

Cuatro enfoques sobre el caso “Bignone”

*Roberto Gargarella**

I. Introducción

En este breve texto, quisiera hacer cuatro breves consideraciones sobre el fallo pronunciado por la Corte Argentina en “Bignone”.¹ Me detendré en lo que daré en llamar i) la política del caso; ii) la sociología del caso; iii) la técnica jurídica del caso; y iv) la moral del caso.

i) La política del caso

Ante todo, señalaría que es difícil de comprender y aceptar la agenda de casos que viene construyendo la Corte, con su nueva formación –me refiero a su política de selección de casos–. Es claro que esta Corte, como cualquier otra, escoge y decide sobre los casos que quiere tratar, en el momento en que quiere hacerlo, y del modo en que quiere hacerlo. Entiendo que, en la materia del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, en nuestro país, tenía sentido, en esta nueva etapa política, enviar la señal de que iba a

* Abogado (UBA), 1984. Sociólogo (UBA), 1985. Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA). Master en Ciencias Políticas FLACSO, 1990. Doctor en Derecho (UBA), 1991. LLM, Universidad de Chicago, 1992. Jurisprudence Doctor, University of Chicago, 1993. Posdoctorado Oxford University, 1994. Becario J. S. Guggenheim, 2001. Becario H. F. Guggenheim, 2003-2004. Autor de una veintena de libros y un centenar de artículos sobre Derecho, Teoría Constitucional, Filosofía Política; correo electrónico: robert@utdt.edu. Agradezco a Leonardo Filippini sus comentarios a una versión diferente de este texto.

1. Fallo “Bignone”. CS / CFCP - Aplicabilidad de la ley 24.390 (2 x 1) a los delitos de lesa humanidad.

evitarse todo riesgo de una “justicia sesgada” o “de un solo ojo”. Podía justificarse, si se quiere, señalar que aún los conciudadanos que habían cometido las peores atrocidades iban a ser tratados con el máximo cuidado y respeto (volveré sobre este punto al examinar “la moral del caso”). Sin embargo, el hecho es que cuando uno mira hacia atrás y piensa sobre los primeros meses de la Corte en su nueva composición, se encuentra ya con toda una serie de fallos (que incluyen, por ejemplo, y junto a “Bignone”, a otros como “Villamil”, “Fontevicchia”, o “Alespeiti”) que insisten sobre la necesidad de reparar ciertas aparentes injusticias en materia de derechos humanos y juzgamiento del pasado, a la vez que descuidan la larga lista de injusticias sociales que acucian a nuestros conciudadanos, muchas de las cuales ya han golpeado las puertas de la Corte. Siempre, pero muy en particular en contextos de grave injusticia social, y luego de un largo período de violación de derechos, se impone que la Corte asuma un papel más presente en la cuidadosa reconstrucción del tejido de libertad e igualdad constitucional hoy destruido. Dicha reconstrucción requiere, sobre todo, de un extremo esfuerzo por volver a colocar a toda la ciudadanía en un mismo piso de igualdad. Ello exige, de parte de los tres poderes principales del Estado, una tarea cooperativa, especialmente destinada a rescatar a la mayoría de nuestros conciudadanos –millones de ellos– de la situación de miseria y dolor que padecen. En tal sentido, resulta preocupante la política del caso, esto es –en términos más generales–, la agenda de casos que viene construyendo la Corte, en su nueva composición, que reserva un espacio muy especial a los casos referidos a (moderar la condena sobre) los criminales de lesa humanidad; que incluye el desafío al sistema interamericano de derechos humanos (en “Fontevicchia”); el rechazo al derecho de la policía a sindicalizarse (“Sindicato Policial Buenos Aires”, del 11 de abril, 2017); o el considerar constitucional los límites a los derechos civiles de los condenados por más de tres años (“González Castillo”, caso sobre el que volveré al final). ¿Qué justifica estas elecciones? Más específicamente: ¿tiene sentido escoger esta línea de casos, dentro de la siempre limitada agenda de casos en que la Corte escoge hablar, en el marco de un país marcado por profundas e injustas desigualdades sociales?

