

El agua moja. O, lo que es lo mismo, las garantías constitucionales son iguales para todos

A propósito del caso “Castillo” (2025) de la Corte Suprema

por CARLOS JOAQUÍN GIANNESCHI^(*)

“Un Estado de Derecho no puede trasgredir las garantías del debido proceso sin degradarse a sí mismo en ese acto”.
“Castillo”, Fallos: 348:1357 (2025), considerando 13.

1. Aclaración preliminar

Estas líneas no pretenden ser sólo un comentario sobre el fallo “Castillo”⁽¹⁾. Si así fuera, sería suficiente decir que la Corte Suprema revocó una sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal que había confirmado la prórroga de la prisión preventiva de Castillo –imputado por la comisión de delitos de lesa humanidad– que, hasta el momento de la sentencia de la Corte (el 23 de octubre de 2025), había alcanzado casi doce años de duración.

Mi propósito consiste, centralmente, en formular algunas reflexiones sobre el escabroso tema de los juicios de lesa humanidad en nuestro país. El eje central de todo ello es, simplemente, abogar por el respeto de las garantías constitucionales. Todas ellas, todo el tiempo y sin importar a quién benefician.

Para ello, comenzaré por realizar un breve repaso histórico de los criterios jurisprudenciales que han guiado los procesos judiciales seguidos contra los imputados por delitos de lesa humanidad, el impacto de esos criterios en la imagen de la justicia, seguido de un análisis crítico de esos mismos criterios y una breve conclusión relacionando lo expuesto con el Estado de Derecho.

2. La ilusión duró poco

La frase popular que sostiene que “lo bueno, si breve, dos veces bueno” tiene sus excepciones.

El lunes 27 de octubre de 2025 comencé mi clase de grado sobre Teoría General del Proceso de una manera distinta. En ocasiones, cuando ocurren hechos jurídicos relevantes o la Corte dicta fallos que sientan precedentes vinculados con la materia, me tomo los primeros minutos de la clase de Teoría General del Proceso para comentarlos y analizarlos en conjunto con los alumnos. Me interesa saber cómo piensan, cómo aplican sus razonamientos jurídicos.

Me pareció que “Castillo” ameritaba esa ocasión. Al relatar los hechos de la causa, lo hice de una manera muy resumida y simplificada: el imputado fue detenido preventivamente en diciembre de 2013, una situación prorrogada por última vez en mayo de 2025. El fallo de la Corte es de octubre de 2025. Es decir, Castillo pasó casi doce años privado de su libertad, de manera preventiva. El juicio que

determinará su culpabilidad o inocencia comenzó el 18 de mayo de 2023 y, a la fecha del pronunciamiento de la Corte, seguía en trámite.

Con esos hechos sobre el tapete, hice mi pregunta: “¿les parece razonable que en un Estado constitucional de Derecho alguien pase tanto tiempo privado de su libertad de forma preventiva sin que haya recaído sentencia definitiva?”. Todos, al unísono, respondieron por la negativa.

Y aquí, deliberadamente, hice el agregado que cambió todo. “Está imputado como coautor material de delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar”. Una metamorfosis colectiva y paulatina se apoderó de los espíritus de mis alumnos y ya no fueron ellos –a quienes eximo de toda culpa– sino los repetidos dogmas de sus anteriores educadores los que hablaron. Uno a uno, fueron matizando sus respuestas, hasta que ninguno estuvo de acuerdo en conceder garantías constitucionales a Castillo. Hubo quien, frente a mis intentos por explicar la evidente razonabilidad del fallo, me interrumpió diciendo: “Yo entiendo perfectamente lo que usted intenta decir. Pero sigo pensando igual”.

Como si hubiera mirado directo a los ojos de Medusa, quedé de piedra. Dí por terminado el comentario y seguí con el tema que tenía preparado para esa clase. La ilusión de haber achicado la deuda con el Estado de Derecho, aunque más no sea mínimamente, duró 2 días hábiles o, para estirar el plazo a forma de consuelo, 4 días corridos.

3. La historia es circular. Y lo que no se aprende, se repite

Para entender por qué resulta relevante un fallo como “Castillo”, que no dice otra cosa que lo obvio, y por qué toda la comunidad jurídica argentina debe recibirlo con beneplácito, es preciso desandar un largo camino de varias décadas. Me limitaré a exponer sólo los hechos más trascendentes, para evitar agobiar al lector con otros datos que, si bien son importantes para la historia argentina, no son determinantes para exponer el punto que me propongo.

En el ocaso de la última dictadura, la Junta Militar que gobernaba *de facto* a la República Argentina decidió adoptar algunas medidas para asegurar su impunidad frente a posibles procesos judiciales futuros. Una de esas decisiones fue nombrar a dos nuevos jueces en la Corte Suprema frente a la salida de los jueces Carlos Alfredo Renom y César Black, vacantes que fueron cubiertas con Emilio Gnecco y Julio Martínez Vivot⁽²⁾, quienes prontamente diluyeron las ilusiones de blindaje de los militares, pues, en un gesto democrático, renunciaron a sus cargos el 9 de diciembre de 1983, un día antes de que Raúl Alfonsín asumiera su mandato presidencial⁽³⁾. Otra, fue la llamada “Ley de Pacificación Nacional”, N.º 22.924, dictada por el Presidente *de facto* Reynaldo Bignone, cuyo artículo 1 declaró extintas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos por las organizaciones terroristas o subversivas y también de los destinados a su prevención, ocurridos desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Sin embargo, esta norma tampoco logró cumplir las expectativas de los militares, ya que fue abrogada por el gobierno de Alfonsín mediante la sanción de la Ley 23.040.

