

La nulidad de las leyes del "olvido" en la República Argentina: Las leyes de "Punto final" y "Obediencia debida"

Andrés Gil Domínguez¹

http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0053_obediencia_debida_punto_final_nulidad.htm

Sumario: I. Introducción. II. El artículo 29 de la Constitución argentina. III. Las leyes de punto final y obediencia debida. IV. La inconstitucionalidad y nulidad de las leyes del olvido en la República Argentina. V. A modo de conclusión.

I. Introducción.

La declaración de nulidad insanable de las leyes de punto final (ley n° 23.492) y obediencia debida (ley n° 23.521) mediante la ley n° 25.779 ha generado una ardua polémica.

El objeto del presente trabajo es analizar los alcances, virtualidad y efectos jurídicos de la declaración de nulidad insanable realizada por el Congreso argentino. Aunque sabemos que sin lugar a dudas, la declaración es válida como juicio histórico y como juicio jurídico en pos de la construcción de la verdad, la paz y la justicia en la República Argentina.

II. El artículo 29 de la Constitución argentina.

1. El artículo 29 de la Constitución argentina establece que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias ni la suma del poder público por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. De esta manera, los constituyentes históricos dejaron atrás los lamentables ejemplos históricos representados por los gobiernos de Martín Rodríguez, Viamonte y Rosas, en donde la suma del poder público derivó en situaciones dictatoriales violatorias de los derechos fundamentales de los argentinos. El artículo 29 es la columna vertebral de la división de funciones o separación de poderes en donde se asienta el sistema republicano. La prohibición constitucional abarca la concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público. Se conceden facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo cuando se le permite realizar actos que son competencia de algunos de los otros Poderes, o bien que, siendo actos complejos, requieren la participación de algún órgano fuera del Poder Ejecutivo. En tanto, la suma del

¹

Andrés Gil Domínguez es Abogado (UBA). Doctor en Derecho con recomendación al Premio Facultad (UBA). Profesor de Derecho Constitucional de grado, postgrado y doctorado (UBA). Profesor de la Universidad de Salamanca (España). Investigador visitante de la UNAM (México). Director del Programa de Actualización en Derecho Constitucional Profundizado y Procesal Constitucional (UBA). Subdirector del Departamento de Derecho Público I (Facultad de Derecho, UBA). Autor de libros y numerosos artículos sobre la materia. Director General de AGDCConsultora.

poder público consiste en la asunción por parte del Ejecutivo de las tres funciones esenciales en las que se descompone el ejercicio del poder: ejecutiva, legislativa y judicial.

Los Convencionales Constituyentes establecieron en el artículo 29, la prohibición absoluta de la suma del poder público bajo pena de nulidad insanable y a quienes la formulen, la consientan o la firmen la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria. Ni aún en la más extrema situación de emergencia la solución podía discurrir en la suma del poder público. La experiencia histórica había enseñado y los constituyentes con sabiduría habían aprendido prohibiendo en el texto histórico de manera expresa un instituto que había afectado la vida, el honor o la fortuna de los argentinos.

Luego de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación del artículo 36, el artículo 29 ha recibido una complementación normativa muy importante que amplía sus horizontes prescriptivos. El artículo 36 consagró que la Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, sancionando dichos actos con la nulidad insanable. Los autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29 e inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades constitucionales, lo cuales responderán civil y penalmente de sus actos. En dicho caso, las acciones serán imprescriptibles. De esta manera, ante la entronización de un gobierno de facto se fulmina con la nulidad insanable los actos que originan el golpe de Estado y el abordaje al poder, como así también, todos los actos emanados de un gobierno de facto (administrativos, legislativos, judiciales, etc). También se establecen constitucionalmente excepciones al régimen legal en lo atinente al instituto de la prescripción y a las facultades presidenciales de indultar y conmutar penas. Claro está que una norma por sí sola no podrá repeler un golpe de Estado ni una administración de facto; pero aquellos que actúen de esta manera, no tendrán en el futuro ningún subterfugio constitucional que les permita esconderse bajo el manto de la impunidad.