ii) La sociología del caso

Dado que el caso “Bignone” involucra a uno de los hechos más atroces de la historia argentina –los crímenes cometidos por el proceso militar– y

frente al cual la sociedad argentina se muestra aún, con razón, hipersensibilizada, el tratamiento del mismo requería de parte de los jueces el cuidado más extremo. El extremo cuidado exigido requería, entre muchas otras cosas, un especial esfuerzo destinado a persuadir a la sociedad acerca del valor y la necesidad de lo que se estaba haciendo –por ejemplo, un esfuerzo destinado a persuadirla acerca de la importancia de asegurarle aún a los “peores enemigos” un trato lo más justo posible, o acerca de la urgencia de corregir ciertos errores previos. Sin embargo, el hecho de que el fallo de la Corte no fuera unánime, como solían serlo los fallos de la Corte en casos de máxima relevancia institucional, revela un descuido o desinterés inaceptables, en relación con la envergadura del caso que tenían frente a sí. Que la votación dentro de la Corte fuera tan dividida (3 contra 2), y que los votos se hayan ordenado del modo en que lo hicieron, sugiere, no tanto la presencia de cambios en las mayorías de la Corte, sino el privilegio que han dado sus miembros a ciertas rencillas o celos internos (alguno que quiere imponer su tema de agenda; algún otro que ha tenido como primera opción la de dejar mal situados al resto; etcétera) en desmedro del cumplimiento del deber institucional que tenían: contribuir a reorientar o solidificar la conversación colectiva sobre temas públicos cruciales, sobre los que estamos lejos de tener un acuerdo pleno.

iii) La técnica jurídica del caso

En cuanto a su contenido jurídico, el fallo de la Corte resulta cuestionable por una diversidad de razones. Aquí, solo me concentraré en una de ellas, relacionada con el modo en que la Corte interpretó las nociones de “ley más benigna” y “ley intermedia” –nociones centrales en el art. 2 del Código Penal, en torno al cual gira en buena medida la polémica generada por el caso. El art. 2 del Código Penal reza lo siguiente: “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 mi opinión, el artículo consagra un principio liberal muy importante en materia penal: forma parte de un modo razonable y garantista de pensar las normas penales. La idea es: queremos tratar a todos con igual consideración y respeto; y en tal sentido nos comprometemos a usar la norma que hemos acordado, y que dispense el mejor trato al condenado, si es que tenemos varias disponibles, aplicables al caso, y en aparente tensión

entre sí. Asumimos este compromiso aún, y en especial, en relación con los miembros más reprochables de nuestra comunidad –los que peor se han portado con nosotros–. Estos rasgos liberales e igualitarios de nuestro derecho penal (del derecho penal moderno, agregaría) serán asumidos aquí como perfectamente aceptables, y propios de una sociedad decente.

Ahora bien, la pregunta que el caso concreto plantea sobre nosotros refiere a si el beneficio que prevé el artículo alcanza a los criminales de “lesa humanidad” como Muiña, que invocan la aplicación de una ley (la 24.390), que fue aprobada en 1994 y derogada pocos años después, en mayo del 2001. Esa ley (la del “2 x 1”) procuró atender al reclamo de los presos (comunes) sin condena firme, y determinó que el tiempo de prisión preventiva sin condena firme contara doble: cada día de prisión preventiva representaría entonces dos días de prisión (o uno de reclusión).

Al respecto, es un problema que el criminal, en este caso Muiña, alegue dicha ley como “ley más benigna” que debe aplicársele, cuando él cometió sus crímenes mucho antes de que la ley del “2 x 1” apareciera (él cometió sus crímenes en 1976), a la vez que su pena le fue impuesta mucho después de que la ley en cuestión fuera derogada (Muiña fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal en 2011, y su sentencia quedó firme en agosto del 2013).

