

CAPÍTULO VII

PEREYRA. EL MÉTODO EN UN CASO DE DERECHO: HECHOS, VALORACIÓN, NORMAS.

SUMARIO

| | |
|--|------------|
| 1. Las etapas metodológicas..... | Mét-VII-1 |
| 2. Los hechos | Mét-VII-2 |
| 3. Valoraciones..... | Mét-VII-3 |
| 4. Las normas..... | Mét-VII-6 |
| 4.1. Normas legales..... | Mét-VII-6 |
| 4.2. Normas de facto | Mét-VII-8 |
| 5. Otra forma de analizar las valoraciones: La jurisprudencia de intereses. <i>Critical Legal Studies</i> | Mét-VII-11 |
| 6. Un fallo de la Corte Suprema | Mét-VII-12 |
| 7. Otra ley..... | Mét-VII-13 |
| 8. Conclusión | Mét-VII-13 |
| 9. El fallo <i>Pereyra</i> | Mét-VII-13 |

Capítulo VII

PEREYRA. EL MÉTODO EN UN CASO DE DERECHO: HECHOS, VALORACIÓN, NORMAS

1. *Las etapas metodológicas*

El caso de un Testigo de Jehová que aquí analizaremos es un útil aunque doloroso problema para ver el proceso de análisis y reflexión en un caso concreto de derecho, que debe pasar secuencial, precisa e inexorablemente por tres etapas sucesivas: 1º) Hechos, 2º) valoraciones, 3º) normas.¹ En el camino nos topamos inevitablemente con una cuestión de filosofía del derecho. El fallo no hace discursos ajenos al punto concreto a decidir, y tiene todo el valor de la franqueza y la claridad. Pero así como dos teorías opuestas sirven mejor que una sola para explicar un fenómeno (OPPENHEIMER), puede ser útil al lector escudriñar también la solución contraria.² Y de paso indagar un poco más en el método de análisis

¹ Por cierto es difícil separar nítidamente los tres aspectos, pero al menos es útil intentar focalizar cada uno separadamente. Ver también GORDILLO - FLAX (dirs.), *Derechos Humanos*, 6ª ed., 2007, “El caso de los exploradores de cavernas,” “El caso de la prohibición de fumar,” “*E.F.E.*” El caso *E.F.E.* constituye una hipótesis de búsqueda o no de solución justa dentro de las normas aplicables, que la CSJN resolvió eligiendo la norma injusta. Aquí se trata de interpretar la norma y los hechos, justa o injustamente según veremos. Para que el análisis sea fructífero, bueno es ver primero cuál es la solución justa ante los hechos del caso y recién entonces resolver cómo leer las normas y principios aplicables.

Pues entre los principios jurídicos aplicables está el constitucional y supraconstitucional de razonabilidad, que con razón se equipara a la justicia natural (CASSAGNE, JUAN CARLOS, “De nuevo sobre los principios generales de derecho en el derecho administrativo,” *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1995, n° 19/20, p. 297 y ss., 303-4; o como dice este mismo autor, se trata a veces de la búsqueda de “una única solución justa.” *Derecho administrativo*, t. II, 5ª ed., Buenos Aires, 1996 y sus referencias de la nota 74, p. 116.)

De donde la justicia, lejos de ser un concepto infralegal, es un concepto suprallegal. Lo mismo ocurre a título expreso en diversas normas de derecho internacional, como se puede advertir en el art. III inc. 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y hasta en el derecho internacional de la compraventa de mercaderías: ZUPPI, ALBERTO L.: “La interpretación de la Convención de Viena de 1980 (CISG). (Compraventa internacional de mercaderías),” *LL*, 2003-A, 1130.

² O como dice POPPER, “los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia.” En derecho ambas soluciones, desde luego,

y resolución de casos de derecho.³ Desde luego, el debate no es fácil: “Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones, y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual.”⁴ En ese espíritu emprendemos este comentario.⁵

2. *Los hechos*

Un miembro de los Testigos de Jehová (que como es de público y notorio conocimiento se niegan por su fe a recibir transfusiones de sangre, saludar los símbolos patrios en cualquier país del mundo, etc.) convocado durante el último gobierno de facto como conscripto y negándose a vestir el uniforme y saludar la bandera o portar armas, estuvo preso durante varios años, condenado por un tribunal militar.

Como recuerda el fallo, el actor “fue condenado a prisión, desde el 17 de julio de 1979 y hasta el 7 de febrero de 1983, por un Tribunal Militar de la Armada Argentina que lo consideró incurso en el delito de insubordinación por haberse negado a vestir el uniforme, armarse en defensa de la Patria y prestar acatamiento y respeto a los símbolos nacionales, en razón de sus creencias religiosas, en su condición de Testigo de Jehová.” (Cons. 1°)

están signadas por el destino común de la humana falibilidad. Pues como dijera CARDOZO: “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación, y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.” (CARDOZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, reimpresión 1952, p. 166.) En palabras de POPPER, no idolatremos “el ídolo de la certidumbre... la adoración de este ídolo reprime la audacia y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su posesión del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su indagación de la verdad [realidad] persistente y temerariamente crítica.” “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien... la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales, y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas;” “en la lógica de la ciencia que he bosquejado es posible evitar el empleo de los conceptos de verdadero y falso... no es menester que digamos que una teoría es falsa, sino solamente que la contradice cierto conjunto de enunciados básicos aceptados...” Estas referencias en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 2009, 10ª ed., cap. I.