2. La facultad acordada al Congreso en lo atinente a "conceder amnistías generales" encuentra un límite infranqueable en el artículo 29. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia resolvió en Fallos 234:16 y 247:387 que: "el artículo 29 de la Constitución Nacional –que categóricamente contempla la traición a la patria– representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de la facultad de conceder amnistías...". La discrecionalidad del Congreso debe moverse con prudencia y ética, y por razones de alto interés social. Como bien afirma Germán J. Bidart Campos, no puede dictarse una ley de amnistía como consecuencia de la comisión de delitos que están tipificados en la Constitución (arts. 15, 22, 29 y 119).

3. En el marco de la causa "Simón, Julio Héctor", el Procurador General de la Nación ha dicho con acierto:

"Una correcta interpretación del artículo 29, por consiguiente, permite colegir que existe un límite constitucional al dictado de una amnistía o cualquier otra clase de perdón no sólo para el Poder Legislativo que otorgara facultades prohibidas por la Constitución Nacional, sino también para aquellos que hubieran ejercido esas facultades.

En mi opinión, sin embargo, tampoco aquí se agotan las implicancias que derivan del texto constitucional atendiendo a su significado histórico-político. Por el contrario, pienso que un desarrollo consecuente del mismo criterio interpretativo que ha permitido extraer los corolarios anteriores debe llevar a la conclusión de que tampoco los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público, por los cuales la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaran a merced de persona o gobierno alguno, son susceptibles de ser

amnistiados o perdonados. En efecto, sería un contrasentido afirmar que no podrían amnistiarse la concesión y el ejercicio de ese poder, pero que sí podrían serlo los delitos por los que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos fueron puestas a merced de quienes detentaron la suma del poder público. Ello tanto más cuanto que los claros antecedentes históricos de la cláusula constitucional demuestran que el centro de gravedad del anatema que contiene, y que es, en definitiva, el fundamento de la prohibición de amnistiar, es decir, aquello que en última instancia el constituyente ha querido desterrar, no es el ejercicio de facultades extraordinarias o de la suma del poder público en sí mismo, sino el avasallamiento de las libertades civiles y las violaciones a los derechos fundamentales que suelen ser la consecuencia del ejercicio ilimitado del poder estatal, tal como lo enseña –y enseñaba ya por entonces– una experiencia política universal y local. Empero, estos ilícitos rara vez son cometidos de propia mano por quienes detentan de forma inmediata la máxima autoridad, pero sí por personas que, prevaliéndose del poder público o con su aquiescencia, se erigen en la práctica en señores de la vida y la muerte de sus conciudadanos (...) En cierta medida, conceder impunidad a quienes cometieron delitos que sólo pueden ser explicados en el contexto de un ejercicio ilimitado del poder público representa la convalidación del ejercicio de esas facultades extraordinarias en forma retroactiva. Por ello, si por imperio del artículo 29 de la Constitución Nacional la concesión de la suma del poder público y su ejercicio se hallan prohibidos, y no son amnistiables, los delitos concretos en los que se manifiesta el ejercicio de ese poder tampoco pueden serlo".

III. Las leyes de punto final y obediencia debida.

1. El golpe de Estado que derrocó al gobierno constitucional pergeñado en el año 1976 trajo como consecuencia que las Fuerzas Armadas asumieran el control de todos los poderes del Estado y subvirtieran el orden constitucional al imponer las normas de facto por sobre la legalidad constitucional. La suma del poder público originó un sistema de represión clandestino mediante el cual se llevaron a cabo procedimientos ilegales tendentes a reprimir toda forma de oposición al régimen de facto. Una de las principales aporías fue que durante la dictadura militar estaba vigente la pena de muerte y la Corte Suprema había resuelto que los civiles podían ser juzgados por tribunales militares.