Alguien podría decir que el citado artículo del Código Penal considera también como “ley más benigna” a las leyes vigentes en el “tiempo intermedio”, lo que genera la pregunta de si esta ley del “2 x 1”, que nació después de que Muiña cometiera sus crímenes, y murió antes de que él fuera detenido y condenado, califica como “ley intermedia.” Para la Corte, a partir de una lectura –desde mi punto de vista– indebida y toscamente literalista, la respuesta es positiva, como lo es también para buena parte de la doctrina penal (lo admita en voz alta o no). En mi opinión, no es aceptable una lectura literal como la que se propone, cuando el cómputo de la pena que se le hizo a Muiña tuvo lugar en un momento en el que ya no regía dicha ley (la del “2 x 1”), siendo además que la prisión preventiva que él padeció no ocurrió antes o durante el tiempo en que dicha ley estuvo vigente (ello, más allá del hecho de que, en razón de las leyes de perdón vigentes durante el tiempo en que regió la ley del “2 x 1”, Muiña no pudo ser sometido en esos años a un régimen de prisión preventiva como el que la ley 24.390 quiso reparar). Es decir, Muiña no tuvo la oportunidad de “motivarse” por la ley del “2 x 1” en ningún momento: la ley no regía cuando él cometió el crimen, ni cuando

fue detenido, ni cuando fue procesado, ni cuando fue condenado, ni cuando cumplía su condena.

Los casos en que alguien se ve motivado por una ley que regía en alguno de los momentos citados –cuando comete el crimen, cuando es detenido, cuando cumple su condena, etcétera–, se encuentran amparados por el art. 2 del Código. La invocación de la “ley más benigna,” en tales situaciones, es perfectamente comprensible y razonable en una sociedad decente, que quiere regirse por principios liberales en materia penal, y que quiere tratar a todos sus miembros como iguales. Pero resulta irrazonable e incomprensible que, en esa misma sociedad, alguien invoque una norma que solo rigió en unos años en donde él nunca pudo reorientar sus actos en razón de ella, ni nunca pudo tener la expectativa razonable de que se le aplicara.

iv) La moral del caso

Conforme anticipara, la única motivación moral importante que alguien (incluyendo a los miembros firmantes de la mayoría, en “Bignone”) podría invocar como respaldo del fallo reside en la necesidad de resguardar derechos fundamentales “aún para las minorías que no queremos”: “derechos aún para nuestros enemigos”. Por ejemplo –pudieron pensar los jueces de la mayoría– no es justo que alguien –trátese de un inocente o el peor represor de la dictadura– se encuentre privado de la libertad y sin condena, por 5, 10 o 15 años. Una consideración como la señalada resultaría comprensible y valiosa, en tanto valoración propia de un liberalismo principista, irreductible, consistente, dispuesto a mantener en alto y firmes sus convicciones, aun –sino en especial– cuando ellas se ponen a prueba y nos llaman a beneficiar “a quienes menos queremos”: “ellos” tienen exactamente los mismos derechos que nosotros. Alguien podría alegar, en favor de esta posible y polémica reconstrucción de lo decidido por la Corte en “Bignone”, otros fallos recientes suyos, en la misma área, como el que pronunciara la Corte en “Alespeiti” del 18 abril 201. En dicha oportunidad, el máximo tribunal revocó un fallo que había dejado sin efecto la prisión domiciliaria a un condenado por crímenes de lesa humanidad, mayor de 85 años. Otra vez, podría decirse, “a la Corte le interesa proteger los derechos de todos los condenados –aun los de esta minoría objeto de fuertes resistencias mayoritarias– en su liberal preocupación por asegurar de modo igual los derechos de todos”.

Ahora bien, esa posible, benigna reconstrucción de cuál es el principio moral del caso, resulta deshabilitada cuando uno examina casos posteriores, como el citado “González Castillo”. En esta oportunidad, la Corte volvió a pronunciarse sobre los derechos de personas condenadas, condenadas aquí –sin embargo– en razón de crímenes comunes, y no por crímenes de lesa humanidad. En su decisión, la mayoría de la Corte se alineó con lo que dictaminara el procurador fiscal Eduardo Casal, para validar como constitucionales las restricciones temporales a la capacidad civil de las personas condenadas a más de tres años de prisión. La decisión de la Corte implicó dejar atrás el pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal que, por mayoría, sostuvo la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, que priva de la patria potestad a los condenados por más de tres años (y mientras dure su pena), como también de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos, sujetando al penado al régimen de curatela establecido para los incapaces. Conforme al fallo de Cámara, tales disposiciones “contienen los vestigios históricos de la *muerte civil*, y representan un agravamiento irrazonable de las penas privativas de la libertad” (énfasis añadido).

