

¿UNA SENTENCIA BIEN INTENCIONADA? A PROPÓSITO DEL CASO “MUIÑA”*

GUSTAVO A. BEADE**

Resumen: En este trabajo me propongo hacer un comentario al caso “Bignone...” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (más conocido como *Muiña*). En el texto señalo algunas fallas técnicas de la decisión y la debilidad general de su fundamentación. Además, intento mostrar que en *Muiña*, la decisión de la CSJN pretende retomar algunos aspectos del fallo *Simón* y pretende cerrar muchos de los asuntos vinculados con nuestro pasado turbulento mediante lo que denominé “reconciliación institucional forzada”.

Palabras clave: retribución – comunicación – muiña – simón – arrepentimiento

Abstract: My aim in this paper is comment the case “Bignone...” ruled by the Corte Surpema de Justicia de la Nación. In the text I try to show technical flaws of the decision and identify the general weakness of its justification. In addition, I try to show that in *Muiña*, the CSJN decision seeks to retake some aspects of the *Simón* ruling and attempt to close many of the issues associated with our turbulent past through what I have called “forced institutional reconciliation”.

Keywords: retribution – communication – muiña – simon – repentance

* Recepción del original: 20/7/2017. Aceptación: 27/7/2017.

** Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires); Docente-Investigador (Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires); gbeade@derecho.uba.ar. *Me gustaría agradecer por los comentarios y las críticas a Ludmila Bodichon, Fernando Bracaccini, Joaquín Caprarulo, Tomás Churba, Fernando Gauna Alsina, Mariana Kohan, María Maidana, Santiago Mollis, Gonzalo Penna, Santiago Roldán, Desiré Salomón, Ayelén Tavolara y Guido Terradas. También por las conversaciones con Paula Gaido, Roberto Gargarella, Jaime Malamud Goti, Inés Jaureguiberry, Martín Böhmer, Paola Bergallo y Liliana Ronconi.*

La reciente sentencia de la Corte Suprema de la Nación (CSJN) en el caso "Bignone..." más conocida como *Muiña* trajo una serie de discusiones, debates, marchas de repudio, trabajos críticos y opiniones cuyos detalles se han tornado casi inabarcables. Las repercusiones de la sentencia, sin embargo, me recordaron un momento muy particular que ocurrió algunos años atrás. Cuando el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 4 resolvió anular las leyes de obediencia debida y punto final en el año 2001, Jaime Malamud Goti, uno de los asesores del presidente Alfonsín en el diseño del juicio a las juntas y uno de los responsables del punto final, escribió un duro trabajo criticando la sentencia. El trabajo se llamaba "A propósito de una sentencia bien intencionada",¹ era muy duro con la sentencia y, a su vez fue objeto de una crítica aún más dura poco después de su publicación.² El título de este comentario no solo juega con el título de ese texto de Malamud Goti, sino que también pretende discutir una interpretación de lo que él y Carlos Nino quisieron hacer cuando diseñaron el juicio a las juntas.

Creo que *Muiña* es una sentencia bien intencionada, sin embargo, al igual que Malamud Goti en aquella oportunidad, pienso que es una decisión errada y orientada hacia un fin particular que el fallo trata de disimular todo el tiempo. Como adelanté, me parece que la CSJN intenta retomar –equivocadamente– algunas de las ideas que estaban presentes en el trabajo de Malamud Goti y Nino como asesores de Alfonsín.³ En este punto encuentro dos de los principales errores de lo que quiere transmitir el fallo y sobre los que me detendré en este comentario. Por un lado, el argumento de la CSJN que intenta mostrarnos que resolvió el caso de la única manera que podía hacerlo sin violar el Estado de Derecho. Según el fallo, si resolviera de otra manera no estaría respetando el Estado de Derecho y violaría el principio de legalidad. Violar el principio de legalidad implica

1. MALAMUD GOTI, J., "A propósito de una sentencia bien intencionada", *NDP*, 2000/B (ahora reimpresso en su libro *Crímenes de Estado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016).

2. Ver SANCINETTI, M. A., "Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la Nación Argentina" en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley Penal - Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

3. Presentado en dos libros que, curiosamente, parten de fundamentos del castigo contrapuestos. Estas ideas pueden verse en: MALAMUD GOTI, J., *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, Oklahoma, Oklahoma Press, 1996; y NINO, C. S., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.

quebrar una de las columnas verticales del derecho penal liberal y podría decirse que no estaríamos tratando a Muiña como un ciudadano; en cambio estaríamos tratándolo como un enemigo. Identifico a este problema como el argumento de “la defensa del Estado de Derecho”. Por otra parte, creo que el fallo intenta retomar las ideas de Malamud Goti y Nino y quiere cerrar algunos aspectos del juicio a través de lo que aquí voy a llamar una “reconciliación institucional forzada”.

Empiezo el comentario resumiendo la decisión de la mayoría y luego me dedico a presentar, con algún detalle, los puntos que acabo de mencionar.

I. EL CASO *MUIÑA* Y LA DECISIÓN DE LA CSJN

Luis Muiña fue condenado a la pena de trece años de prisión por delitos de lesa humanidad. Al realizarse el cómputo de detención y pena, se aplicó el artículo 7° de la ley N° 24.390 (conocida como “Ley del 2x1”) por resultar ley penal más benigna de acuerdo con lo estipulado por el art. 2° del Código Penal. Según esta norma, luego de transcurridos los dos primeros años de prisión preventiva, se computaron dos días de prisión por cada día de encarcelamiento cautelar efectivamente cumplido. Contra esta decisión el Ministerio Público Fiscal presentó un recurso de casación y argumentó que la versión original de la ley N° 24.390 (que incluía el artículo 7° posteriormente derogado) no era aplicable al caso. La Cámara Federal de Casación Penal (Sala IV) coincidió con los argumentos del Ministerio Público Fiscal, y entendió que no correspondía otorgarle el carácter de ley penal más benigna al derogado artículo 7° de la ley N° 24.390 que contenía la fórmula de cómputo del 2x1. Sobre este punto afirmó: “...una sociedad no puede castigar más severamente un hecho ocurrido en el pasado que el mismo hecho ocurrido en el presente, puesto que las normas reflejan la valoración social de la conducta para una comunidad y ese es un límite del poder punitivo del Estado. Esto es: tenemos el derecho constitucional a la aplicación de la ley penal más benigna retroactivamente en virtud de que el dictado de la ley más benigna refleja el cambio en la valoración que la comunidad efectúa respecto de la conducta imputada. No obstante, la norma que preveía la aplicación del 2x1 no fue la expresión de un cambio en la valoración social de la clase de delitos que han sido atribuidos en este proceso, sino que solo adoptó, durante un corto período de tiempo, un me-

canismo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos. Por ello, ella no es el tipo de norma para la cual se destina el derecho de la aplicación de la ley penal más benigna".⁴