³ Ver MILJIKER, MARIA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filológico,” *LL*, 2007-A, 777 y en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 951 y ss.

⁴ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 10ª ed., p. 8.

⁵ Este comentario se emparenta con otro que hiciéramos en materia de servidumbre de electroducto, sin haber logrado en un par de años que los cursantes del post-grado descubrieran cuál es el error de razonamiento que invalidaba nuestra nota en ese momento, pues una reforma posterior al régimen tarifario dio lugar a su vez a la solución nuevamente opuesta. Ver nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, 1996, cap. X.

Para determinar qué tipo de culto se trata, puede considerarse también el hecho de que estuvo prohibido por la administración desde 1976 hasta 1980,⁶ pero no hasta 1983. O sea, no se aplicó ni siquiera el principio de la norma *de jure* o *de facto* más benigna: El actor siguió cumpliendo pena de prisión luego de estar suprimida la prohibición —por lo demás inconstitucional— de su culto.

Hoy sabemos que es un culto o creencia reconocido y amparado, internacional y constitucionalmente,⁷ y ese reconocimiento no puede razonablemente desconocerse en sus efectos —al menos actuales— por lo que a esta situación del pasado se refiere.⁸

Diversos pronunciamientos judiciales reconocen actualmente a dicho culto como legítimo ejercicio de la libertad religiosa, por ejemplo a propósito de su conocida negativa —fundada en sus creencias— a recibir transfusiones de sangre.⁹ En otras palabras, no se formula hoy reproche fáctico a dicho culto.

Al actor no se le han tampoco reprochado, ni siquiera en 1979, actividades subversivas —que incluso ya para entonces posiblemente no existían— ni de otro modo atentatorias contra aquel régimen: Solamente las circunstancias descritas en el fallo.

No sería lógico siquiera que el caso despertara hoy las pasiones de otrora:¹⁰ La cuestión debatida en esta *litis* es si en democracia se repara o no la prisión injustamente sufrida a manos de tribunales militares de una dictadura militar.

3. Valoraciones

Luego de analizar los hechos es fundamental continuar con las valoraciones del caso antes de entrar al análisis normativo de detalle. (Sí los grandes principios, que en definitiva están cargados de valoraciones.) Es metodológicamente útil

⁶ Decretos 1.876/76 y 2.683/80.

⁷ Ver por ejemplo CSJN, *Bahamondez*, LL, 1993-D, 125.

⁸ Es parte del viejo dilema que plantea GUSTAV RADBRUCH en *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, traducción de MARÍA ISABEL AZARETO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. Hemos vuelto sobre el problema en “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en el libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, *Values in Global Administrative Law*, Londres, Hart, 2011 (en prensa), cap. XV.

⁹ Ver el citado fallo *Bahamondez* de la CSJN, LL, 1993-D, 125, votos de CAVAGNA MARTÍNEZ y BOGGIANO; *Prestaciones Médico Asistenciales s/ autorización*, agosto de 1996; LORENZETTI, RICARDO, “El derecho a rechazar tratamientos médicos y el derecho a morir en la reforma al Código Civil,” *JA*, 8-VI-94; “Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos,” LL, 1997-F, 601.

¹⁰ La sola mención del tema, además de sus posibles connotaciones de dogmática jurídica (ley ulterior penal más benigna, arts. 29 y 36 de la Constitución nacional, etc.) y de valoración —tanto por los que están o estuvieron a favor o en contra de la subversión, represión legal e ilegal, víctimas, etc.—, tiene un claro aspecto emotivo: Metodológicamente es muy difícil, pero necesario, realizar a este respecto un análisis que tome cuenta de las emociones o pasiones que el múltiple tema despierta y las canalice en un análisis racional del caso. Cualesquiera que sean los sentimientos que al respecto se alberguen, debe cuidarse que no empañen los hechos, en uno u otro sentido.

entrar a los textos de detalle solamente luego de haber esclarecido en la propia mente los aspectos emotivos y axiológicos que a veces nos llevan a un enfoque determinado sin que nos demos cuenta.

En el análisis jurídico de un caso resulta necesario que las emociones y los valores no sean producto de una reacción instintiva sino transvasados a través de una reflexión puntual, antes de estudiar las normas de detalle. (Que pueden congelar el razonamiento y los preconceptos.) Ello siempre es cuestión espinosa y en este caso más por rozar un pasado reciente muy difícil y una cuestión de cultos. Pero como decía BERTRAND RUSSELL, los juicios de valor también son susceptibles de análisis racional.

Pues bien, negarle al actor la reparación en base a que no era un particular ni un “civil” sino que tenía “estado militar,” esto es, era miembro de las fuerzas armadas (por su condición de conscripto forzoso y condenado por no vestir el uniforme ni saludar la bandera, etc.), es injusto en el caso de cualquiera que reclama por años de prisión precisamente por no haber querido asumir algunos aspectos básicos de tal condición o estado militar.¹¹ Si reiteramos que se trata de una persona que estuvo años presa por sus creencias, por su culto o fe, es más doloroso. Y no cabe desdeñar que algunas cosas terribles también pasaban en aquel entonces, suficientes para que alguien pudiera en conciencia sentir que no quería ser parte de ellas.

