referencia) aplicable tanto a los depósitos bancarios (art.4), como a otras obligaciones no vinculadas al sistema financiero (art.8). No obstante, en su artículo 5º dicho decreto dispone que “las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generen con posterioridad a la sanción de la ley nº 25.561, no podrán contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste”, de lo que resulta otra *desigualdad* inconstitucional frente al régimen de la indexación de las obligaciones, según la fecha en que ellas hayan sido contraídas.

Esta desigualdad nos llevará a discutir nuevamente entre “nominalismo” y “valorismo”. Me inclino por este último en defensa del valor real de la moneda, dado por su poder adquisitivo, como fuera reconocido en el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en 1977 en la causa “La Amistad S.R.L.”, aunque me alarma el efecto inflacionario que deriva del ajuste de todas las obligaciones (precios y salarios).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en la causa “San Luis, Pcia. de c/ Estado Nacional s/ amparo” (5.03.03), declarar la inconstitucionalidad del artículo 2º del decreto 214/02 que dispuso la pesificación de U\$S 1 = \$ 1,40 para las obligaciones “existentes en el sistema financiero”, o sea las de las entidades financieras para con los depositantes (acreedores). Destaca el Alto Tribunal que todo lo resuelto y decidido en el caso, referente a la validez del artículo 2º del decreto 214/02, no puede proyectarse a otros supuestos, cuyas particularidades serán examinadas por el Tribunal en la medida en que arriben a sus estrados; es decir, que deja afuera de la inconstitucionalidad decidida los otros supuestos resultantes de la aplicación de la ley 25.561, del decreto 214/02 y todas las demás disposiciones concordantes.

Destaca el voto de la mayoría que “el Poder Ejecutivo excedió los límites establecidos... en la ley 25.561, pues esas disposiciones no proporcionan sustento alguno para alterar el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en moneda de curso legal una cantidad que no expresa su magnitud real”. También se ocupa de señalar que la ley 25.561 “no había derogado sino que había suspendido la vigencia de la ley 25.466, en cuanto disponía la intangibilidad de los depósitos, y únicamente había autorizado el aplazamiento de los pagos que, según las previsiones de los artículos 617 y 619 del Código Civil y de la ley 25.466, debían hacerse en determinada moneda al 3 de diciembre de 2001”. La solución del caso “San Luis”, abrió una enorme expectativa de parte de los demás acreedores por préstamos en moneda extranjera, atento al cuidado que expresamente denota la Corte al decir, en el caso comentado, que el fallo es aplicable sólo a la situación que en él se ha planteado. Al analizar esta temática en una conferencia que diera en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 23 de octubre de 2003, sostuve que “si bien esto es estrictamente así, me atrevo a hacer tres disquisiciones acerca de los problemas pendientes en materia de pesificación: una, que los supuestos de hecho y de derecho de ese caso son aplicables a cualquier otro acreedor del sistema financiero sea estatal (como lo es la Provincia de San Luis) o particular. Otra y de mayor relevancia, es la que se refiere a la inconstitucionalidad de la pesificación de las

obligaciones monetarias `con el sistema financiero` (créditos bancarios), pesificadas a razón de U\$S 1= \$ 1 y, por último, el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses `no vinculadas al sistema financiero` que también se convierten en la misma relación del caso anterior.”

Creo que estos tres casos deben tener análoga solución a la que ha merecido el caso “San Luis”, pues la lesión al derecho constitucional de propiedad (considerandos 37 a 41, 43, 48 y 49 del voto de la mayoría) se configura en principio para todo acreedor con causa en un mutuo pactado originariamente en moneda extranjera, si se pesifica su crédito. En particular, señalo que en el considerando 47 de la sentencia que me ocupa se dice que “el Estado no puede válidamente trasponer el límite que señala el artículo 28 de la Constitución Nacional. Las normas cuestionadas afectan, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los artículos 14 bis y 17 de la CN”. Y también es aplicable, siguiendo el mismo razonamiento, el considerando 48 en el que la Corte señala que “el contenido del derecho constitucional de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona”.