Lo que la CSJN tiene que decidir es si el cómputo de la detención y de la pena efectuado en relación con el recurrente debe realizarse de acuerdo con lo previsto por el art. 7° de la ley N° 24.390 o si dicha ley intermedia no es aplicable al presente caso, porque el hecho fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia (el 22/11/1994) y la imputación, el encarcelamiento preventivo y la condena ocurrieron una vez que el art. 7° ya había sido derogado mediante la ley 25.430 (01/06/2001).⁵

La CSJN en su voto mayoritario presenta una solución que tiene algunos matices en el voto de Rosatti. En el voto de Highton y Rosenkrantz la solución es bastante sencilla o eso intentan presentar: es un problema de subsunción de un caso en una norma vigente, básicamente se trata de aplicar la ley penal más benigna. Así, señalan que "...el art. 2° dispone: 'Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna'; en tanto el art. 3° del mismo código establece: 'En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado'".⁶ Luego afirman que en un Estado democrático los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido. Entienden que la ley N° 24.390 significó un cambio de valoración respecto de las consecuencias de la duración excesiva de la prisión preventiva y por esa razón rechazan el argumento presentado por la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP). Lo dirimente en el voto es, a juicio de Highton y Rosenkrantz, que el argumento de la CFCP contradice el claro texto del art. 2° del Código Penal. Según su voto, la interpretación de la CFCP viola el principio de legalidad porque el texto de art. 2° del Código Penal no condiciona su aplicación a ninguna circunstancia. Agregan que el uso del adverbio *siempre* muestra la clara decisión del legislador respecto de la aplicabilidad universal del principio de la ley penal más benigna a todos los casos que no estuvieran explícitamente

4. Considerando 2° del voto del juez Rosatti.

5. Considerando 5° del voto del juez Rosatti.

6. Considerando 6° del voto de los jueces Highton y Rosenkrantz.

excluidos.⁷ Esta última afirmación incluye, según el voto, también a los delitos permanentes. Estos delitos se cometen durante cada uno de los segmentos temporales del lapso que transcurre desde que el imputado comenzó a desplegar la conducta típica hasta que cesó de hacerlo. Esta particularidad no limita la posibilidad de que durante el transcurso de la acción (pero antes de que se dictara el fallo) se dicte una ley penal más benigna y con ello se configuren las únicas condiciones a las que la norma supedita la aplicación de la ley más favorable.⁸ Más adelante agregan que las leyes penales intermedias promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplican retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores. En el caso concreto, dicen Highton y Rosenkrantz que el art. 7° de la ley N° 24.390 estuvo vigente en el tiempo intermedio entre la comisión de los hechos y la sentencia condenatoria. Muiña estuvo detenido preventivamente desde el 1° de octubre de 2007 y su detención se prolongó por más de dos años (este es el plazo establecido por la ley N° 24.390). Por esta razón, el cómputo de la pena relativo a Muiña debe practicarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7° de la ley N° 24.390, porque como señalaron previamente, esta es más benigna y estuvo vigente entre la comisión de los hechos y el dictado de la condena de acuerdo con el artículo 2° del Código Penal.⁹

Hasta aquí, este es el modo, algo extraño, en el que la CSJN resuelve el aspecto jurídico del fallo. En este punto, existe un acuerdo concreto entre los dos votos que conforman la mayoría. Como señalé en la introducción, no tengo demasiadas cosas que agregar a lo que ya se hace dicho sobre la cuestión técnica en relación con el principio de legalidad.¹⁰ Sin embargo, presento algunos comentarios en el punto siguiente.

7. Considerando 7° del voto de los jueces Highton y Rosenkrantz. Así también el considerando 8° del voto del juez Rosatti.

8. Considerando 9° del voto de los jueces Highton y Rosenkrantz.

9. Considerando 15° del voto de los jueces Highton y Rosenkrantz.

10. Sobre la cuestión general ver BEADE, G. A., "El principio de legalidad penal. Significado y alcance del *nullum crimen sine lege*", en GARGARELLA, R. y GUIDI, S. (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: una mirada igualitaria*, Tomo II, Buenos Aires, Thompson Reuters, 2016, p. 403-419. Sobre la discusión puntual en el caso ver el Suplemento Edición Especial LL, *Delitos de lesa humanidad* (18 de Mayo de 2017).

II. ¿LA ALTERNATIVA ERA VIOLAR EL ESTADO DE DERECHO?

Una de las cosas que más me interesan del fallo es el modo en que la mayoría presenta las alternativas que tenían para decidir de otro modo. Ambos votos intentan argumentar que de su decisión depende el respeto del Estado de Derecho y que si hubieran hecho otra cosa no estarían tratando a Muiña como un ciudadano. En lo que sigue, y como adelanté, voy a denominar este argumento como "la defensa del Estado de Derecho" y cuestionar sus alcances y los presupuestos de los que parten para sostener tal afirmación.

En su voto, curiosamente, Highton y Rosenkrantz no hacen ninguna aclaración del caso que están resolviendo y presentan los hechos de una forma bastante particular, evitando mostrar que están resolviendo el caso de un acusado de haber cometido delitos de lesa humanidad. Esto es diferente en el caso de Rosatti que al comienzo de su voto efectúa algunas aclaraciones sobre los hechos del asunto que tiene que resolver y luego vuelve sobre la cuestión al final de su decisión.¹¹

Highton y Rosenkrantz, por su parte, guardan sus comentarios para el final. Retoman sus argumentos previos para señalar que nada de lo que sostuvieron podría ser alterado por el hecho de que Muiña haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad, en parte porque el texto de ley que aplican no lo excluye expresamente. Pero además, agregan que "la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho, lo que en este caso requiere decidir con absoluto apego a lo que está claramente ordenado por el art. 2º del Código Penal, en razón de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional y por los arts. 9º de la CADH y 15.1 del PIDCP, convenciones internacionales que cuentan ambas con jerarquía constitucional por así disponerlo el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional".¹²

En su voto, Rosatti hace algo similar. Presenta, por un lado, el ar-

11. En el considerando 11º Rosatti plantea el caso como un dilema moral que se presenta de la siguiente forma: ¿es correcto aplicar un criterio de benignidad a condenados por la comisión de delitos de lesa humanidad?