Según dijera, lo que el caso “González Castillo” hace, entre otras cosas, es bloquear la invocación del principio moral que, en su mejor presentación, podían aspirar a invocar en respaldo de su decisión, los firmantes de la mayoría en “Bignone”. En efecto, “González Castillo” deja en evidencia que el “hilo moral” que vincula y ata a los últimos fallos de la Corte no es el del “cuidado especial por las minorías más odiadas”. La Corte pudo haber mostrado su convicción liberal profunda y consistente afirmando otra vez, en “González Castillo” aquel principio que pudo haber invocado o querido invocar en “Alespeiti” y “Muiña”. El principio diría: “nuestra misión es la de afirmar los derechos de todos, y en particular de las minorías sobre las cuales existen extendidos prejuicios”. En “González Castillo”, la Corte pudo –y debió– razonar de ese modo, a la luz del evidente y grave recorte de derechos que sufre el condenado, alguien que –a diferencia de cualquier ciudadano, y sin una razón significativa– se ve privado de derechos civiles fundamentalísimos (notablemente, los vinculados con el ejercicio de la patria potestad), por encima de la grave restricción de libertad que ya sufre. Se trata –me parece claro– de un caso en donde una mayoría legislativa ejerce sus fuertes prejuicios contra minorías a las cuales repudia. El repudio social puede entenderse, pero otra cosa es traducir institucionalmente ese

disgusto en un recorte de los derechos sobre las minorías repudiadas. La Corte debió resistir dicha posibilidad, en línea con lo sostenido por la Sala IV de la Cámara, y en consistencia con el principio de “protección especial de los derechos de las minorías más odiadas”. Pero no fue lo que hizo: escogió ratificar esa condena y el recorte de derechos.

Por lo dicho, y examinando estas recientes decisiones, parece más clara una hipótesis alternativa, esta es aquella según la cual lo que explica el comportamiento de la Corte no es el liberal principio que –alguien podría alegar– motivaba sus decisiones en los casos referidos a los criminales de lesa humanidad, sino un sesgo ideológico indebido. De ese modo, la Corte no aprobó el test imaginario que tenía frente a sí: ella no se mantuvo incólume en el tipo peculiar de liberalismo irreductible que sugería en sus fallos previos sobre criminales de lesa humanidad. Cuando tuvo la oportunidad de demostrar que la movía un liberalismo principista y radical –un liberalismo dispuesto aún a desafiar el malhumor social más acentuado– la Corte terminó demostrando, en cambio, que lo suyo se parecía, más bien, a un indebido sesgo ideológico o de clase. El “hilo” que podía unir los derechos básicos de los criminales de lesa humanidad, y los derechos básicos de los criminales comunes, apareció roto entonces. La Corte confirmó entonces una lectura *asimétrica* de ambos tipos de casos –los relativos a los condenados por crímenes de lesa humanidad y los condenados comunes– mostrando una parcialidad injustificada en relación con los derechos de aquellos.²

En definitiva, el “hilo moral” que une a las últimas decisiones de la Corte, esto es decir, decisiones como las referidas a los derechos de los criminales de lesa humanidad en relación con el 2 x 1; la prisión domiciliaria para los represores ancianos; el alcance del poder de la Corte Interamericana; los derechos de la policía a la sindicalización; o el derecho de los condenados por más de tres años a ejercer la patria potestad; empieza a hacerse más visible, y el contenido que hasta hoy se advierte en sus compromisos de fondo resulta, más que decepcionante, preocupante.

2. Esta lectura “asimétrica” se corresponde con, y resulta ratificada por otros casos recientes decididos por la Corte, como –tal vez– “Fontevécchia”, sobre el alcance y peso de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; o –de modo más grave– en “Villamil”, en donde el máximo tribunal sostuvo que las acciones civiles contra el Estado en juicios de lesa humanidad no son imprescriptibles.