Las alteraciones contractuales violatorias del derecho de propiedad, que son consecuencia de la emergencia económica que vengo analizando, dan lugar a la aplicación, en ciertos casos, de dos instituciones jurídicas que pueden servir para compensar los perjuicios que de aquéllas medidas se derivan. Los acreedores que cobren en pesos lo que debieron cobrar en dólares, podrían plantear el *enriquecimiento sin causa* de los deudores a expensas de sus acreedores, de la misma manera que los deudores que deben pagar en dólares al cambio libre, podrían invocar la *teoría de la imprevisión* del art. 1198 del C.C. prevista en la misma ley 25.561.

Al fallar en la causa “Bustos A.R. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo” (26.10.04), la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió, en su nueva integración, la jurisprudencia sentada en los casos “Smith” y “San Luis”, declarando la constitucionalidad de la ley 25.561 y del decreto 214/02, haciendo suyo el dictamen del procurador general de la Nación

cuando dice que “el derecho positivo argentino es particularmente explícito en lo que concierne a la legitimidad de la suspensión de los derechos generales como recurso propio del poder de policía a fin de proteger el interés público...(en el caso) no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueda hacerse de su propiedad”. A estos conceptos basta agregar los que surgen del considerando 9º del voto de la mayoría cuando expresa que los ahorristas tienen una opción “entre el reintegro en determinados plazos en moneda argentina y con valores actualizados o en moneda de origen a plazos mayores y a valor comercializable”.

Ni lo uno ni lo otro es exacto por dos razones:

- a) En el caso no se limita temporalmente la percepción de los beneficios ni tampoco se restringe el uso, pues no se trata de una suspensión del ejercicio del derecho de propiedad, sino de una confiscación parcial del excedente de \$ 1,40 + CER (0,50) + intereses del 2 % (lo que da más o menos \$ 2,15/20) con relación al cambio libre de \$ 3, lo que significa una quita del 28 % (los cálculos están hechos sobre datos a la fecha del fallo, lo que puede hoy tener ligeras variaciones, pues con el aumento de la inflación, crece el CER (actualmente 1,6877) y, de tal manera, la pesificación ($\$ 1,40 \times 1,6877$) da un tipo de cambio de \$ 2,36 que frente al tipo de cambio libre (\$ 3), reduce la diferencia a \$ 0,64, que es una pérdida del 21,5% (cálculo al 4 de noviembre).
- b) Los derechos personales pueden suspenderse en la emergencia pero no confiscarse ni anularse porque así lo prohíbe el art. 28 de la Constitución Nacional, cuando dice que los derechos “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y la quita significa una alteración, violación o desconocimiento de tales derechos.

A pesar de que el procurador general de la Nación y los jueces que integran la mayoría del pronunciamiento, reiteran la jurisprudencia de la Corte Suprema en numerosos casos anteriores, en los que se dijo que la emergencia para que no sea inconstitucional debe reunir el requisito de la *razonabilidad*, y que la duración de la emergencia *sea temporal y*

limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria, ello no se da en este caso porque aquí no hay suspensión ni limitación a un “plazo indispensable”, sino la pérdida definitiva del 28% aproximadamente del capital (al momento del fallo). Es particularmente interesante el voto del Dr. Zaffaroni (considerando 4º de su voto), más que todo por la arbitrariedad que encubre su decisión, cuando estima razonable que los depósitos hasta U\$S 70.000 sean restituidos en dólares (considerandos 8/12 de su voto), pues dado el principio de que “donde la ley no distingue no debemos distinguir”, ¿cuál es el fundamento para que la pesificación sea constitucional arriba de los U\$S 70.000 e inconstitucional por debajo de esa cifra?. Dice el citado juez que “es importante que los depositantes de pequeños y medianos recursos preserven su confianza en el sistema bancario, tanto para fomentar el ahorro de estos sectores como para evitar la tenencia de dinero y valores fuera del sistema bancario”. ¿Quiere decir con ello que los grandes depositantes no ahorren o se lleven los fondos al exterior?. El crédito del país no depende de la confianza de los pequeños ahorristas. Es un argumento irreal y demagógico. El juez aparece supliendo al legislador. Afortunadamente, este voto único no sienta jurisprudencia.