12. Considerando 15º del voto de los Jueces Highton y Rosenkrantz.

gumento de que no existen excepciones legales previstas¹³ para finalizar afirmando que "...un Estado de Derecho no es aquel que combate la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes. En referencia a este tema, se ha dicho con razón que *"cuando los juicios tienen lugar ante tribunales imparciales, con una amplia oportunidad para que el acusado sea escuchado, con profunda consideración de sus defensas, y el estricto cumplimiento de los procedimientos gobierna la prueba y la imposición del castigo los beneficios del Estado de Derecho se demuestran públicamente (...)* La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes referidas a su juzgamiento, pues de lo contrario se correría el riesgo de recorrer el mismo camino de declive moral que se transitó en el pasado".¹⁴

El argumento que la mayoría intenta transmitir, como señalé al principio, es que la única alternativa que tenían era resolver el caso como lo hicieron. Si hubieran hecho algo diferente hubieran violado el Estado de Derecho porque, según esta interpretación, habrían dejado de aplicar una ley sin ningún fundamento jurídico plausible. Pienso que esta estrategia es equivocada y no se apoya en ninguna fundamentación que pueda ser defendida. De hecho, debemos rechazar esta estrategia enfáticamente. La autoridad de las decisiones de los jueces no se consigue mostrando que la única alternativa posible para resolver un caso es la que su decisión establece. Lo que debería mostrarnos es que su decisión es la mejor decisión posible. El voto de la mayoría no hace este ejercicio y no podemos, en consecuencia, afirmar o descartar que esta fuera la única decisión posible. Contrariamente a lo que dice la mayoría pienso que tomar alguna decisión diferente, sin dudas, no violaría el Estado de Derecho. Encuentro tres problemas en la decisión de la mayoría que desarrollo en lo que sigue.

En primer lugar, los esfuerzos que hace la mayoría por mostrar que el caso es uno que implica (solamente) subsumir los hechos en el art. 2º del Código Penal me genera ciertas dudas. No parece ser una decisión ortodoxa y lleva mucho tiempo poder entender cuál es el razonamiento que aplica la mayoría para llegar a esa conclusión. Si bien, el razonamiento

13. Considerando 11º del voto del juez Rosatti.

14. Considerando 13º del voto del juez Rosatti (el destacado en el original).

que ensaya la Corte parece sencillo, no lo es. Veamos: según el voto de la mayoría, el art. 2 del Código Penal establece que la ley penal más benigna es una regla que se aplica *siempre* según la propia definición de la ley y, por la tanto, no existen excepciones previstas y no es posible crear excepciones porque violarían el principio de legalidad. El problema es determinar si la ley del 2x1 es una ley penal más benigna aplicable al caso.

La primera intuición que uno tiene es que no se aplica. Esta intuición se apoya en un principio básico que establece que no se puede apelar a leyes que ya no están vigentes en el momento en el que se decide el caso. Pero, además, la ley del 2x1 tampoco se encontraba vigente cuando Muiña cometió el hecho -durante los años de la dictadura- ni posteriormente cuando luego del fallo *Simón* (2005) de la CSJN se reabrieron los juicios penales contra los acusados de haber cometido delitos durante la dictadura. Es decir que la ley no estaba vigente ni cuando Muiña estuvo en prisión preventiva, ni cuando fue enjuiciado, ni cuando fue condenado. Esto es así porque, básicamente, la ley del 2x1 rigió en un momento determinado en el que el Estado reconoció que no podía seguir teniendo personas detenidas preventivamente sin juicio previo entre 1994 y 2001. La ley estableció que cada día de prisión preventiva (luego de haber pasado dos años de detención sin condena) debía computarse como si hubieran transcurrido dos días. La idea que estaba detrás de esa ley era remediar, de algún modo, la situación de quienes estaban siendo tratados injustamente por dilaciones por las que solo debía responder el Estado y reconocer, en parte, el déficit en el que se encontraba el Estado en ese entonces.

Diversas situaciones coyunturales hicieron que esa ley fuera derogada durante 2001. En cualquier mundo posible, esa ley no estuvo pensada para tratar casos como el de Muiña, ni de ningún otro acusado de delitos de lesa humanidad porque, sencillamente, estaban vigentes las leyes de obediencia debida y juicio final y no eran perseguidos penalmente. La posibilidad de solucionar el caso, fácilmente, apelando a cualquiera de estas alternativas hubiera permitido tomar una decisión diferente. Esto no es lo que hace la mayoría de la CSJN y muestra, a mi juicio, que existen intereses ulteriores detrás de esta decisión como presento más adelante. El voto de la mayoría sostiene su decisión pese a esta terrible dificultad técnica y nos aclara que lo que cometió Muiña es un delito de carácter permanente, es decir que mientras no se establezca el destino o el paradero de la víctima, el acusado siguió cometiendo el delito por el que se lo acusó (en el caso el

delito imputado era la desaparición forzada de personas). En consecuencia y como puede verse, el fallo deja demasiados puntos sin responder en su fundamentación y lo que parece la sola aplicación de una regla mediante el simple ejercicio de subsumir un hecho en una norma se transforma en un juego de piezas legales muy complejo para un caso tan importante. Este es un primer cuestionamiento: la decisión técnica del caso es dudosa. De nuevo, como señalé antes, la posibilidad de interpretar que no se aplicaría el 2x1 no sería extraña ni mucho menos contraria a lo que establece el art. 2º del Código Penal.¹⁵

Un segundo problema, que no puedo tratar en detalle aquí, tiene que ver con la discrecionalidad que tiene la CSJN para decidir qué casos va a decidir y qué casos no. La CSJN tiene la posibilidad de determinar si rechaza recursos sin ninguna fundamentación o si acepta tratar otros casos. No hay fundamentación, en este caso (ni en ningún otro) para entender por qué eligió resolver un caso y decidió rechazar otro. Si no podemos saber por qué la CSJN eligió tratar el planteo de Muiña no podríamos decir que lo hizo para "salvar el Estado de Derecho". Es decir, la CSJN no puede sostener la importancia de su decisión si no puede justificar las razones que tuvo para abrir el caso y no rechazar el planteo que, en principio, parece algo obscuro.