En el "Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina" producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, Aprobado por la Comisión en su 667ª sesión del 49 período de sesiones celebrada el 11 de abril de 1980 dicho órgano en el Capítulo V apartado "D" se refirió a la práctica de apremios ilegales y torturas en los siguientes términos: "Muchos son los medios que para la aplicación de apremios ilegales y para la ejecución de la tortura tanto física, como síquica y moral, se habrán puesto en práctica en lugares especiales de detención donde las personas fueron llevadas para interrogatorios y que se conocen como chupaderos, e inclusive, en algunos casos, en los propios centros carcelarios del país. Estos procedimientos de tortura se prolongaron en muchas ocasiones hasta por varios meses en forma continua, en las llamadas sesiones para interrogatorios. Entre esas modalidades, analizadas y escogidas por la Comisión de los muchos testimonios que obran en su poder, figuran las siguientes: a) Golpizas brutales en perjuicio de los detenidos, que han significado en muchas ocasiones quebradura de huesos y la invalidez parcial; en el caso de mujeres embarazadas la provocación del aborto, y también, según determinadas alegaciones, han coadyuvado a la muerte de algunas personas. Este tipo de palizas han sido proporcionadas con diferentes clases de armas, con los puños, patadas y con instrumentos metálicos, de goma, de madera o de otra índole. Hay denuncias que refieren casos en que la vejiga ha sido reventada y han sido quebrados el esternón y las costillas o se han producido lesiones internas graves; b) El confinamiento en celdas de castigo, por varias semanas, de los detenidos, por motivos

triviales, en condiciones de aislamiento desesperante y con la aplicación de baños de agua fría; c) La sujeción de los detenidos, maniatados con cadenas, entre otros lugares en los espaldares de camas y en los asientos de los aviones o de los vehículos en que han sido trasladados de un lugar a otro, haciéndolos objeto, en esas condiciones, de toda clase de golpes e improperios; d) Simulacros de fusilamiento y en algunos casos el fusilamiento de detenidos en presencia de otros prisioneros, inclusive de parientes, como ha sucedido, entre otras denuncias, en Córdoba, Salta y en el Pabellón de la Muerte de La Plata; e) La inmersión mediante la modalidad denominada submarino, consistente en que la víctima se le introduce por la cabeza, cubierta con una capucha de tela, de manera intermitente, en un recipiente de agua, con el objeto de provocarle asfixia al no poder respirar, y obtener en esa forma declaraciones; f) La aplicación de la llamada picana eléctrica, como método generalizado, sujetándose a la víctima a las partes metálicas de la cama a efectos de que reciba elevados voltajes de electricidad, entre otras zonas del cuerpo, en la cabeza, las sienes, la boca, las manos, las piernas, los pies, los senos y en los órganos genitales, con el complemento de mojarles el cuerpo para que se faciliten los impactos de las descargas eléctricas. De acuerdo con las denuncias, en algunos casos de aplicación de picana se mantiene un médico al lado de la víctima para que controle la situación de la misma como consecuencia de los 'shoks' que se van produciendo durante la sesión de tortura; g) La quemadura de los detenidos con cigarrillos en distintas partes del cuerpo, hasta dejarlos cubiertos de llagas ulcerosas; h) La aplicación a los detenidos de alfileres y otros instrumentos punzantes en las uñas de las manos y los pies; i) Las amenazas o consumación de violaciones tanto de mujeres como de hombres; j) El acorralamiento de los prisioneros con perros bravos entrenados por los captores, hasta llegar al borde del desgarramiento; k) El mantenimiento de los detenidos encapuchados por varias semanas acostados y atados de pies y manos mientras reciben golpes; l) La suspensión de los detenidos, amarrados o esposados de las manos y sujetos por barras metálicas o de madera u otros artefactos del techo, manteniéndoles los pies a pocos centímetros del suelo, el que se cubre con pedazos de vidrio. También casos en que las víctimas son colgadas de las manos o de los pies produciéndoles fracturas de la cadera o de otras partes del cuerpo; m) El mantenimiento de los detenidos por prolongadas horas completamente parados; n) La aplicación de drogas a los detenidos, o de suero e inyecciones como consecuencia de las prolongadas torturas cuando han perdido el conocimiento; o) El procedimiento de requisas de los presos, que se lleva a cabo en forma minuciosa y con abusos en todas partes del cuerpo, produciendo la consiguiente humillación; y p) la aplicación del llamado cubo, consistente en la inmersión prolongada de los pies en agua bien fría y luego en agua caliente". La Comisión concluyó que, durante el período que comprendió el informe (1975/1979) se cometieron graves y numerosas violaciones de fundamentales derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y en particular: "a) al derecho a la vida, en razón de que personas pertenecientes o vinculadas a organismos de seguridad del Gobierno han dado muerte a numerosos hombres y mujeres después de su detención; preocupa especialmente a la Comisión la situación de los miles de detenidos desaparecidos, que por las razones expuestas en el informe se puede presumir fundadamente que han muerto; b) al derecho a la libertad personal, al haberse detenido y puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional a numerosas personas en forma indiscriminada y sin criterio de razonabilidad [...]; c) al derecho a la seguridad e integridad personal, mediante el empleo sistemático de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuya práctica ha revestido características alarmantes".