Si consideramos que el fallo puntualiza que el actor se había presentado “—voluntariamente o no (situación no aclarada en autos), poco importa—,” parece ya insensibilidad hacia la religión o culto ajeno. Que en aquel entonces no hubiera reconocimiento operativo a la objeción de conciencia no quita que hoy sí lo haya.¹² Hoy no puede decirse que poco importa; antes tal vez sí, hoy no.¹³ La afirmación de que “poco importa” al tribunal incluso que se lo hubiera capturado, que ello tampoco hubiera cambiado su encuadre, no parece compatible con asignarle o discernirle estado militar a un civil quizás capturado, y resulta lesivo a la

¹¹ Sin duda esenciales desde un criterio militar, pero tal vez obviables a través de un sistema de servicio civil, como los hay para los objetores de conciencia, a fin de cumplir de otra manera con sus obligaciones.

¹² El voto de CAVAGNA MARTÍNEZ y BOGGIANO en *Bahamondez* expresa que la libertad religiosa, a propósito de las transfusiones de sangre y los Testigos de Jehová, “incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona...”

¹³ Esto es lo que enfatiza CARRIÓ al señalar que debe tomarse en cuenta el transcurso del tiempo y el consiguiente cambio en las valoraciones sociales, circunstancias socioeconómicas, etc. Ver CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, pp. 32-4, puntos G y K. En otro sentido dice LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 12, que: “Las reglas cambian mientras son aplicadas;” ver también ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328; COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, p. 122.

sensibilidad civil contemporánea.¹⁴ Decir en tales condiciones que tenía “estado militar” no parece hoy¹⁵ ajustado a la realidad, o por lo menos haberla forzado mucho, y a juicio de un civil es un disvalor —al menos en la actualidad. La clave de la libertad es respetar tanto la ajena como la propia. La de la fe puede llevar a la intolerancia fundamentalista o al bíblico amor al prójimo. Es cuestión de elegir, desde el corazón. Aunque sea en defensa de la propia libertad y de la propia fe, hay que tutelar la de los demás. El uniforme, los símbolos, etc., que la fe del actor no acepta (sin razón, pero ya lo sabe el lector desde Santo Tomás, no se razona con la fe ni se tiene fe con la razón), le llevaron al sufrimiento espiritual y material que el gobierno una vez le impuso y simbólicamente —lo que para él es cuestión de fe— ahora le recuerda. Se le vuelve al pasado y a los castigos que ya sufrió por sus creencias. No se tiene en cuenta el transcurso del tiempo, que estamos en otra etapa de la historia argentina. Antes estuvo realmente preso de un sistema, no se debió reintroducirlo a él sin más comprensión a su espiritualidad, más tolerancia por la diversidad. Una solución adversa al ex preso de conciencia es —al menos ahora— violatoria de la libertad de fe y de creencias, discriminatoria: Lesiona tanto la Constitución como el derecho supranacional, y el derecho natural a una solución justa más allá de los rigores de la norma si existieren. El simbolismo impuesto a quien precisamente por su fe descrea de los símbolos también resulta angustiante para quienes lo contemplamos.

El interrogante a formularse entonces, y ese será el tercer paso de la argumentación, es si las normas del caso permiten una solución justa, respetuosa de una fe ajena sostenida incluso hasta el sacrificio: Pues lo menos que merece es una humilde reverencia. Casi cuatro años de prisión por una creencia religiosa relativamente universal, reconocida en el país y fuera de él, guste o no dicha creencia a los que profesan otra, debe merecer la solidaridad de los que creen, basada cuanto menos en el amor al prójimo. Estas valoraciones, por supuesto, pueden no compartirse. Si las tomáramos provisionalmente, veamos qué pasa con el derecho positivo.

¹⁴ Aceptamos como lógico que un militar pueda sentir lo contrario, que no tomar las armas en defensa del Estado es un disvalor; pero esa no es la situación del tribunal civil que tiene que resolver al presente el reclamo reparatorio.

¹⁵ Reiteramos la idea de GENARO CARRIÓ, que el transcurso del tiempo modifica la percepción de los hechos y también las valoraciones sociales. La apreciación de los hechos por este fallo es compatible con la percepción que el tribunal militar tuvo de los hechos a la época citada y superada, pero no lo es con su percepción en la época actual en que se dicta la sentencia del tribunal civil. Una cosa es valorar el caso con ojos militares de 1977, otra con ojos civiles de 1997: Es lo mismo que ocurrió con las leyes de olvido y punto final, tal como lo explicamos en “Declaráranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, 1506-1507 y en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, op. cit., t. II, p. 957. No parece congruente retrotraer el análisis valorativo a la época en el daño se infligía, en lugar de ubicarlo en la época en que se contempla su reparación.

4. *Las normas*

4.1. *Normas legales*

El fallo contiene la simbiosis de un anterior pronunciamiento dividido de la misma Sala: Sus votos contrapuestos contenían la tensión antagónica entre la búsqueda de la solución justa y la dogmática jurídica.¹⁶ Aquí la tensión no existe, se hace exégesis. Allá era un oficial, aquí un soldado que no fue. Allá y acá eran derechos patrimoniales de índole social. Allá los denegaron en fallo dividido, acá en fallo unánime. Es difícil encontrar el hilo conductor.¹⁷ Sólo distintas filosofías en juego.¹⁸ Dogmática jurídica o búsqueda de una solución justa para el caso.

El pronunciamiento invoca el aspecto de la legalidad originaria de la detención “desde un punto de vista formal,” como el eje de la ley 24.043, sin importar su materialidad. El énfasis en lo formal ya muestra el alejamiento del iusnaturalismo, como filosofía jurídica.¹⁹ Se recuerda que “la prisión que se le discerniera” se debió a “considerárselo incurso en el delito militar de insubordinación, le fue aplicada por el tribunal militar competente, en uso de una jurisdicción propia, ajena a la excepcionalidad ejercida durante el lapso considerado en la normativa de la ley 24.043;” no considera el fallo que se haya tratado de una de “las detenciones ilegítimas que tuvieron lugar durante el último gobierno de facto.”