El tercer problema que encuentro se vincula, concretamente, con el argumento de la "defensa del Estado de Derecho". Este argumento implica deslegitimar muchas de las decisiones previas de la CSJN en temas vinculados a la violación de derechos humanos durante la última dictadura militar. El modo en que termina conformándose la mayoría (un ajustado 3 a 2) genera dificultades de distinta índole: por un lado, muestra serios problemas internos en la CSJN para resolver un tema demasiado importante. Si esto es un punto de inflexión en las decisiones sobre los casos de crímenes de lesa humanidad, como creo, el escaso margen de la mayoría genera problemas en la autoridad que la decisión quiere construir. Algún defensor del fallo podría decir que la CSJN no se aparta de lo que viene haciendo, sino que se dedica a precisar el alcance del concepto de "ley penal más benigna" en este contexto, o para decirlo en términos

15. Algunos detalles más de la cuestión técnica pueden ver en GARGARELLA, R., "¿Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna? El caso 'Bignone' y el 'test de la mirada'", en Suplemento Edición Especial LL, *Delitos de lesa humanidad*, p. 14-16.

de Nino, intentan embellecer las ventanas de la catedral con arreglos que permiten ver mejor y más lejos. Creo que esto sería bastante extraño, en particular, teniendo en cuenta que hay una minoría que insiste en seguir construyendo algo que viene haciendo hace mucho tiempo y una mayoría que confronta con esa *arquitectura interpretativa*.¹⁶ Básicamente creo que la CSJN destruye las partes de la catedral construida desde el 2005 y pretende cambiar el ángulo de la discusión. Sin embargo, ese cambio en la interpretación se presenta de un modo engañoso, pero, y esto es lo más importante, sin las razones que permitan justificarlo. Por otra parte, y como señalé hace un momento, no sería posible pensar que no había otro modo de resolver el caso cuando la minoría vota en sentido contrario a la mayoría. Para justificar su decisión, la mayoría de la CSJN debió haber justificado su posición, discutir con la minoría o explicar el cambio que estaba intentando llevar adelante. Mi punto aquí es que para evitarse todo este trabajo apeló al argumento de la "defensa del Estado de Derecho". Este argumento, entiendo, se vincula con el momento en el que la mayoría interpreta que la CSJN se desvió del camino que debía seguir y pretende retomarlo. Me explico.

Tengo la impresión de que el voto de mayoría parece retomar el voto en disidencia del juez Fayt en el caso *Simón*. En esa decisión Fayt dijo, sobre el final del voto que "No se le escapa a esta Corte que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos (...) De esa manera podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana (...) Que para el logro de tan compleja finalidad no debe pasarse por alto que pese al indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa, sería de un contrasentido inadmisibles que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho (...) lo contrario implicaría que los 'rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho

16. Le agradezco a Tomás Churba y a Santiago Roldán haberme mostrado estas dos posibilidades de abordar este problema.

civil (estatal), sino con el derecho natural, pues lo son no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la civitas (estado) consagrándose así un derecho penal del enemigo”¹⁷.

Si esta reconstrucción de Fayt es acertada, la pregunta crucial que habría que responder es la siguiente: ¿nuestra comunidad violó el Estado de Derecho desde el fallo *Simón* en adelante? Desde esa decisión: ¿hemos tratado a los acusados de haber cometido delitos de lesa humanidad como enemigos? Y para pensar sobre el propio *Muiña*: ¿la minoría comete prevaricato o intenta resolver violando el Estado de Derecho? ¿la mayoría recompone el Estado de Derecho? Como señalé hace un momento, el voto de la mayoría no continúa ni parece tener interés en continuar con la jurisprudencia que la CSJN comenzó en *Simón* y, en cambio, retoma una argumentación que constituyó la disidencia en aquel fallo. Sin embargo, no da argumentos para justificar este cambio ni tampoco para poder comprender esta posible argumentación alternativa. Todo nos lleva a pensar que estamos ante una mala fundamentación de la solución que tomó la mayoría. Veamos esto con un poco más de detalles.

Es muy posible que se puedan identificar situaciones en las que las decisiones tomadas sobre los condenados por juicios de lesa humanidad puedan ser criticadas o que carezcan de una fundamentación adecuada. Sin embargo, intentar mostrar que eso implicó tratarlos como enemigos, violar el Estado de Derecho o crear un mundo paralelo para perseguir a determinadas personas también requiere de mayor fundamentación.¹⁸ Es importante recordar que muchos de los teóricos que han criticaron ciertas decisiones que involucraron a condenados por delitos de lesa humanidad lo hicieron brindando argumentos legales y morales para sostener que eran decisiones equivocadas o que tenían fundamentos deficitarios para restringir determinados derechos.¹⁹ Sin embargo, ningún de ellos aseguró que no

17. CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, 14/06/2005, Considerando n° 96 del voto del Juez Fayt.

18. Pienso en situaciones muy discutibles y fundamentadas de una manera muy liviana (cuando se debió ser más exigente que en cualquier otro caso) en las que las decisiones parecen muy arbitrarias. Por ejemplo, la negativa del Consejo Superior de la UBA a la petición de estudiar en la universidad presentada por los detenidos por crímenes de lesa humanidad, la discusión sobre el tipo de lugar en el que tienen que estar los condenados por delitos de lesa humanidad y las posibilidades de salir anticipadamente, etc.

19. Ver entre otros, TAMBURRINI, C., “Trading Truth for Justice?”, *Res Publica*, 16:153, 2010; HILB, C., *Usos del Pasado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013; RISSO, M. V. y GULLI, M.

estábamos tratando a esos condenados y procesados como ciudadanos que forman parte del Estado de Derecho. Es bien difícil encontrar algún caso en el que pueda mostrarse una arbitrariedad del Estado en el trato brindado. Además, es importante recordar que muchas de las razones para defender esas decisiones se originan en *emociones reactivas*²⁰ que experimentamos con los peores criminales de la historia del país. Esto, sin embargo, no justifica que esas decisiones puedan ser criticadas, revisadas o rechazadas. Lo que debemos rechazar es la descripción inadecuada de una decisión discutible.

Me interesa retomar algunos de los argumentos del voto de Fayt que, como señalé, están implícitos en el voto de la mayoría y en particular con aquello que ha sido llamado el derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*).

III. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

Nuevamente, según el voto de Fayt, el derecho penal del enemigo se caracteriza, entre otras cosas, por el hecho de asumir que, por ejemplo, los principios constitucionales asumidos por el derecho penal no representan nunca obstáculos para aplicar el derecho penal. De este modo, el principio de legalidad es visto como un impedimento que el legislador procura eludir conscientemente en atención a las "complejidades" derivadas del mandato de determinación que dicho principio conlleva. Agrega Fayt en su voto que, en un régimen totalitario se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos en tanto hace a su naturaleza la diferencia entre "amigos" y "enemigos" en la clásica distinción de Carl Schmitt. Por

B., "El derecho a la educación de los condenados y procesados por delitos de lesa humanidad. Un análisis crítico de la Resolución del Consejo Superior de la UBA" en BOUVIER, H.; GULLI, B. y IOSA, J. (eds.) *El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial*, Córdoba, Ferreyra Editor, 2014; GARGARELLA, R., "El republicanismo frente a los crímenes de lesa humanidad" en BEADE, G. A. y PENNA, G. (eds.), *Memoria y Castigo en los Juicios de Lesa Humanidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc (en prensa), 2018.