Surge como cristalina síntesis que el último gobierno de facto se hizo cargo de todos los poderes públicos, y a la vez, instaló un sistema de represión clandestino en el que se produjeron una enorme cantidad de delitos que encuadran dentro de la tipología de crímenes contra la humanidad. También es dable destacar que en la época de comisión de los delitos,

dichas conductas eran consideradas crímenes contra el derecho de gentes o, en otras palabras, crímenes de derecho internacional, violatorias de aquellas normas que la comunidad internacional coloca en el nivel más alto de jerarquía (*ius cogens*).

2. La ley 23.492 (comúnmente denominada "ley de Punto Final") dispuso en su artículo 1º: "Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley". Sólo se exceptuaron de esta disposición los casos "...de delitos de sustitución de estado civil y sustracción y ocultación de menores" (artículo. 5).

3. La ley 23.521 (comúnmente denominada "ley de obediencia debida") estableció en su artículo 1º: "Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida [...] En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad". En tanto, el artículo 2º enunció: "La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles". Por último, el artículo 4º prescribió: "Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23.492, en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 1 de la misma, no podrá disponerse la citación a prestar declaración indagatoria de las personas mencionadas en el art. 1, primer párrafo de la presente ley".

4. Las leyes de punto final y obediencia debida implican dotar de impunidad a aquellos personas que habiendo concentrado el poder público cometieron crímenes contra la humanidad. Como observamos, el artículo 29 de la Constitución argentina fulmina con la nulidad absoluta tanto la suma del poder público como los actos que en su consecuencia se realicen. A esto se suma, que dichas normas se contraponen a la obligación de investigar y sancionar penalmente las violaciones a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad establecidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional originaria. Todos los crímenes perpetrados durante la última dictadura militar al momento de su comisión eran considerados por la comunidad internacional como crímenes de lesa humanidad (o contra el derecho de gentes) cuyo juzgamiento se reputaba imprescriptible, extraterritorial y obligatorio. El derecho subjetivo y colectivo a la verdad se ve seriamente menoscabado frente a un conjunto normativo que persigue alcanzar la "reconciliación nacional" mediante el olvido y la impunidad de un sistema que perpetró crímenes de lesa humanidad.

5. El Procurador General de la Nación en la causa "Simón, Julio Héctor" sostuvo que las leyes de obediencia debida y de punto final "en la medida en que cercenan la potestad estatal para investigar y sancionar las desapariciones forzadas de autos, se hallan en contradicción con los artículos 8 y 25, en concordancia con los artículos 1.1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 14.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículos XVIII de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, y son, por consiguiente, inconstitucionales a la luz de lo dispuesto por los artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional".

6. El delito de desaparición forzada de personas es de carácter permanente por lo tanto aún hoy se estaría cometiendo toda vez que se ignora hasta el momento el lugar en donde se encuentran las personas secuestradas. Esta situación fue producida por el accionar típico del autor del delito quien debe responder por dicha conducta con toda su magnitud. Por ende, la acción penal no prescribe mientras no se conozca verosímilmente la fecha en que el delito habría cesado de cometerse (artículo 63 del Código Penal).