Remontándonos a los antecedentes parlamentarios, que como luego veremos los hay en distintos sentidos, recuerda el fallo que “la finalidad de la ley fue otorgar una compensación económica a personas privadas injustamente de su libertad durante la vigencia del estado de sitio.” (Cons. 6°)

En primer lugar, la restricción a los detenidos “por el estado de sitio” no es lo que surge del texto de la ley, ni de su espíritu. En segundo lugar, si el fallo acepta que la ley busca compensar a los detenidos “injustamente,” no se advierte la justicia

¹⁶ “Dos filosofías y dos percepciones fácticas en materia previsional,” *LL*, 1996-E, 111, nota al fallo *B., R.A. c/Estado Mayor General del Ejército*, CNFed. CA, Sala I.

¹⁷ Lo cual sirve para demostrar aquella verdad tan eterna como el derecho, que éste ha sido, es y será siempre una ciencia de casos singulares y concretos. Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en su prólogo a VIEHWEIG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964, p. 12. “La ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares;” en sentido similar CASSAGNE, JUAN CARLOS, “De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo,” en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1995, n° 19/20, p. 300, donde critica “la utilización del método axiomático y deductivo... por el que se pretendía extraer de cada axioma una cadena de consecuencias por medio de la deducción.” O como dice CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, *op. cit.*, p. 161, “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados,” esto es, grandes principios; en igual sentido también LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 7, refiriéndose al derecho supranacional.

¹⁸ Como señala CUETO RÚA, tampoco está demostrado que sea indispensable utilizar siempre la misma filosofía jurídica.

¹⁹ Es curioso además que el fallo tome como momento del acceso al estado militar hechos y no actos jurídicos. No toma la recepción de la citación ni el acto de jura de la bandera, ni siquiera la sentencia del tribunal militar, sino el hecho físico de hallarse materialmente presente en el cuartel, por la coerción o la coacción, “poco importa.”

de ser prisionero de conciencia o prisionero de fe, a pesar de tantos ejemplos de diversos grados de martirologio en la historia universal de las religiones.

No hablamos de los “martirologios” que involucran actos positivos de daño, como los de quienes se autoinmolan junto a sus víctimas, sino de los martirologios en los cuales se paga solamente por creer en algo distinto. Tampoco parece justo, aun en la óptica de aquel entonces, que la prisión subsistiera por tres años más luego de la derogación del decreto que prohibía el culto en cuestión.

También de los antecedentes de la ley, el fallo obtiene la afirmación de que esto comprende el caso de personas que estuvieran detenidas por tribunales militares, y que “estas actuaciones fueron dejadas sin efecto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego de muchos años de detención.”

Concluye que el criterio aglutinador es “la ilegalidad originaria de la detención, considerada desde un punto de vista formal —con independencia de la materialidad o sustancia del hecho atribuido al detenido—, por ausencia de competencia de quien la ordenó dentro del marco del ordenamiento constitucional ordinario,²⁰ en el que el Poder Ejecutivo carece de ella respecto de cualquier habitante y los tribunales militares en relación a aquellos que no se encuentran sujetos a su jurisdicción, estatutos y disciplina.” (Cons. 6º, 3º párr.)²¹

Para este fallo era entonces “soldado” insubordinado, hubo tribunal militar, estaba todo —formalmente, la materialidad del caso le es específicamente independiente— en orden.

Sin embargo, ¿se adquiere el status de soldado cuando la persona se niega desde un primer momento a vestir el uniforme, portar armas y jurar la bandera? El que recibe la notificación de presentarse, ¿tiene automáticamente y de pleno derecho estado militar? ¿La convocatoria produce *ope juris* ese efecto? ¿Sin jurar la bandera? ¿Es lógico imaginar como “soldado” o militar a alguien que no se ha puesto nunca el uniforme, no ha jurado la bandera ni ha portado jamás armas?

²⁰ ¿Hay otro? El fallo parece inscribirse dentro de la tesitura de las Constituciones paralelas, vigente entonces pero ya no hoy.

²¹ Fundamenta el estado militar en los decretos leyes 17.531 y 19.101, como producido para un civil a partir del instante preciso de “presentado... ante una autoridad militar para la asignación de destino.” Sin embargo, si esas normas tenían dicha solución, cuestión dubitable, en todo caso han cesado en su vigencia por no existir ya más civiles que deban hacer el servicio militar forzoso. Si en derecho penal se aplica la ley posterior más benigna, con mayor razón debe hacérselo cuando se trata no de castigar, sino de indemnizar por el castigo. Ese civil de hoy al que no le será aplicable, como a ningún otro, la jurisdicción militar, es el civil de ayer al que la ley más benigna tiene que considerar sin estado militar al cruzar el portón del cuartel. Pensamos en todo caso que el momento de nacimiento del vínculo jurídico se lo puede ubicar sea en la notificación de la convocatoria o designación, o en el acto solemne de jura de la bandera, pero no en el acto material de entrar —por la coerción normativa o la coacción física— al cuartel o al despacho del oficial convocante. Siguiendo ese razonamiento, el momento de la captura ¿podría también concebirse como nacimiento del estado militar?