20. En el sentido en el que lo presenta el filósofo Peter Strawson. Ver sobre esto STRAWSON, P.F., *Freedom and Resentment and Other essays*, London, Routledge, 2d. ed. (capítulo I), 2008 y, recientemente, WALLACE, R. J., "Emotions and Relationships: On a Theme from Strawson", en SHOEMAKER, D. y TOGNAZZINI, N. (eds.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, Volumen 2, Oxford, Oxford University Press, 2014.

el contrario, en un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse tal distinción entre “ciudadanos” y “enemigos” como “sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos”. En efecto, los derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (e.g. el principio de legalidad) y procesal penal son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo.²¹

Si bien es posible pensar que violar el Estado de Derecho implica tratar a los ciudadanos como enemigos esto requiere de alguna explicación más profunda que la que presentó Fayt en su decisión en *Simón*. Muchas de estas consideraciones que menciona Fayt las toma de textos que surgieron luego de que el penalista alemán Günther Jakobs desarrollara el concepto del Derecho Penal del enemigo.²² Según Jakobs, el derecho penal del enemigo es derecho en otro sentido, porque el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos. Los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas porque tienen un derecho a la seguridad. En esta medida el Derecho Penal del enemigo combate peligros.

Entiendo que seguir la formulación de Jakobs tiene sentido (o solo tiene un sentido ajustado a su propuesta) si seguimos sus presupuestos para pensar en el concepto de enemigos, esto es su teoría de la prevención general positiva: si su idea se basa en reforzar las expectativas normativas que los miembros de una comunidad deben tener sobre las leyes penales, la criminalización de determinadas conductas que apuntan a un grupo particular

21. CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, 14/06/2005, Considerando n° 96 del voto del Juez Fayt.

22. Ver JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y del enemigo” en JAKOBS, G. y CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, y también PAWLK, M., *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

de personas (los posibles terroristas) se entiende mucho más su tesis sobre el Derecho Penal del enemigo.²³ Si la idea de que la prevención general positiva, apunta a la disuasión de posibles infractores de normas penales, esto explica mejor la idea de adelantarse a la posibilidad de que terroristas cometan determinadas acciones criminalizando ciertas conductas y castigando más severamente otras. También el hecho de que los acusados de delitos sean encerrados sin procesos penales establecidos en cárceles no reconocidas legalmente tiene como finalidad, mediante medios moralmente cuestionables, prevenir futuros ataques terroristas. En definitiva, todas estas medidas destinadas a estos enemigos tienden a prevenir futuros peligros. Sin embargo, la construcción de enemigos, en el sentido en que lo menciona Jakobs en su texto requiere de un esfuerzo mayor para acercarlo a la idea que propuso Fayt.

Mi punto aquí es que, si no podemos acercarnos a pensar la idea del derecho penal del enemigo en este caso *a la Jakobs*, porque es incorrecto teóricamente, debemos buscar alguna interpretación alternativa o pensarlo de un modo diferente. Quiero decir, no es posible asociar esta tesis de Jakobs con estos casos particulares porque en los casos de violaciones a derechos humanos por la comisión de delitos de lesa humanidad la teoría de la prevención general positiva tiene bastante poco que decir. Las críticas a la prevención o a la disuasión son bien conocidas y se aplican también a estos casos. Si no es posible pensar que si Muiña se hubiera resuelto de una manera diferente (quizá como lo hizo la minoría) estaríamos tratando a los condenados por delitos de lesa humanidad como enemigos, deberíamos rechazar, de nuevo, el argumento de la "defensa del Estado de Derecho".

Identifico, como la hacen muchos teóricos y filósofos, que el castigo en los delitos de lesa humanidad se explica mejor en términos retributivos. Creo que la retribución es una teoría que explica mejor la función del castigo, en particular en la variante que he defendido en otros lugares: me refiero a una teoría retributiva-comunicativa.²⁴ Me propongo en el final del trabajo presentar rápidamente las ideas que creo que una teoría del castigo retributiva-comunicativa debería tener y trato de vincularlo con aquello

23. JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1991, pp. 1-16.

24. BEADE, G. A., *Suerte moral, castigo y comunidad: un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid, Marcial Pons (en prensa).

que me propuse al principio del texto: vincularlo con una (mala) interpretación de aquél diseño de los juicios a las juntas construido por Carlos Nino y Jaime Malamud Goti.

IV. ¿POR QUÉ INCULPAR Y CASTIGAR?

Primero, es necesario efectuar una aclaración previa. Creo que para definir los contornos de la responsabilidad penal debemos tomar como punto de partida la noción de inculpación.²⁵ En las comunidades en las que vivimos, la inculpación es una expresión de desaprobación de la comunidad que se manifiesta a través de ciertas emociones como la ira, el resentimiento entre muchas otras.²⁶

Inculpar o reprochar es un modo de tratar al ofensor como un agente moral. Esta es la manera en la que debemos tratarlo porque el ofensor es un miembro competente de nuestra comunidad moral. Esta idea de comunidad se define por entender qué es lo que le debemos al otro, teniendo en cuenta para ello, la relación en la que estamos vinculados. Básicamente, nos debemos un trato con igual consideración y respeto. Sin embargo, el ofensor violó los términos básicos de ese entendimiento y por eso se lo recordamos a través de la inculpación.²⁷

La inculpación actúa en términos simbólicos intentando capturar o hacer justicia considerando la conducta del ofensor -quien debe responder como un miembro de la comunidad- que violó los términos básicos de la relación.²⁸ Esta violación implica que nosotros, los miembros de la comunidad, debemos suspender parcialmente actitudes de buena voluntad, respeto y consideración que normalmente serían debidas a una persona con

25. En este punto creo que, como muchos filósofos del castigo, existe un vínculo entre la responsabilidad moral y la responsabilidad penal. Sin embargo, este criterio no es compartido por algunos filósofos morales. Ver SHOEMAKER, D., "On Criminal and Moral Responsibility" en TIMMONS, M., (ed.), *Oxford Studies in Normative Ethics*, Volumen 3, Oxford, Oxford University Press, 2013.

26. Estas emociones fueron caracterizadas por Peter Strawson como emociones reactivas (*reactive attitudes*). La inculpación surge como una consecuencia de las emociones reactivas en este sentido *strawsoniano*.