4. Una cuestión que tuvo y sigue teniendo honda repercusión desfavorable dentro y fuera del país, es la incertidumbre acerca del futuro de *los contratos de las privatizaciones de los servicios públicos*. El tema comenzó a discutirse en el gobierno de Duhalde y ha llegado al día de hoy aún sin solución. Las empresas privatizadas no se niegan a la renegociación de los contratos, pero exigen que como consecuencia de la misma resulte un ajuste en las tarifas de los servicios públicos que, aunque no fuere la prevista en la contratación originaria, sea lo suficiente para garantizar la rentabilidad de la inversión, la continuidad y la calidad del servicio. Duhalde intentó hacer un ajuste a fines de 2002 en las tarifas de servicios de energía y gas, fijando una “tarifa social” moderada para los sectores de menores ingresos, pero fue frenado por decisiones judiciales. La implicancia en el orden interno de este problema es que al no actualizarse los contratos

y, por ende, las tarifas, los prestadores del servicio no hacen nuevas inversiones y ello trae aparejado las deficiencias que pueden llegar a disminuir la calidad hasta la suspensión de los servicios, como viene ocurriendo en la actualidad con el gas y la electricidad, originando la llamada crisis energética.

El cuestionamiento de las privatizaciones o el incumplimiento de los contratos pactados, es síntoma de inseguridad jurídica que afecta la posible corriente de inversiones de los países cuyos capitales han entrado a la Argentina para asumir tales servicios públicos y también de los capitales argentinos que podrían interesarse en participar de la concesión. A más de dos años de comenzadas las llamadas negociaciones (que se califican como un “diálogo de sordos”), algunos inversores han llegado a algún arreglo (v.g. Edelap), otros se han retirado vendiendo sus participaciones en las empresas adquiridas y los más siguen aún pendientes de arribar a una solución, demorada deliberadamente por las elecciones legislativas del mes de octubre pasado, pues es bien sabido que el inevitable aumento de las tarifas, como consecuencia de la renegociación de los contratos, tiene un costo político, que está dado por la incidencia del costo económico de los ajustes en el precio de los servicios prestados y en el gasto público ya que el Estado es gran consumidor de tales servicios. Se insiste en que los aumentos se acordarán para los usuarios industriales o comerciales, pero no para los consumidores residenciales, queriendo ignorar que éstos pagarán también el mayor costo de las tarifas no en sus facturas, sino en el precio de los bienes y servicios que adquieran, para los cuales es un insumo ponderable el consumo de gas, electricidad, etc.

El convenio celebrado con el FMI en septiembre de 2003, desalentó las expectativas de las empresas que esperaban que la mencionada renegociación de los contratos y el consiguiente ajuste fuera una exigencia de la institución internacional de crédito para arribar al acuerdo, lo que así no sucedió, habiendo aceptado el FMI que las tarifas quedaran sujetas a la ley que debía sancionar – y sancionó – el Congreso de la Nación, facultando al Poder Ejecutivo aumentar las tarifas y renegociar los contratos, sin ningún cronograma de ajuste. La problemática de

actualización de las tarifas tiene una contrapartida negativa que el gobierno no oculta que la está postergando: la incidencia de cualquier aumento en el costo de la vida en momentos en que no hay actualizaciones ni mejoras significativas de los salarios nominales, o sea, que el salario real ha disminuido como consecuencia de una inflación que, medida en función de los precios minoristas al consumidor desde la devaluación hasta la fecha es mayor que el promedio de los aumentos de los salarios nominales.

- c) Aunque aparezca postergado en el orden en que voy tratando los temas, es sin embargo, primera prioridad la *inseguridad física de las personas, de sus bienes y de sus derechos*. Delitos que afectan la integridad física y moral de las personas (intimidaciones, lesiones, violaciones, secuestros y homicidios), de sus bienes (robos, ocupaciones indebidas, usurpaciones, daños y estragos) y de sus derechos (la libre circulación en todo el territorio del país), que desconocen y violan expresas garantías constitucionales son moneda corriente en la Argentina desde hace unos años. El gobierno es consciente del problema y hace esfuerzos notorios para atacarlo. Se aumentan las fuerzas de seguridad, se proyectan programas y planes y coordinaciones entre los que corresponden a distintos estados. Se ha aumentado la penalidad de ciertos delitos como forma de profundizar la represión. Este último concepto desde hace unos años tiene una acepción especial que tergiversa su real significado. Parece que represión es sinónimo de autoritarismo y puede que así lo sea en ciertos casos, pero no es represión aplicar la ley a los casos en que corresponda. La inseguridad a la que me estoy refiriendo tiene su presupuesto en el temor de aplicar la ley. ¿Si es legítimo el derecho de peticionar que conlleva la protesta por lo que se reclama y no se obtiene, ello autoriza a impedir el ejercicio del derecho de los demás? Frente a éstos hechos el gobierno tiene una respuesta por demás absurda e incongruente. “No se va a criminalizar la protesta social”, dicen los funcionarios encargados de mantener el orden público, sin advertir que la criminalización de un hecho o acto determinado, no depende de la voluntad de ningún funcionario, sino de la ley que es la que criminaliza el hecho debidamente tipificado en una norma preexistente. Gobernantes y gobernados se olvidan deliberadamente de cuál es el límite de sus derechos, que terminan donde comienza el derecho de los otros. Son contrarias a la política criminal