7. Por desaparición forzada de personas se entiende en el derecho penal internacional la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Tal es la formulación adoptada por el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –incorporada a la Constitución por ley 24.556–, que no hizo más que receptar en esa medida la noción que con anterioridad era ya de comprensión general en el Derecho internacional de los derechos humanos (en igual sentido, la caracterización que contiene el artículo 7 inciso i) del Estatuto de Roma). No cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados "desaparición forzada de personas". Esto significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del delito –más genérico– de los artículos 141 y, particularmente, 142 y 144 bis y ter del Código Penal. La expresión "desaparición forzada de personas" no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional, una vez finalizada la segunda guerra mundial (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948).

IV. La inconstitucionalidad y nulidad de las leyes del olvido en la República Argentina.

El debate doctrinario argentino

1. La declaración de nulidad insanable de las leyes de punto final y obediencia debida por parte del Congreso generó posiciones doctrinarias críticas, favorables e intermedias.

Entre las primeras, Jorge Reynaldo Vanossi sostuvo que no es facultad del Congreso declarar la nulidad de las leyes puesto que su potestad se limita a aprobarlas, reformarlas o derogarlas; constituyendo la nulidad solamente un mensaje que podría haber sido vehiculizado como proyecto de declaración. En tanto, Julio César Rivera expresó que la nulidad constituye el máximo atentado contra la seguridad jurídica, y que proyectada al futuro, podría arrojar como resultado que se anulen las leyes que dan sustento al matrimonio, la filiación o cualquier derecho patrimonial, lo que traería como consecuencia que ya no estemos casados o que el contrato que hemos celebrado no existiese más.

Entre las segundas, se destaca Agustín Gordillo quien enunció que la declaración de nulidad es positiva por cuanto: a) se indica que en el actual contexto sociopolítico empírico ya no se arriesga la continuidad democrática como en el pasado, b) se apuesta a la futura continuidad de la democracia y vigencia del Estado de Derecho, c) se promueve la aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la invalidez de las

leyes de impunidad, d) se recoge lo estipulado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Priebke".

Por último, Walter Carnota en una posición intermedia sostiene que el acto del Congreso se encuadra en un supuesto de "interpretación auténtica dinámica" sin que tenga efectos dirimientes en las contiendas judiciales que se presenten. En la justicia del "caso concreto", los magistrados tendrán en cuenta la secuencia dictado-derogación-nulidad y "dirán el derecho".

Los antecedentes en el ámbito jurídico argentino.

2. Existen dos antecedentes en el derecho argentino en donde el Congreso declaró de manera expresa o implícita la nulidad de una norma y luego el Poder Judicial resolvió sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha declaración.

3. El primer antecedente lo constituye la ley n° 23.040 sancionada en el año 1983 que derogó por inconstitucional y declaró insanablemente nula a la ley 22.924 comúnmente conocida como "ley de autoamnistía". En aquella ocasión el miembro informante fue Jorge R. Vanossi quien manifestó: "No basta, sin embargo, con señalar vicios en virtud de los cuales puede existir una inconstitucionalidad, porque no es suficiente que los jueces declaren inconstitucional a esta norma. Sabemos que al declaración judicial de inconstitucionalidad afecta la eficacia o efectividad de la norma peor deja abierto el juicio sobre su validez puesto que los efectos de esa declaración son solamente para el caso. Es el Congreso en que debe hacer el pronunciamiento genérico y absoluto... En la Argentina se ha violado la justificación ética. La norma se deroga porque es inconstitucional. No estamos haciendo un juicio en términos del Poder Judicial, sino que estamos exponiendo una fundamentación en términos del Poder Legislativo. Y debe también decirse que se declara insanablemente nula porque los efectos del acto legislativo que vamos a emitir tienen que ser, de los que se llaman *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir, tienen que producir efectos tales como para que ninguna fisura pueda filtrarse en un acto que implique la aplicación de este horrendo engendro jurídico...".

El día 30 de diciembre de 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83", en los votos de los magistrados Caballero, Fayt, Petracchi y Bacqué resolvió que la ley 23.040 era constitucional.