27. BENNETT, C., "The Expressive Function of Blame", en COATES, J. y TOGNAZZINI, N. (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 76-77.

28. *Ibid.*, p. 78.

quien tenemos tal relación. Esta suspensión debemos hacerla en una forma proporcionada a la seriedad del mal causado.

Por el momento, todas estas afirmaciones no alcanzan para justificar el castigo a otro. Es necesario explicar por qué debemos legitimar el uso de la coerción del Estado que está detrás de la imposición de un castigo.²⁹ Es necesario, además, decir mucho más para poder justificar el vínculo entre la inculpación y el tipo de teoría del castigo retributiva-comunicativa que pretendo defender, brevemente, a continuación. Pensar el castigo en términos retributivos quizá no quiera decir lo mismo que hace algún tiempo atrás. Tampoco responde a la (mala) caracterización que realizan algunos teóricos y comentaristas en sus libros de estudio.³⁰ La idea de la retribución *pura*, esto es, responder con la imposición de un mal a la concreción de un mal previo como una manera de generar un bien -en el ideal kantiano tradicional- no es representada por lo que se ha denominado el renacimiento del retribucionismo.³¹ Tampoco los filósofos del castigo, en la actualidad, siguen esos criterios del retribucionismo tradicional. Sus puntos de partida se centran en la idea del merecimiento, la censura y la proporcionalidad.³²

Yo simpatizo con una forma de pensar el castigo retributivo que intenté defender, parcialmente, en otros lados.³³ Pienso que castigar a alguien tiene la finalidad de que la comunidad exprese la desaprobación de un acto, en principio, prohibido. Esta expresión de la comunidad tiene como finalidad censurar y reprochar el acto cuestionado. De este modo, castigamos para señalar que había un acuerdo en el que habíamos establecido que *eso* no era lo que íbamos a hacer. Llegamos a ese acuerdo comunitario en el que todos participamos y por eso, esa regla no debía ser violada. Pero volvamos un poco hacia atrás, quisiera enfocarme en las emociones reactivas que involucran al castigo.

Castigar es un modo de expresar sentimientos de resentimiento, in-

29. Las emociones reactivas, como el resentimiento y la ira, que surgen cuando alguien es afectado físicamente o sufre una agresión por ejemplo, deben ser consideradas con un poco más de precisión si se trata de imponer un castigo. Ver STRAWSON, P., ob. cit., p. 7.

30. Particularmente los manuales alemanes con los que nos formamos tienen estos defectos, ver, por ejemplo, KINDHÄUSER, U., *Strafrecht*, AT, 5, Auflage, Baden Baden, Nomos, 2011.

31. Véase DUFF, A. y GARLAND D., *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

32. HUSAK, D., "Retributivism in extremis", 32 *Law and Philosophy*, 3, 2013.

33. BEADE, G. A., *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017.

dignación, además de ser un juicio de reprobación y desaprobación de una conducta.³⁴ La expresión de la desaprobación y la censura que implica castigar a alguien tiene como finalidad que la comunidad le comunique al ofensor que ese acto está prohibido como una forma de recordarle el mal que infringió a otros y también recordarle a sí mismo qué es lo que es incorrecto.³⁵ Este componente comunicativo es una característica definitiva del castigo y, en parte, lo distingue de meros actos de venganza en donde la finalidad de causar un mal como respuesta a otro es todo lo que uno desea.³⁶ El castigo tiene un significado simbólico que lo diferencia ampliamente de otro tipo de penalidades.³⁷ Como algunos autores han señalado, es difícil establecer concretamente qué es lo que un castigo expresa. En comunidades democráticas podría afirmarse que la comunidad expresa una fuerte desaprobación por un acto llevado a cabo por uno de sus miembros. En verdad podría establecer que el castigo es el juicio (como algo diferente a una reacción emotiva) de la comunidad señalando que lo que hizo el agresor es incorrecto.³⁸

Castigar tiene, como puede apreciarse, además de censurar los actos incorrectos, al menos dos finalidades: en primer lugar, una dirigida hacia al ofensor que requiere aceptar su error además de llevarlo a reflexionar con el objetivo de lograr su arrepentimiento y la reparación del daño, de ser eso posible. Por el otro lado, la segunda finalidad que tengo en mente se relaciona con la víctima y la comunidad. Es importante centrarnos en los miembros de la comunidad, quienes toman en cuenta que el hecho prohibido es censurado y castigado. Sin duda que esto difiere bastante del tradicional "ojo por ojo diente por diente". Esta tesis que defiende se enrola en las llamadas teorías comunicativas que ven en la imposición de un castigo un proceso reformativo y que aspira a través de la censura y la inculpa- ción la reconciliación del ofensor con la comunidad.³⁹ La imposición de un

34. FEINBERG, J., *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1970, p. 98.

35. MORRIS, H., "A Paternalistic Theory of Punishment", *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N° 4, 1981, p. 268.

36. *Ibid.*, p. 264.

37. FEINBERG, J., ob. cit., p. 98.

38. FEINBERG, J., ob. cit., p. 98.

39. Ver MORRIS, ob. cit.; DUFF, R. A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

castigo obedece a la finalidad de expresar la reprobación de la comunidad al agresor, pero también de concentrarse en el resto de los ciudadanos, de su relación con el ofensor y del vínculo con las reglas morales y legales. Entiendo que la expresión de la reprobación tiene un componente comunicativo relevante que no solo se enfoca en el ofensor sino también vincula al resto de la comunidad. Según entiendo, la expresión de la reprobación, no solo le comunica al agresor de una forma clara que lo que hizo era incorrecto, sino también se dirige al resto de la comunidad, cuyos miembros a partir de ese momento comienzan a tener ciertas obligaciones respecto del proceso que implica castigar a otro.⁴⁰ Estas obligaciones no solo incluyen el modo en que el ofensor será castigado sino, principalmente, la forma en que será recuperado para la comunidad. Dentro de esta visión que ofrezco se vislumbran objetivos ulteriores como reconstruir una comunidad a través de la promoción de la reconciliación. El objetivo es lograr que el ofensor advierta el mal causado con su conducta, pero además que tenga una oportunidad para que él se arrepienta, se disculpe y repare su daño en la medida de lo posible.⁴¹

Lo primero que surge de esta ajustada presentación teórica es la implausibilidad de llevar adelante, en estos casos, algunos de estos presupuestos teóricos como la reconciliación. La gravedad de los crímenes de los que hablamos impide que reflexionemos en esta dirección. Lo segundo es que, en teoría, el voto de la mayoría no está proponiendo ninguna reconciliación, entonces ¿por qué deberíamos ocuparnos de este punto? Creo que es posible pensar estos dos puntos de forma independiente. Es posible dar razones para explicar la idea de que, en este caso en particular, no están dadas las condiciones para que la idea de la reconciliación funcione y también pensar porque la mayoría de la CSJN nos propone algo que se parece bastante a eso, aunque no sea exactamente lo mismo.