que el país reclama, las posiciones mal llamadas “garantistas”, que conducen al abolicionismo o despenalización de las conductas que incriminan las leyes penales. La actividad delictiva de los piqueteros es una constante en todo el país, de la que resultan cómplices los funcionarios de todos los niveles que la consienten con su pasividad y toleran su impunidad, cayendo a su vez en el delito de incumplimiento de los deberes del funcionario público.

- d) La inadmisibilidad del *ajuste impositivo por inflación*, tiene en su fondo un contenido jurídico importante, en cuanto la imposibilidad de los contribuyentes de hacer el ajuste de sus ganancias nominales, deduciendo el porcentaje de inflación que las afecta, produce como efecto directo y real la tributación sobre beneficios nominales ficticios, y que no condicen con la capacidad contributiva del sujeto obligado al pago, lo cual en última instancia, lesiona su derecho de propiedad.

El art. 39 de la ley 24.073, el art. 4° de la ley de emergencia 25.561 y el art. 5° del decreto 214/02, en cuanto prohíben expresamente la aplicación del ajuste por inflación en la liquidación del impuesto a las ganancias para el ejercicio 2002, han sido cuestionados judicialmente. En la causa “Santiago Dugan Trocello S.R.L c/ P.E.N s/ amparo” la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Cámara Federal de Paraná, que había declarado la inconstitucionalidad de las tres normas que he citado anteriormente.

La sentencia de la Corte Suprema (30.06.05) hace suyo el dictamen del procurador general de la Nación, quién descalifica la sentencia de la Cámara “ante la inexistencia de prueba cabal que permita demostrar la absorción – por parte del Estado – de una parte sustancial del capital o de la renta.”, ignorando que la confiscatoriedad del impuesto a las ganancias sobre rentas ficticias o generadas por la inflación, surge de la sola existencia de ésta, conforme a la medición de los índices de precios que correspondan y no ha tenido en cuenta que el índice de precios mayoristas (IPM), sobre el que se efectúa el ajuste por inflación por disposición legal, fue de tres dígitos (118%) en el ejercicio fiscal 2002.

El dictamen al que me refiero dice además, que “no cabe sino reafirmar aquí que la prohibición al reajuste de valores así como de cualquier otra forma de reponer las deudas, ordenada por los preceptos cuestionados, es un acto

reservado al Congreso Nacional por disposiciones constitucionales expresas y claras, pues es quien tiene a su cargo la fijación del valor de la moneda”. Al hacer esta afirmación ha pasado por alto dos situaciones que hacen a esta emergencia económica. Una, que el Ejecutivo por decreto 214/02 efectuó la devaluación de la moneda y la consecuente pesificación y, en segundo lugar, que por ley 25.820 se modificó el art. 11 de la ley de emergencia 25.561, estableciendo expresamente la aplicación del coeficiente de estabilización de referencia (CER) o el coeficiente de variación de salarios (CVS), que son dos métodos de indexación o de repotenciación de las obligaciones monetarias. Ambas disposiciones normativas destruyen la argumentación del mencionado dictamen.