Es casi autocontradictorio. El actor estuvo preso y fue condenado desde su condición originaria de civil, de persona particular, no de soldado, condición que objetiva y subjetivamente nunca adquirió.

En el servicio civil para ser considerado agente del Estado hace falta además de designación tomar el cargo, o posesión del cargo como se suele decir en la función pública.

En el servicio militar resulta lógico aplicar la analogía o el paralelismo de las formas: No parece razonable considerar que se adquiere el carácter de agente militar del Estado sin haber llegado siquiera a vestir el uniforme, ni jurado la bandera.

El juramento a la bandera es un clásico de cualquier organización militar, un rito de pasaje como dirían los antropólogos: No se pasa a la siguiente condición, no se cambia de status sin ese acto fundamental.

En un sistema pleno de símbolos patrios, no parece que sea neutro y carente de significación no cumplirlos, no realizar ningún rito de pasaje: Podrá resolverse que merece sanción privativa de la libertad, pero no puede “resolverse” que “es” lo que empíricamente “no es.” Ese planteo es insoluble.

No creemos que pueda haber ejemplo más claro de preso de conciencia que el de un preso por razón de su religión. Que los tribunales militares de entonces lo hayan condenado, sin producirse en aquel momento revisión judicial oportuna (la referencia a que estas decisiones fueron dejadas sin efecto por la Corte Suprema no parece tener sustento fáctico en el *sub lite*) y la decisión se haya ejecutado incluso luego de haberse revocado la prohibición del culto, no parece dogmática jurídica suficiente para sustentar una decisión hoy injusta.

El fundamento que distingue entre particulares y conscriptos privados de su libertad se enfrenta también a la realidad actual y a los valores de nuestra sociedad contemporánea, en que ya no existe servicio militar obligatorio; esa persona no hubiera estado presa si se hubiera respetado su libertad de conciencia y de creencia; no estaría presa hoy. No debió estar presa nunca, pero tampoco entre 1980 y 1983 a estar al propio gobierno de entonces, pues derogó la prohibición en 1980.

El sentido de las reglas cambia con el transcurso del tiempo, incluso mientras son aplicadas, y además ellas mismas cambian;²² siempre han de amoldarse a un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, otro contexto sociopolítico, etc.²³

4.2. Normas de facto

De todo ello debe hacerse cargo el intérprete. No pudo en 1997, sin más, analizarse un aspecto relativo a una ley *stricto sensu* de ese fin de siglo, de la misma manera que un tribunal militar juzgó durante el proceso, hace veinte años, la

²² LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 12.

²³ CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, op. loc. cit.

aplicación de decretos leyes, actas institucionales y actos administrativos del gobierno de facto.

Que el fallo las llame “leyes” y al ordenamiento superior lo designe como “constitucional” (presumiblemente, no normal) es un viejo vicio semántico de nuestra jurisprudencia y nuestra legislación que venimos denunciando sin éxito desde 1966.²⁴

Pero el carácter de “ley” y no de “decreto ley” no se adquiere semánticamente por prescripción. Nuestra Corte Suprema ha reconocido más de una vez la necesidad de cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos²⁵ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que: “Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*”²⁶ En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno.”²⁷

²⁴Lo hemos señalado primero en “Análisis crítico de la ley de desarrollo,” *Revista de Legislación Argentina*, n° 2, Buenos Aires, 1966, p. 88 y ss., y lo reiteramos en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447 y 448; “La promulgación y publicación de las leyes,” revista *Derecho del Trabajo*, La Ley, año XXX, 1970, 11: 706, reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 895. Desde entonces hemos utilizado siempre la terminología “decreto ley” para referirnos a los actos materialmente legislativos de los gobiernos de facto; lo hemos reiterado en todas las ediciones de nuestro *Tratado de derecho administrativo*. La terminología “políticamente correcta” parece no llegar nunca a la Nación, ni siquiera al Poder Judicial de la Nación; tampoco al Congreso, mucho menos al Ejecutivo; ni siquiera la doctrina ha resuelto *aggiornarse*. La provincia de Buenos Aires, en cambio, la utiliza como se debe desde 1983. Veintisiete años después, todavía pocos se anotician en la Nación, no obstante que lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro representante en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que de acuerdo a los fallos *Giroldi* y *Arce* de nuestra Corte Suprema deberíamos estar cumpliendo y honrando, como explicamos en la nota siguiente. Hemos vuelto sobre el tema en “Cuarenta y cuatro años continuos de Ley en la Argentina, desde 1966 al presente,” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales, op. cit.*, t. I, p. 299; ver también GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “Un debate epistolar y generacional,” *LL*, 2006-F, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” *LL*, 2007-A, 777; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” en *Res Publica Argentina*, *RPA* 2007-1: 83-92, Buenos Aires, Rap, 2007.

²⁵*Giroldi*, *LL*, 1995-D, 462, *Arce*, *LL*, 1997-F, 696, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado.”

²⁶Párrafo 22 de la Opinión Consultiva n° 6/96.

²⁷Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996*, Washington, D.C., 1997, p. 65.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos define pues como leyes “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, *emanada de los órganos legislativos* constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes *para la formación de las leyes*,”²⁸ pues “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables;”²⁹ es la legislatura electa y no otra autoridad constitucional o de facto la que tiene la potestad legislativa.