40. Esto difiere de lo que expresa Antony Duff, para quien expresión y comunicación no pueden entenderse conjuntamente. Según Duff, la expresión solo se enfoca en el agresor y no en el resto de la comunidad. Entiendo que en la expresión no hay diálogo, solo reprobación. Ver DUFF, R. A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 235; Decididamente en DUFF, R. A., *Punishment, Communication...*, ob. cit., p. 79.

41. DUFF, R. A., *Punishment, Communication...*, ob. cit., pp. 79-80.

V. RECONCILIACIÓN Y “RECONCILIACIÓN INSTITUCIONAL FORZADA”

La censura y el reproche de las conductas prohibidas son dos actos que se concretan cuando llamamos a alguien a rendir cuentas en un juicio. Cuando un acusado acude a rendir cuentas ante sus pares, tiene la oportunidad para reconocer sus errores y aclarar lo que desea aclarar. También es el momento en el que un acusado pueda enfrentar a testigos y víctimas del hecho que cometió. Dentro de un contexto democrático, castigar a otro tiene como una de sus finalidades reincorporar al ciudadano a la comunidad a la que pertenece. Debemos intentar recuperar lo más rápido posible a un individuo que cometió un error. Para eso, es necesario, *inter alia* que quien recibe el castigo efectúe un aporte para lograr reconciliarse con el resto de la comunidad *arrepintiéndose* de lo que hizo.

Algunos autores han sostenido que los juicios penales, en el contexto de los delitos de lesa humanidad de la última dictadura, son un obstáculo para la reconstrucción de la comunidad.⁴² Uno de los argumentos es que no es posible reconciliarnos con la amenaza del castigo de por medio. Otro de los argumentos es que no podemos seguir castigando y persiguiendo a personas mayores. Tengo la intuición contraria: creo que sería difícil reconciliarnos si, al menos, no hubiera un reproche de por medio. Sería extraño pensar que alguien pudiera venir a mi casa, romper todo lo que encuentra a su alcance, y yo solo atinara a decir “destrozaste mi casa, pero no te culpo por ello”.

Por otra parte, me interesa preguntarme: ¿qué razones tenemos para reconciliarnos con aquellos que creen que hicieron lo correcto? ¿Por qué deberíamos pensar que la edad de quien cometió delitos graves o el tiempo que pasó entre el delito y la condena produzcan cambios en las personas? ¿Por qué esos cambios –imperceptibles o no explicitados– funcionarían como razones para no castigarlos?⁴³ De estas posibles respuestas no se derivan soluciones fuertes que podamos discutir en este contexto. Como señalé en otro lado, la reconciliación requiere que quienes están enfrentados dejen de lado sus posiciones y logren un acercamiento. Esto

42. Cuestiono este punto de vista en BEADE, G. A., “Las razones del castigo retributivo ¿alternativas a los juicios de lesa humanidad?”, en *Pensar en Derecho*, 6, 2015, p. 173-194

43. Se ha dicho que “No se puede juzgar a un viejito por lo que hizo hace 20 años”, [<http://www.infobae.com/politica/2017/05/07/jaime-malamud-goti-esta-bien-el-fallo-de-la-corte-los-grupos-de-ddhh-no-pueden-desconocer-garantias-procesales/>].

no siempre es sencillo. De nuevo, creo que los crímenes de los que estamos hablando requieren de algo más que "poner la otra mejilla". El castigo no necesariamente obstruye la reconciliación. Es la inculpación y, tal vez, el castigo lo que da lugar a que el agresor reflexione sobre aquello que hizo y pueda, entonces, arrepentirse. La comunidad debe estar abierta a percibir esas señales y hacer esfuerzos por la reconciliación. Pero la reconstrucción de la comunidad solo será posible si aquellos que causaron males graves a otros se arrepienten de lo que hicieron. Esto no es lo que sucede en el caso argentino. Sin embargo, el voto mayoritario en *Muiña* pretende conseguir algo que llamo la "reconciliación institucional forzada" y que se afirma en la idea de cerrar el capítulo de los juicios de derechos humanos de un modo cuestionable. Explico un poco más esta idea.

La mayoría de la Corte cree interpretar algunas de las ideas de Nino y Malamud Goti de la siguiente manera: los juicios a las juntas diseñados por el gobierno de Alfonsín tenían la misión de inculpar y castigar a los comandantes y a los cargos más altos de los militares intervinientes en los hechos investigados. No había intención de enjuiciar a los cargos intermedios y cargos bajos porque lo que pretendían eran realizar juicios rápidos que dieran al mundo una respuesta concreta que evidenciara que el pasado turbulento del país no quedaría impune. Si esto hubiera ocurrido de esta manera y los comandantes y generales hubiera sido sentenciados y hubieran cumplido su castigo en forma total, el plan hubiera sido, en parte, exitoso. Sin embargo, las investigaciones fueron avanzando y sucedieron hechos que determinaron el recorte de ciertas investigaciones y la culminación de otras (mediante las leyes de obediencia debida y punto final)⁴⁴ y decisiones cuestionables (el indulto dictado por el presidente Menem) que destruyeron esos principios de justicia que el plan de Alfonsín quiso sostener.

De acuerdo con el desarrollo de este texto, no es posible decir que la mayoría de la CSJN en *Muiña* solo aplicó la regla de la ley penal más benigna, ni tampoco que consiguió salvar el Estado de Derecho. Entonces queda pendiente establecer qué es lo que quiso hacer la mayoría de la CSJN en el fallo. Interpreto al fallo como un intento errado de retomar aquel plan

44. Las leyes de obediencia debida y punto final respondieron, en algún modo al plan original ideado por Nino y Malamud Goti: limitar la responsabilidad solo a los altos mandos de las fuerzas armadas. En este sentido, ver MALAMUD GOTI, J. y ENTELMAN, R., "La 'ley de punto final'. Respuesta al Profesor Julio Maier", *Doctrina Penal*, N° 38, 1987. Esta afirmación es ratificada por Martín D. Farrell aquí: [<https://www.youtube.com/watch?v=gtx9PaaVQ8>].

de 1985. La decisión tiene como objetivo empezar a cerrar este capítulo de un modo tan abrupto como fueron estas dos circunstancias históricas que acabo de mencionar. El argumento que utilizan es que no deberíamos desear violar el Estado de Derecho. Si nuestro deseo de defender la legalidad es fuerte, entonces el resultado es el voto de la mayoría. Este deseo, parece advertirnos la CSJN, tiene consecuencias que pueden ser moralmente desagradables, pero que son legalmente justas y debemos aceptarlas. Ahora, sí como señalé esta posibilidad no es la única que tenía a mano la mayoría, la pregunta que debemos hacernos es si la CSJN tiene razones para obligarnos a aceptar una modificación de su propia jurisprudencia con argumentos tan débiles y, además desconocer los avances que surgieron con los nuevos juicios para avanzar en este intento.