- e) Deliberadamente he dejado para el final la connotación más aguda e importante de la crisis institucional que motiva esta disertación. Me voy a referir a la *ideologización* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se revela en fallos que conforman la ideología y la política del Poder Ejecutivo y que, además, introducen un factor de inseguridad jurídica, pues resultan altamente cuestionables desde el punto de vista del derecho. Corresponde explicar el concepto que he dado al comienzo de este párrafo. Después que el Ejecutivo instara al Poder Legislativo, a pocos meses de haber asumido el gobierno, en abierta oposición al principio de la división de los poderes, a iniciar juicio político contra los jueces de la Corte Suprema de Justicia, lo que representó un ataque a la Institución, sin perjuicio del juicio político que por mal desempeño pudieran merecer algunos de sus integrantes, luego, por distintas causas, juicios políticos y renuncias, el Presidente Kirchner ha designado cuatro nuevos jueces del Alto Tribunal. Admitido que existió en el gobierno de Menem una “mayoría automática” – como lo ha reconocido uno de sus integrantes que la calificó de “repugnante” en ocasión de su renuncia – considero que ella no existe en la actual composición, ni que tampoco puede hablarse de una Corte “adicta” en el sentido de subordinada a órdenes o designios del Poder Ejecutivo. Pero si, en cambio, estimo que hay una “adicción ideológica” al Ejecutivo, tal como surge de las posiciones jurídicas o metajurídicas que exteriorizan sus fallos. Para fundamentar mi afirmación comentaré sumariamente la nueva *doctrina judicial* que resulta de los siguientes fallos del Alto Tribunal:

1. *La costumbre internacional como fuente del derecho penal:*

En la sentencia dictada el 24 de agosto de 2004, en la causa seguida contra “Enrique Lautaro Arancibia Clavel”, se decidió que la acción penal contra el imputado no estaba prescripta, a pesar de haberse cumplido el plazo máximo de la prescripción del Código Penal, en virtud de que era aplicable la imprescriptibilidad de la acción penal que para los delitos de lesa humanidad prescribe la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, que tuvo vigencia en la Argentina por ley del mes de noviembre de 1995. Para así resolver la Corte consideró “que esta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de la irretroactividad de la ley penal, sino que se afirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de la comisión de los hechos” (considerando 28 del voto de la mayoría), agregando que “la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención”. Consecuencia de esta doctrina es que la costumbre internacional es fuente del derecho penal, contrariando el principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, contenido en el artículo 18 de la CN que dice: “Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso*”. Así, se ha dejado de lado el principio de legalidad o de reserva y también el de la irretroactividad de la ley penal, violando asimismo el artículo 27 de la CN, que establece que los tratados que celebre el gobierno federal deben estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, entre los cuales no cabe duda que se encuentran los de legalidad e irretroactividad aplicables a la ley penal. Otra consecuencia derivada de esta decisión es que, sin decirlo de manera explícita, admite que los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, previstos en el artículo 75, inc.22 de la CN están por encima de la

Constitución, lo que refuta categóricamente el voto en disidencia del juez Fayt cuando dice que “la inclusión de los tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la primera parte de la Constitución (como la no retroactividad de la ley penal) aquellos deben primar sobre el derecho interno ... la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo”.

2. *Delitos de lesa humanidad*: La Corte Suprema al resolver la causa del terrorista etarra Lariz Iriondo, consideró que la calificación de delito de lesa humanidad y, por ende imprescriptible, corresponde sólo al denominado “terrorismo de Estado” y no al terrorismo practicado por personas u organismos no estatales, desconociendo que el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, define el crimen de lesa humanidad “como el cometido contra una población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de (debió decir para) cometer ese ataque para promover esa política” (art 7.1 y 2a), sin distinguir que el sujeto activo deba ser estatal o no. Aclaro que entre los actos considerados crímenes de lesa humanidad se enumeran: a) asesinato; b) exterminio; ...f) tortura; ... i) desaparición forzada de personas y que sólo respecto de este último caso se exige que el sujeto activo sea un Estado o una organización política (art. 7.2.i) congruente con lo que dispone la anterior “Convención Interamericana sobre desaparición de las personas” (art. II). Como consecuencia del citado fallo los delitos cometidos por las organizaciones terroristas no estatales (asesinatos, exterminios o torturas) no son crímenes de lesa humanidad y, por tanto, son prescriptibles. Esta doctrina asegura la impunidad del terrorismo subversivo porque la acción penal está prescripta por el transcurso del tiempo.
3. *Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional*: En el caso “Espósito”, fallado el 23.12.04, se decidió que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatorio y vinculante para todos los tribunales argentinos y, en consecuencia, dado que dicho Tribunal supranacional ha sido creado por un tratado internacional de derechos humanos, resulta que, aunque no se lo diga expresamente, tales

tratados priman sobre la Constitución en caso de conflicto normativo, porque si así no fuera, en materia jurisdiccional nada hay superior a la Corte Suprema, como cabeza de un poder del Estado.