Todo ello ha sido reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:³⁰ El principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos en el plano internacional, como también lo reconoce la Corte Suprema en *Arce* al citar lo expresado en representación del país nada menos que por nuestro representante en Naciones Unidas. No podemos nacionalmente contradecir nuestra palabra internacional, sin sufrir el descrédito consiguiente, que luego se manifiesta en los votos de los países con los cuales interactuamos en organismos (FMI) o redes (Club de París, G-20, etc.) internacionales.

Ahí está parte de otro problema que aqueja el fallo: No tomar en cuenta que axiológicamente no son fuentes equiparables de derecho, aunque cabe reconocer que toda la sociedad argentina o por lo menos los tres poderes del Estado padecen la misma grave inconsecuencia, junto a la casi totalidad de la doctrina argentina, en cualquier materia de derecho público o privado.³¹ Es una de las tantas falencias democráticas que anidan en el alma argentina y se renuevan a través de la historia.

Se soslaya en el fallo, pues no se desconoce,³² que el origen de la ley 24.043 es dar cumplimiento a una solución transaccional de la Nación argentina ante los estrados internacionales para no tener una condena internacional.³³ Esa solución amistosa la debemos honrar de buena fe, y dentro del espíritu que fue concebida, para no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, que es la de todos nosotros; la derogación en 1980 también fue por reclamos internacionales. El solo hecho de indemnizar es propio de esta época, no de aquella: Es entonces con ojos de esta época que debe vérselo.

Con lo cual a nivel de fuentes del derecho para resolver afirmativamente la pretensión tenemos el texto de la ley, su espíritu, sus antecedentes parlamentarios, sus antecedentes internacionales, y el principio constitucional y supraconstitucional de razonabilidad, justicia, no discriminación.

²⁸ Opinión Consultiva número 6, párrafos 23 y 32.

²⁹ OC 8, párrafo 24.

³⁰ FAPPIANO, OSCAR LUJÁN, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, párr. 31, p. 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³¹ Ver las referencias efectuadas *supra*, notas 3 y 24.

³² “¿Una excepción a la Ley n° 24.447?” LL, 1995-D, 292, nota al fallo de la CS en *Birt*.

³³ Como se explica en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, 2009, 10ª ed., cap. VI, p. 13, § 1.6.: “Las soluciones amistosas o transacciones internacionales.”

Si se falló contrariamente con fundamento en la dogmática jurídica fue primero porque se desvió antes la mirada fáctica y la previa percepción valorativa, confundiendo al soldado que no fue con alguien con pleno estado militar, y segundo porque se perdió de vista el aspecto axiológico de la solución justa al caso. Los hechos y la valoración distorsionaron la exégesis normativa.

5. *Otra forma de analizar las valoraciones: La jurisprudencia de intereses.*
Critical Legal Studies.³⁴

No hace falta ser iusnaturalista³⁵ para necesitar racionalmente ubicarse en el caso desde un punto de vista axiológico antes de ir al análisis normativo. Pero si vamos a la filosofía de la “jurisprudencia de intereses” quedan otras consideraciones por efectuar. Una es la voluntad de las propias fuerzas armadas de restablecer nuevas y mejores relaciones con la comunidad, proceso que la Armada se encontraba cumpliendo, a la época en que el fallo se dictó. No era este fallo la mejor sugerencia que hubiera hecho en ese momento un asesor en relaciones públicas.

Otra línea posible de razonamiento en esta última filosofía, para la solución del fallo, sería la del estado de quiebra de las finanzas públicas. Ya tuvimos muestras en *Horvath*,³⁶ *Chocobar*³⁷ y más.³⁸ El problema de tal razonamiento es que él puede servir para sustentar una orientación legislativa, no para contrariarla, y en el presente caso la ley se orienta hacia el pago justo, no el no pago.

Algunos pronunciamientos son severos con civiles a quienes la condición militar se aproximó³⁹ Pero esto no puede fundar un fallo y adolece nuevamente del problema de buscar generalizaciones o reglas allí donde no las hay ni puede haber.⁴⁰

³⁴ Para una orientación respecto a la bibliografía ver MILJIKER, “¿Ley 19.549 o Decreto-ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” *op. loc. cit.*; comparar también MILJIKER, MARÍA EVA, y AHE, DAFNE, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado,” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales, op. cit.*, t. IV, p. 1207 y ss.

³⁵ Filosofía que no solamente puede ser empleada a conciencia por quienes profesan la fe católica sino por todos los que aspiran a una sociedad justa. (Ver también COVIELLO, PEDRO J. J., “Concepción cristiana del Estado de Derecho,” *ED*, 129: 923.)

³⁶ *LL*, 1995-D, 718, con nota “Ninguna clase de hombres...”

³⁷ *LL*, 1997-1, p. 749 y ss.

³⁸ CSJN, *Recife*, 27-X-94, *Periódico Económico Tributario*, 1-XII-94, con nota de ORDOQUI, DAMIÁN, “Un fallo tributario de la Corte y el derecho en retirada, cuando las cuentas no cierran,” pp. 1, 4 y 5; ley 24.463, arts. 1º, 16 y 22; CORTI, HORACIO GUILLERMO, “Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución,” *LL*, 1997-F, 1033; CSJN, *in re Peralta*, 1990, *LL*, 1991- C, 140; art. 21 de la ley 24.624/95, incorporado como art. 68 de la ley 11.672; ley 24.447, comentada en “Emergencia residual en la deuda pública interna,” *LL*, 1995-C, 839.

³⁹ CNFed. CA, Sala V, *Centurión Andrés F. c/ Estado Mayor General del Ejército*, *LL*, 1997-E, 548, con nota “Responsabilidad administrativa para los ex conscriptos,” CNFed CA, Sala III, *Rin-audo*, *LL*, 1995-E, 503, con nota “La implacable tasa de justicia.”