Tampoco es posible comprender qué motivos tuvo para sospechar que su autoridad, con esta nueva integración, iba a permitir una decisión tan antipática -pero además tan controvertida- estuviera exenta del repudio masivo que tuvo. Así como no es posible pensar en un tipo de reconciliación porque quienes nos ofendieron tan gravemente no solo no reconocieron sus errores, sino que además creen que debemos honrarlos por habernos salvado de algún peligro coyuntural, tampoco es posible pensar en un tipo de reconciliación propuesto de esta manera por una decisión de un tercero como la CSJN. Esta decisión, además, no nos da razones para pensar que debemos reconciliarnos porque hubo un arrepentimiento, sino que nos quiere llevar a pensar que debemos acceder a liberar a muchos condenados por delitos graves porque "es lo único que puede hacer el Estado de Derecho".

Una lectura atinada del plan de 1985 nos debería llevar a reconocer estas interrupciones como parte de situaciones indeseables y defender la continuidad de los juicios y el mantenimiento de los castigos hasta su finalización. Debería reconocer que los juicios y las investigaciones que comenzaron en 1985 permitieron dar un primer paso para conocer hechos y situaciones que solo fueron apareciendo con el correr de los años y el trabajo de muchas personas. También que las razones para castigar a otros, como mencioné en el punto anterior, son independientes de la edad de los perpetradores o del tiempo que haya pasado entre el hecho que cometieron.⁴⁵ Por último, que mantener el Estado de Derecho depende de muchas

45. Claro que esto si depende de decisiones legales que regulan los plazos de persecución penal.

cosas, entre ellas, evitar utilizar a las leyes democráticas como artilugios o trucos para imponer decisiones morales.

VI. PALABRAS FINALES

En este por demás extenso comentario, intenté presentar mis objeciones al fallo *Muiña* de la CSJN. En resumen, podría decir que, por un lado, el fallo es técnicamente objetable y que adolece de una debilidad severa en sus fundamentos. La solución que aplican al caso es, al menos, discutible. La mayoría de la CSJN no solo evita mostrar cuáles eran las otras soluciones alternativas que su decisión descarta, sino que, además, pretende obligarnos a creer que era la única alternativa que tenía para defender el Estado de Derecho. Tampoco justifica, en modo alguno, el criterio de selección del fallo, ni hace esfuerzos por justificar su apartamiento de su propia jurisprudencia construida desde *Simón* en adelante.

En la segunda parte del trabajo me encargué de mostrar el vínculo entre el argumento de "la defensa del Estado de Derecho" con el voto en disidencia del Juez Fayt en *Simón*, y la equivocada referencia al trato como enemigos que podríamos haberle dispensado a los acusados por delitos de lesa humanidad. Por último, intenté señalar que la CSJN pretende cerrar muchos de los asuntos vinculados con nuestro pasado turbulento mediante lo que denominé "reconciliación institucional forzada".

BIBLIOGRAFÍA

- BEADE, Gustavo A., "Las razones del castigo retributivo ¿alternativas a los juicios de lesa humanidad?" en *Pensar en Derecho*, 6, 2015.
- , "El principio de legalidad penal. Significado y alcance del *nullum crimen sine lege*", en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: una mirada igualitaria*. Tomo II, Buenos Aires, Thompson Reuters, 2016.
- , *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017.
- , *Suerte moral, castigo y comunidad: un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

- BENNETT, Christopher, “The Expressive Function of Blame”, en COATES, Justin y TOGNAZZINI, Neal (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxfordm Oxford University Press, 2013.
- DUFF Antony, *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- , *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DUFF, Antony y GARLAND, David, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970.
- GARGARELLA, Roberto, “¿Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna? El caso ‘Bignone’ y el ‘test de la mirada’”, en Suplemento Edición Especial LL, *Delitos de lesa humanidad*, 18 de mayo de 2017.
- , “El republicanismo frente a los crímenes de lesa humanidad”, en BEADE, Gustavo A. y PENNA, Gonzalo (editores), *Memoria y Castigo en los Juicios de Lesa Humanidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc (en prensa, 2018).
- HILB, Claudia, *Usos del Pasado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- HUSAK, Douglas, “Retributivism in extremis”, 32 *Law and Philosophy*, 3, 2013.
- JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y del enemigo”, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- , *Strafrecht AT*, 2, Auflage, Berlin, De Gruyter, 1991.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht AT*, 5, Auflage, Baden Baden, Nomos, 2011.
- MALAMUD GOTI, Jaime y ENTELMAN, Ricardo, “La ‘ley de punto final’. Respuesta al Profesor Julio Maier”, *Doctrina Penal*, N° 38, 1987.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, Oklahoma, Oklahoma Press, 1996.
- , “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *NDP*, 2000/B (ahora reimpresso en su libro *Crímenes de Estado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016).
- MORRIS, Herbert, “A Paternalistic Theory of Punishment”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N° 4, 1981.
- NINO, Carlos S., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

- RISSO, María Valentina y GULLI, María Belén, "El derecho a la educación de los condenados y procesados por delitos de lesa humanidad. Un análisis crítico de la Resolución del Consejo Superior de la UBA", en BOUVIER, Héran; GULLI, Belén y IOSA, Juan, *El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial*, Córdoba, Ferreyra Editor, 2014.
- SANCINETTI, Marcelo, "Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la Nación Argentina", en LOPEZ BARJA DE QUIROGA y ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley Penal - Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SHOEMAKER, David, "On Criminal and Moral Responsibility", en TIMMONS, Mark (ed), *Oxford Studies in Normative Ethics*, Volumen N° 3, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- STRAWSON, Peter F., *Freedom and Resentment and Other essays*, London, Routledge, 2d. ed., 2008.
- TAMBURRINI, Claudio, "Trading Truth for Justice?", *Res Publica* 16:153, 2010.
- WALLACE, Jay, "Emotions and Relationships: On a Theme from Strawson", en SHOEMAKER, David y TOGNAZZINI, Neal (eds.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, Volumen N° 2, Oxford, Oxford University Press, 2014.