Esta doctrina repite la que constituyó el fundamento del caso “Arancibia Clavel” comentado en el acápite 1 que antecede. A lo allí expresado, agrego que la doctrina de ambos fallos, en cuanto asigna primacía a los tratados de derechos humanos sobre las normas de la Constitución Nacional, implica modificar el art. 31 que establece el orden de prelación jerárquica del sistema normativo argentino. Si aceptáramos que la reforma de 1994 ha modificado el citado art. 31, mi respuesta es que, entonces, la reforma introducida sería nula de nulidad absoluta, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 6° y 7° de la ley 24.309 que convocó a la Convención Reformadora y que disponían que ella no podía introducir modificación alguna en las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución. Además, el art. 75 inc.22 al reconocer jerarquía constitucional a diez tratados internacionales, dice expresamente que ellos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Bidart Campos coloca a la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional como “un bloque de constitucionalidad”, con la misma jerarquía normativa, pero así no se resuelve el problema de la primacía de una y otros en caso de colisión normativa. En cambio, Badeni es categórico al sostener que los tratados “están subordinados a una Constitución que no pueden modificar porque ello se lo impiden los artículos 27 y 30 de la ley fundamental”. Así lo ha sostenido el juez Fayt en su disidencia en el caso “Arancibia Clavel” y yo he reafirmado mi posición al respecto en el comentario efectuado a este último fallo en el “Suplemento de derecho constitucional” de La Ley del 13 de octubre de 2004. También lo había entendido así la Corte Suprema, en su anterior integración, en el caso “Cabrerá c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (Fallos 305, 2150).

4. *La inconstitucionalidad de las leyes de amnistía*: En el fallo dictado para resolver la causa “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad” (14.06.05) la mayoría del Alto Tribunal, con la única disidencia del

juez Dr. Fayt, decidió declarar la inconstitucionalidad de las leyes de “punto final” y “obediencia debida”, sancionadas en 1982 y 1983, respectivamente, considerando que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos examinó las leyes en cuestión en su informe 28/92 y las consideró incompatibles con el art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (acceso a la justicia) y a los arts. 1 (deber de garantía y de respetar los derechos y libertades reconocidos por la Convención y su libre y pleno ejercicio), 8 (garantías del debido proceso judicial) y 25 (protección judicial mediante recurso) de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte se fundamenta en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos” (autoamnistía en Perú), que declara inadmisibles la amnistía, la prescripción, y las excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos, pues en virtud de ellas se viola la obligación de los Estados impuesta por los arts. 1.1 (deber de garantía) y 2 (obligación de adoptar las medidas legislativas para hacer efectivos tales derechos y libertades) de la Convención Americana de Derechos Humanos. El fallo se aparta de la jurisprudencia sentada por la Corte en su anterior composición de cinco miembros, al resolver el 22.06.87 en la causa “Ramón J. A. Camps y otros” (Fallos: 310, 1162), que la amnistía, que extingue la acción penal y la pena, es una institución de carácter político, privativa del Poder Legislativo y que, como tal, no es susceptible de revisión judicial, entrando en la categoría de las *cuestiones políticas no justiciables*, de la que se deriva su constitucionalidad. Aquí estamos en presencia de una violación de los *derechos adquiridos* de los beneficiarios de las amnistías generales, que no pueden derogarse con efecto retroactivo (Bidart Campos). Si por los delitos comprendidos en las leyes cuestionadas, llamadas leyes del perdón, se juzga a quienes anteriormente fueron condenados o absueltos, se desconoce el principio de la *cosa juzgada* que se vincula con el otro principio conocido como *non bis in idem*, recogido por el art. 1º del Código Procesal Penal de la Nación, principio al que a su vez se le ha reconocido el carácter de una garantía constitucional por la más calificada doctrina y por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si se pretendiere que los