⁴⁰ Nos remitimos a las citas de GARCÍA DE ENTERRÍA, CARDOZO, LORD DENNING, etc., en las primeras notas de este comentario.

Siguiendo argumentalmente con esta filosofía se podría decir que la solución favorable al objetor de conciencia puede constituir un desincentivo a cumplir con las obligaciones militares.

Sin embargo, ello no es aplicable cuando se ha suprimido el servicio militar obligatorio y se ha pasado al sistema de fuerzas armadas profesionales: En tal caso pensamos que lo primero que se le puede pedir al interesado es que esté dispuesto a vestir el uniforme, saludar los símbolos patrios, manejar las armas y cumplir con todas y cada una de las demás obligaciones que corresponden al estado militar. No existe pues fundamento relativo al buen orden de las fuerzas armadas que tenga aplicación a los hechos del presente caso. En otras palabras, no hay solución acorde al fallo dentro de la jurisprudencia de intereses. Tampoco en la justicia natural. Y la resolución apropiada en la dogmática jurídica quizás no es la que eligió la sentencia, sino la opuesta. ¿Por qué? Respetuosamente proponemos que es por no seguir la secuencia de 1º) hechos, 2º) valoración, 3º) normas.

6. *Un fallo de la Corte Suprema*

Esta conclusión diferente a la del fallo está de algún modo consagrada en un fallo de la Corte Suprema que curiosamente salió un día antes que el de la Sala.⁴¹ La Corte y la Sala vieron el tema al mismo tiempo pero tuvieron distintos ángulos de observación. No por jerarquía sino por mayor fuerza de convicción, enfoca mejor el problema la Corte. Dice la Corte Suprema: “Que la finalidad de la Ley n° 24.043 fue otorgar una compensación económica a personas privadas del derecho constitucional a la libertad, no en virtud de una orden de autoridad judicial competente, sino en razón de actos —cualquiera que hubiese sido su expresión formal— ilegítimos, emanados en ciertas circunstancias de tribunales militares o de quienes ejercían el Poder Ejecutivo de la Nación durante el último gobierno de facto. Lo esencial no es la forma que revistió el acto de autoridad, sino la demostración del menoscabo efectivo a la libertad.” (Cons. 5º.) La sentencia incluye expresamente como causal de indemnización la privación ilegítima de la libertad por “tribunales militares,” solución a que no arribó la Sala. Señala la Corte que “la voluntad del legislador fue «hacer justicia a todos aquellos que sufrieron una detención ilegal» ... [y que] la iniciativa fue excepcional porque excepcional había sido la situación por la que había pasado la Nación durante la última ruptura de la vigencia de las instituciones constitucionales.” “Se abarcó, pues, un amplio espectro que incluyó desde el menoscabo más radical a la libertad y a la vida —actos atentatorios de derechos humanos que podían provocar lesiones gravísimas o la muerte (Art. 4º, párrafos 4º y 5º)— hasta un menoscabo atenuado.”

Si un menoscabo atenuado como es la libertad vigilada en el caso *Noro* da derecho a indemnización conforme a la ley 24.043, cómo no va a darlo la prisión

⁴¹ CSJN, *Noro, LL*, 1997-F, 700.

sufrida por la fe. Agrega el fallo *Noro* que esta legislación —fruto, no se olvide, de una transacción en foros internacionales— tuvo “el propósito de satisfacer razones de equidad y de justicia” y que la ley “no contiene definición alguna” que permita interpretar restrictivamente el concepto de pérdida ilegítima de la libertad, el que incluye “tanto los casos que se ajustaron formalmente a la reglamentación del gobierno de facto, ...como aquellos otros en los que la persona fue sujeta a un estado de control y de dependencia falto de garantías —o sin pleno goce de garantías—... que representó un menoscabo equiparable de su libertad.” (Cons. 7°.)

El enfoque de segunda instancia (“desde un punto de vista formal —con independencia de la materialidad o sustancia...”.) aparece así contrapuesto al —por un día— anterior fallo de la Corte. (“Tanto los casos que se ajustaron formalmente a la reglamentación del gobierno *de facto*... como...”)

7. Otra ley

Posteriormente al fallo se ha dictado la ley 24.096 prorrogando el plazo originario de la ley 24.043, a casi veinte años de los hechos, lo que da una idea del renovado espíritu del legislador de tutelar tales derechos con justicia, y más allá de las normas legales formales, incluso las de prescripción. Reitera el art. 2° que ese derecho corresponde también a las personas privadas de su libertad “a disposición de autoridades militares,” “aunque hubiesen tenido proceso o condena judicial.” Si la ley sigue incluyendo desde la simple detención hasta quienes hubieren tenido condena judicial, no se comprende cómo la condena por un tribunal militar pueda no considerarse incluida dentro de las previsiones de esta legislación al referirse a la condena judicial.

8. Conclusión

El *quid* de la cuestión no está en la nueva ley ni en el fallo de la Corte, que tan sólo refuerzan la decisión que corresponde aplicar.⁴² No es el fallo, que está bien trabajado y estudiado. No son sus autores, de larga experiencia judicial.

El problema es metodológico: 1°) Se debe primero ver los hechos, 2°) y luego buscar una solución justa o valiosa en el marco de los grandes principios jurídicos, 3°) para recién al final analizar la norma menor y construir la decisión. Las normas menores se leen mejor cuando se tiene una clara percepción de los hechos y la valoración del caso. Y como decía un magistrado norteamericano, un juez debe siempre poder hallar la solución justa.

