

Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521¹

Esta ley no “anula” sino que “declara” la nulidad, lo cual no merece óbice alguno y además de no ser intrascendente, es positivo.

En el caso de las leyes 23.492 y 23.521 (Adla, XLVII-A, 192; XLVII-B, 1548) que el Congreso ha *declarado* nulas de nulidad absoluta, según el sentido que parecen tener las palabras “insanablemente nulas,”² será la justicia quien resolverá en definitiva si ello es así o no y si sus efectos serán o no retroactivos. El Congreso en sí no “anula” la ley; la ley ni siquiera utiliza lenguaje anulatorio, sin perjuicio de que en debate parlamentario sí se emplea más coloquialmente el lenguaje periodístico de “anular.” Pero el lenguaje formal y técnico de la ley es correctamente *declarativo*.

Ello no significa que esa declaración del Congreso sea neutra, muy por el contrario. Es que ya la CSJN tuvo en cuenta en su momento, en alguno de sus votos, la situación temporal de aquel momento y la fuerza legitimadora que de aquella solución tenía un Congreso democráticamente representativo. En una cuestión que en ese momento histórico tenía difícil andamiaje empírico sin que se pusiera en peligro la continuidad democrática, la CSJN tuvo la necesaria deferencia axiológica temporal hacia el legislador democráticamente electo.

Ahora la situación temporal y, por ende, fáctica ha cambiado y el proyecto en trámite legislativo tiene en este momento el efecto de ser fuerza igualmente legitimadora por el Congreso de la Nación, ahora de la propuesta contraria, en un momento y una realidad distintas del país, para cuando llegue a la CSJN para su decisión en los estrados judiciales.

La decisión del Congreso marca dos derroteros que deben objetivamente influir en la decisión de la CSJN y demás tribunales inferiores. El primero es indicar el contexto sociopolítico empírico, en que ya no se arriesga la continuidad de la vida democrática como pudo temerse en el pasado; en que, incluso, *se apuesta a la futura continuidad de la democracia y vigencia del Estado de Derecho* dando, como lo hace la propia Constitución de 1994, claras señales para futuros golpistas o futuros autores de delitos de lesa humanidad. Esa es por lo demás la orientación tanto internacional como interna.

El segundo es el elemento político que la CSJN vio en su oportunidad en las leyes 23.492 y 23.521. Ellas mostraban a la CSJN el criterio legitimador de la mayoría democrática del momento, en la evaluación política del momento sobre las posibilidades jurídicas de castigar los delitos de lesa humanidad.

¹ O la declaración, por ley, de la insanable nulidad de las leyes 23.492 y 23.521, por violación al derecho imperativo internacional (“*ius cogens*”) o derecho de gentes, u orden público internacional. Utilizamos el texto normativo como título del presente comentario en un mudo homenaje a la tragedia del poder y la ley que inmortaliza Hamlet y a las demás obras dramáticas que a su vez ha generado, utilizando párrafos y personajes de la obra de SHAKESPEARE, “The insolence of office,” “The law’s delay,” “The rest is silence,” todo Hamlet está presente aquí en nuestro propio drama nacional.

² Nos remitimos al texto y debate parlamentario publicados por la editorial LL, Suplemento especial de “Antecedentes Parlamentarios,” Nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida. Debate en Diputados, Buenos Aires, agosto del 2003. El proyecto aprobado en Diputados dice “Decláranse insanablemente nulas las Leyes N° 23.492 y N° 23.521.” Es el mismo que sancionó Senadores y por ende promulgará el P.E. como ley.

Un tercer elemento de análisis está resuelto *ex ante* en el caso *Barrios Altos*, de Perú,³ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias son obligatorias en el plano interno como lo ha señalado nuestra CSJN a partir de los casos *Giroldi*⁴, *Bramajo*⁵, *Arce*⁶ etc. También está resuelto por nuestra propia CSJN, en su anterior composición, en el caso *Priebke*.⁷ Los delitos imputados a *Priebke* eran de menor entidad que los cubiertos por las leyes locales 23.492 y 23.521. La CSJN nuestra no consideró que fueran delitos comunes ni crímenes de guerra, que podían entonces prescribirse. Resolvió que eran delitos de lesa humanidad, por ende imprescriptibles y todo lo demás que ello supone.

En *Priebke* la CSJN señaló que a su juicio el caso encuadraba *prima facie* en los preceptos de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (cons. 2° y 3°), pero “Que la calificación de delitos contra la humanidad no depende [...] sino de los principios de *ius cogens* del Derecho Internacional,” cons. 4°.

No se trata de una hipótesis de inconstitucionalidad sobreviniente, que es una alternativa que otras veces se ha presentado. En este caso es una hipótesis de posibilidad sobreviniente de declarar la inconstitucionalidad —y violación al derecho de gentes— que siempre existió.⁸

³ En realidad existen precedentes universales “como muestra de la voluntad internacional de concluir con la tradición de las amnistías dictadas al finalizar la guerra,” como recuerda ZUPPI, ALBERTO LUIS, “La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional,” Premio Estímulo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 10 y sus referencias.

⁴ CSJN, *Giroldi*, Fallos, 318: 514, LL, 1995-D, 462, RAP, 215: 151 (1996) con nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales;” antes publicado bajo el título “La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional,” Cuadernos de Fundejus, año 3, N° 3, Buenos Aires, 1995, p. 23 y sigtes.; también en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de ALBERTO RAMÓN REAL*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pp. 265 y ss.

⁵ CSJN, *Bramajo*, Fallos 319-2: 1846, LL, 1996-E, 409; DJ, 1997-2, 195.

⁶ CSJN, *Arce*, LL, 1997-F, 696, con nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, pp. 165 y ss.

⁷ CSJN, *Priebke*, JA, 1996-I, 328. (1995.) Lo hemos comentado, al pasar, en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 53, nota 11.3., como “joya de concisión y acierto” junto a, precisamente, los ya citados *Giroldi*, *Arce* y otros que indicamos en la p. 225. También lo comenta favorablemente ZUPPI, op. cit., ps. 44-5, quien señala que allí “la Corte Suprema reconoce la existencia de un derecho penal internacional que aplica reglas diferentes a las de la tipificación doméstica, lo que es correcto” (p. 45); o, como dice el propio considerando 4° del fallo, “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirentes o requeridos en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional.”

⁸ Esto no es una crítica a las razones que tuvo el Congreso para adoptar la solución que adoptó en aquel momento. En las circunstancias, fue claramente el ejercicio del arte de lo posible. Lo posible ha mutado ahora, por ello cambia también la solución jurídica. Esto no es “Realpolitik,” es a lo sumo “Juristische Realpolitik.” Algunos periódicos utilizan la expresión “legal Politik.”