delitos ahora imputados, no fueron materia de juzgamiento anterior y tampoco estuvieron comprendidos en los indultos y amnistías mencionados y, por ende, no cabe respecto de ellos oponer la defensa de cosa juzgada, es improcedente su juzgamiento ahora, porque las acciones penales están *prescriptas*, dada la inaplicabilidad de las convenciones internacionales que disponen lo contrario, atento a la garantía constitucional de la no retroactividad de la ley penal, que está por encima de cualquiera de los preceptos que puedan resultar de los tratados suscriptos por la Argentina. Agrego, que el tratado que creó la Corte Penal Internacional, reconoce expresamente la no retroactividad de sus disposiciones. Además, las leyes en cuestión no dejaban impunes los delitos, pues había otros responsables (los superiores), prueba de ello es que al declararse la constitucionalidad de la ley de obediencia debida en el caso “Camps” antes citado, se confirmó la condena del mismo Camps y de Riccheri. El concepto de “desaparición forzada de persona” (conforme a la Convención Interamericana) vulnera el principio de legalidad pues no precisa el hecho punible, ni la pena, ni el requisito de la ley previa (del voto del Dr. Fayt). El art. 7 de la Convención Interamericana dispone que cuando una norma fundamental impidiera la aplicación de la imprescriptibilidad, se aplicará la prescripción más larga del derecho interno y que el artículo 18 CN es “norma fundamental” (del voto del Dr. Fayt). Nuevamente en este caso se reitera la jurisprudencia antes citada que acuerda primacía al derecho internacional de los derechos humanos sobre la Constitución, lo que no considero admisible por las razones expuestas en los acápites anteriores. La Convención Americana dice en su art. 29 “Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados” (del voto del Dr. Fayt). La mención que hace el voto de la mayoría del art. 118 de la CN no importa la primacía del derecho de gentes, sino sólo reglas para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior (mejor lo expresó el juez Belluscio en “Arancibia Clavel”, en el sentido de que “constituye solamente una regla de

competencia judicial”). En “Barrios Altos” las leyes impugnadas eran de autoamnistía que dejaban los hechos impunes, y hay diferencias de origen y de efectos con las normas que aquí se impugnan. No es lo mismo el perdón de un nuevo gobierno democrático que el del propio gobierno bajo cuyas órdenes se cometieron los delitos (autoamnistía de Bignone).

5. *Anulación de las leyes por el Congreso*: En la causa “Simón” comentada en el acápite anterior, se decidió en su parte dispositiva declarar la validez de la ley 25.779 por la cual se anulan las dos leyes sancionadas por el Congreso de la Nación (23.492 y 23.521), conocidas como de “obediencia debida” y de “punto final”, respectivamente. Curiosamente el fallo admite que desde la perspectiva formalista sería inconstitucional la ley de nulificación, porque viola la división de los poderes y usurpa facultades judiciales, pero que en lo sustancial adelanta la solución que el Congreso considera que corresponde y no priva a los jueces de la decisión final. Considera la Corte que declararla inconstitucional para luego resolver de acuerdo con lo que aquella ley establece, “constituiría un formalismo vacío”. Quiere decir que equivaldría a resolver lo mismo dos veces. No existe en el derecho constitucional argentino la figura de la anulación de las leyes. Éstas sólo pueden ser modificadas o derogadas por el Congreso e invalidadas por el Poder Judicial mediante su declaración de inconstitucionalidad en “caso concreto”. El Congreso ha dado un *golpe mortal a la seguridad jurídica* argentina, en violación al principio de la división de los poderes del Estado. Esta convalidación por la Corte Suprema de la ley derogatoria, deja flotando un gran interrogante: ¿esto implica validar, como regla general, que el Congreso puede anular sus leyes y aún derogadas?.

Aunque las sentencias judiciales son aplicables *inter partes* y no tienen efectos *erga homnes*, no sorprendería que la doctrina pueda repetirse. Aclaro que en sus votos respectivos los jueces Boggiano y Argibay no se pronunciaron en favor de tal validez.

Viene al caso repetir lo que he escrito en dos oportunidades anteriores: Si durante décadas la doctrina y la jurisprudencia han dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el *guardián de la Constitución*, estos fallos ponen en duda esa afirmación.