9. El fallo Pereyra

“Buenos Aires, 16 de julio de 1997

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

⁴² Pues como dijera POPPER, “la corroboración no es un valor veritativo.”

1. Que el actor interpone recurso en los términos del Art. 3° de la Ley n° 24.043 contra la Resolución del Ministerio del Interior n° 2.770/96, por la que, por considerar que no se encontraban reunidos a su respecto los requisitos exigidos por el pertinente régimen, se le rechazó la solicitud del beneficio establecido por esa Ley N° 24.043, al que el accionante se consideró acreedor por haber sido condenado a prisión, desde el 17 de julio de 1979 y hasta el 7 de febrero de 1983, por un Tribunal Militar de la Armada Argentina que lo consideró incurso en el delito de insubordinación por haberse negado a vestir el uniforme, armarse en defensa de la Patria y prestar acatamiento y respeto a los símbolos nacionales, en razón de sus creencias religiosas, en su condición de Testigo de Jehová. (Cfr. fallo castrense que en copia obra a fs. 6 y ss.)

2. Que aun cuando la resolución ministerial se presenta como dogmática al negar al actor encuadrar en la preceptiva de la Ley n° 24.043, el Tribunal entiende que ella —por las razones esbozadas en el posterior dictamen de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales de fs. 34/38, los que reitera el apoderado del Ministerio en su contestación de traslado de fs. 43/48— es sustancialmente ajustada a derecho.

3. Que, en efecto, el Art. 1° de la citada Ley n° 24.043, al establecer su ámbito de aplicación personal, instituye como beneficiarios a “(L)as personas que durante la vigencia del estado de sitio hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, por decisión de éste, o que, siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares...” Respecto a estos últimos sujetos —supuesto en que pretende ser encuadrado el accionante—, el Art. 2°, inc. b) de la norma legal requiere “(E)n su condición de civiles, haber sido privados de su libertad por actos emanados de tribunales militares...”

4. Que al momento de la prisión que se la discerniera, el actor no puede ser considerado como “civil” a los efectos de lo establecido en la mentada Ley n° 24.043, habida cuenta que, en su condición de ciudadano convocado para prestar el servicio de conscripción, y encontrándose presentado —voluntariamente o no (situación no aclarada en autos), poco importa— ante una autoridad militar para la asignación de destino, tenía “estado militar” (ver Art. 13 de la Ley n° 17.531), lo cual, por otra parte, determinaba que se hallaba sujeto a la jurisdicción militar y disciplinaria. (Cfr. Art. 7°, inc. 1° de la Ley n° 19.101.)

5. Que ello así, se advierte que la sanción privativa de la libertad que se le impusiera al actor por considerárselo incurso en el delito militar de insubordinación, le fue aplicada por el tribunal militar competente, en uso de una jurisdicción propia, ajena a la excepcionalidad de la ejercida durante el lapso considerado en la normativa de la Ley n° 24.043, en la que el legislador plasmó su voluntad de reparar el daño causado por las detenciones ilegítimas que tuvieran lugar durante el último gobierno de facto.

6. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Barrose, Luis Alejandro*, del 12 de septiembre de 1995, tras poner de relieve que el dictado de la Ley n° 24.043 fue precedida por circunstancias relevantes a los fines de definir su ámbito personal de aplicación, y luego de recordar los antecedentes históricos inmediatos a la iniciativa —los que aquí se dan por reproducidos en homenaje a la brevedad—, concluyó que del debate parlamentario, remitiendo a las intervenciones de los diputados Corchuelo Blasco y Gentile, surgía nítidamente que la finalidad de la ley fue otorgar una compensación económica a personas privadas injustamente de su libertad durante la vigencia del estado de sitio impuesto en el último período de ruptura del orden constitucional.

Pues bien, en los fundamentos del proyecto de ley, para sustentar la razón por la que consideraba arbitraria la privación de la libertad —que en el caso de las personas puestas a disposición del PEN, atendió a que las detenciones por su duración, resultaran verdaderas condenas sin causa, negándose la opción de salida del país—, en el caso de los civiles juzgados por tribunales militares, el legislador tuvo expresamente en cuenta que “...estas actuaciones fueron dejadas sin efecto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego de muchos años de detención.”

El criterio aglutinador seguido por el legislador ha sido el de la ilegalidad originaria de la detención, considerada desde un punto de vista formal —con independencia de la materialidad o sustancia del hecho atribuido al detenido—, por ausencia de competencia de quien la ordenó dentro del marco del ordenamiento jurídico constitucional ordinario, en el que el Poder Ejecutivo carece de ella respecto de cualquier habitante y los tribunales militares en relación a aquellos que no se encuentran sujetos a su jurisdicción, estatutos y disciplina.

Por ello, a mérito de lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso interpuesto por el actor, imponiendo las costas en el orden causado en atención a la circunstancia puesta de relieve en el considerando 2.

Se deja constancia que el Sr. Juez Dr. Bernardo Licht no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. (Art. 109 RJN.)

Regístrese, notifíquese y devuélvase.”

Pedro José Jorge Coviello - Néstor Horacio Buján - Silvia Lowi Klein
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,
Sala II.

Pereyra, Walter Andrés c/Ministerio del Interior -PEN- Art. 3° Ley N° 24.043
Expediente N° 4.747/97