4. El segundo antecedente lo encontramos en el artículo 15 de la ley n° 25.561, mediante el cual se suspendió la vigencia de la ley n° 25.466 (de intangibilidad de los depósitos bancarios) hasta el 31 de diciembre del año 2003, o hasta que, el Poder Ejecutivo considerase superada la emergencia del sistema financiero con relación a los depósitos afectados por el decreto 1570/01. Aunque no haya sido una declaración de nulidad *strictu sensu*, sí obtuvo dicho rango de manera refleja, por cuanto la suspensión significó que -con carácter general y con efectos retroactivos- se eliminasen los derechos adquiridos a la luz de la normativa que se suspendía. Oportunamente, la Corte Suprema de Justicia en el caso "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional" declaró la inconstitucionalidad y nulidad de dicha norma.

La nulidad de las leyes y el valor epistémico de la democracia.

5. La derogación de una norma opera por medio de criterios de sustitución y preferencia tales como: "ley posterior deroga a ley anterior", "ley especial deroga a ley general", "ley federal prevalece sobre ley local". El órgano encargado de viabilizar la derogación con efectos hacia el futuro es el Poder Legislativo, que cumpliendo los recaudos formales para la producción de las normas, dicta una ley que se encuadra dentro de los criterios expuestos. Si en un caso concreto se solicita la aplicación de una ley derogada, el Poder Judicial verificará la existencia

formal de la norma invocada, y al comprobar que ha sido derogada, rechazará la pretensión esgrimida que se fundaba en una ley derogada por el órgano competente.

6. La declaración de inconstitucionalidad implica la expulsión del mundo jurídico de una norma que ha sido cuestionada en un proceso judicial. Emitida por el Poder Legislativo o por el Poder Ejecutivo, el órgano jurisdiccional realiza un juicio de comprobación en donde detecta la conculcación de: a) el procedimiento formal de producción de la normas y/o b) los derechos fundamentales y/o las garantías institucionales. Dependiendo de las características del sistema de control de constitucionalidad, la expulsión de la norma del mundo jurídico se circunscribe al caso concreto, o bien, tiene efectos *erga omnes*.

7. La inaplicabilidad limita la exigibilidad de una norma respecto de una determinada categoría de personas. Oportunamente, algunos jueces federales consideraron que las normas que regulaban la emergencia padecida en los años 2001 y 2001 por nuestro país, y que habían sido dictadas cumpliendo los recaudos formales de producción, no eran aplicables a personas mayores de edad o con problemas de salud en cuanto "la ausencia específica de un supuesto de excepción puede dificultar el desempeño de aquellos funcionarios públicos o privados que por carecer de un autorización formal, se ven impedidos de acceder a requerimientos que ellos mismos consideran lógicos".

8. La declaración de nulidad puede estar expresamente prevista en la regla de reconocimiento constitucional. Implica la expulsión de una norma con carácter *erga omnes* y con efectos retroactivos. Dos claros ejemplos lo constituyen los artículos 29 y 99 inciso 3 de la constitución argentina. En el supuesto del artículo 99 inciso 3°, la propia regla de reconocimiento habilita el control político ulterior del Congreso ante el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia por parte del Poder Ejecutivo que puede concluir con el rechazo y la consecuente declaración de nulidad de la norma de emergencia por parte del Poder Legislativo.

9. Creemos que existe un supuesto que permite reflexionar en torno a la declaración de nulidad de una norma: la violación de las pautas de la deliberación democrática en donde descansa la legitimidad del sistema democrático y la validez del ordenamiento jurídico.

El valor epistémico de la democracia requiere que en toda deliberación de donde emanen normas de carácter obligatorio y moralmente justificadas, se deben cumplir ciertos requisitos tales como: la participación libre e igual en el proceso de discusión y en la toma de decisiones, la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación, la ausencia de minorías aisladas y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación. Una decisión política para ser legítima debe ser el resultado de una deliberación acerca de los fines entre agentes libres, iguales y racionales.

Supongamos que una norma es dictada cumpliendo con los recaudos formales de producción, pero su sanción no respeta el marco de una democracia deliberativa, por cuanto ha sido dictada bajo la amenaza de un golpe de Estado que destruiría el sistema democrático vigente. En dicho supuesto, nos encontraríamos ante una norma dictada en contravención de los recaudos epistémicos de la democracia. Frente a esta situación y dentro de los parámetros de la dimensión dogmática del derecho, el Congreso no estaría facultado para anular una ley; en tanto el Poder Judicial no podría declarar la inconstitucionalidad o nulidad de la norma por cuanto no tiene atribuciones para controlar la vulneración de los aspectos epistémicos de la democracia. Estaríamos frente a una situación de "intolerable injusticia" en donde la pretensión de corrección que persigue el derecho (como pretensión de justificación de las decisiones que se adopten) quedaría totalmente sesgada por "el derecho positivo" formalmente producido. En este punto, es necesario diferenciar el supuesto planteado, respecto de situaciones en donde distintos grupos -dentro del juego de la deliberación

democrática- intentan imponer sus puntos de vista o intereses. Al enmarcarse dentro del juego deliberativo no constituyen una amenaza al sistema democrático y no utilizan la amenaza de su fagocitación como instrumento de presión.

Si limitamos estrictamente la facultad del Congreso de anular una norma en aquellos supuestos en donde el valor epistémico de la democracia ha sido vulnerado, la discusión se centra en determinar el fin del derecho como discurso jurídico frente a una norma formalmente producida bajo la amenaza de la eliminación del sistema democrático. Oportunamente Gustav Radbruch sostuvo: "El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que la condición de 'derecho incorrecto' tenga que hacer lugar a la justicia". Si una Corte Suprema no puede ejercer su facultad jurisdiccional de control sobre los presupuestos epistémicos de la democracia y un Congreso no puede anular leyes dictadas bajo la amenaza de un golpe de Estado, la cuestión esencial a dilucidar en el marco de la teoría de la constitución, consiste en analizar cuanta injusticia puede soportar una sociedad en aras de la seguridad jurídica.

V. A modo de conclusión.

Hasta tanto el Poder Judicial no diga lo contrario, la declaración de nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida tiene efectos jurídicos en el mundo positivo: su inexistencia retroactiva que permite correr el velo de impunidad y administrar justicia en torno a crímenes de lesa humanidad. Y no es preciso sostener que la ley 25.779 es *per se* inconstitucional, por cuanto existen antecedentes jurisprudenciales que han avalado la declaración de nulidad de normas que también perseguían la impunidad de los crímenes cometidos por la dictadura de los setenta.

Las ficciones en donde anida el lenguaje del derecho, no pueden ser utilizadas para impedir que la verdad emerja con toda su fuerza. La seguridad jurídica se construye sobre la base de un pasado sustentado en la justicia y esa es la mayor ficción orientadora del derecho. En palabras de Tomás Eloy Martínez: "Mientras no se entiendan las razones por las cuales la mayoría de los argentinos vivió con los ojos cerrados al terror cotidiano, como si fuera natural y necesario, la reconciliación es una empresa de fracaso. No hay futuro sin una comprensión clara y franca del pasado. En *La Vida de la Razón*, George Santayana escribió, hacia 1905, una frase que ahora es un lugar común: 'Aquellos que no recuerdan el pasado están condenados a repetirlo'. Después del nazismo, después de las dictaduras latinoamericanas de los años setenta, después de Videla, la sentencia podría formularse de otra manera: cerrar para siempre el libro del pasado es condenarse a abrirlo de nuevo, todos los días"

Andrés Gil Domínguez es Abogado (UBA). Doctor en Derecho con recomendación al Premio Facultad (UBA). Profesor de Derecho Constitucional de grado, postgrado y doctorado (UBA). Profesor de la Universidad de Salamanca (España). Investigador visitante de la UNAM (México). Director del Programa de Actualización en Derecho Constitucional Profundizado y Procesal Constitucional (UBA). Subdirector del Departamento de Derecho Público I (Facultad de Derecho, UBA). Autor de libros y numerosos artículos sobre la materia. Director General de AGDConsultora.