Simultáneamente, se dictaron los decretos 157 y 158 de 1983 que ordenaron el enjuiciamiento de los líderes guerrilleros y los militares de mayor jerarquía⁽⁴⁾. Estos úl-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *En resguardo del debido proceso (inconstitucionalidad de una norma procesal penal)*, por FRANCISCO N. D’ATRI, ED, 200-688; *El garantismo abolicionista (A propósito de una crítica del profesor Favaretto)*, por HÉCTOR H. HERNÁNDEZ, EDPE, 06/2011-37; *En búsqueda de las garantías penales para los adolescentes por vía de un régimen penal de responsabilidad penal limitada*, por GABRIEL A. LANARO OJEDA, EDPE, 11/203-5; *Una mejora en la calidad del precepto constitucional del debido proceso legal en materia penal: la reforma procesal penal en la provincia del Neuquén*, por ARMANDO M. MÁRQUEZ, EDCO, 2014-293; *La implementación de la policía judicial y la garantía del debido proceso en materia penal*, por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2016-387; *La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o a la revocación de la prisión preventiva*, por EMILIO A. IBARLUCÍA, ED, 176-755; *Prisión domiciliaria - Análisis de la ley 26.472*, por AUGUSTO JAVIER MORENO, ED, 233-962; *¿De qué hablamos cuando hablamos de garantismo? Una mirada desde el debido proceso*, por NICOLÁS IGNACIO MANTEROLA, ED, 275-931; *La reincidencia y el principio de culpabilidad*, por PABLO DANIEL BRUZZONE, EDPE, 07/2018; *Prisión preventiva y riesgo de reiteración delictiva. Análisis jurisprudencial, legislativo y de derecho comparado*, por MARTÍN MIGUEL MONEDERO, EDPE, 01-02/2020; *La garantía de la doble instancia penal cuando una sala cambia sus criterios*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 260-601; *¿Prisión preventiva de oficio? La implementación de los arts. 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal*, por CARLOS E. LIERA, ED, 286-609; *Prisión preventiva y plazo razonable de juzgamiento en situaciones de excepción*, por LUIS GUSTAVO LOSADA, ED, 287-748; *La prisión domiciliaria y la anomia de la educación*, por GERMÁN E. GIMÉNEZ MEZA, Revista de Derecho Penal, Marzo 2023 - Número 3. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Magister en Derecho y Economía (UTDT). Profesor de grado. Correo electrónico: cjgianneschi@gmail.com.

(1) Fallos: 348:1357 y El Derecho Penal, diciembre 2025.

(2) Pellet Lastra, Arturo, “Historia política de la Corte (1930-1990)”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 397. Diegues, Jorge Alberto y García Mansilla, Manuel José, “La Corte Suprema durante el ‘Proceso de Reorganización Nacional’ (1976-1983)”, en Santiago, Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, T. II, pp. 1076/1079.

(3) Desde su juramento el 3 de octubre de 1983 hasta su renuncia el 9 de diciembre de 1983 ambos estuvieron solamente 67 días en sus funciones de Ministros. Récord únicamente superado por García Mansilla, quien se desempeñó 36 días como juez de la Corte, desde el 25 de febrero hasta el 4 de abril del 2025.

(4) De esta manera, se instaló la famosa teoría de los “dos demonios”.

timos, de acuerdo al artículo 3 del decreto 158, serían juzgados por un tribunal militar de acuerdo al Código de Justicia Militar vigente al momento, con apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Finalmente, ante la inacción del tribunal militar, fue ésta última –integrada por seis miembros– quien condujo el juicio, de acuerdo con el artículo 10 de la ley 23.049 que reformó el Código de Justicia Militar⁽⁵⁾. Ese proceso culminó con la conocida sentencia del 9.12.1985 que condenó a cinco de los nueve miembros de las Juntas Militares que gobernaron el país entre marzo de 1976 y diciembre de 1983.

Luego, llegarían las famosas leyes denominadas “de Punto Final” (Ley 23.492) y “Obediencia Debida” (Ley 23.521). Por la primera, se limitó el período por el cual se recibirían las denuncias por delitos cometidos durante la dictadura, fijándose la extinción de la acción penal en el plazo de sesenta días corridos a partir de la promulgación de la ley (ocurrida el 24 de diciembre de 1986) y, por la segunda, se procuró circunscribir personalmente el ámbito de persecución final. A esos fines, se estableció la presunción *iuris et de jure* de que quienes revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, así como los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, obraron en virtud de una “obediencia debida” o en “estado de coerción” y, por ello, no eran penalmente responsables de los delitos cometidos durante la dictadura.

En 1987, al resolver la causa “Camps”⁽⁶⁾, la Corte decidió que la Ley de Obediencia Debida era compatible con la Constitución Nacional, al haber sido dictada por el Poder Legislativo dentro de las facultades conferidas por aquella.

Sin embargo, ambas leyes fueron primero derogadas por la Ley 24.952 en 1998 y luego declaradas “insanablemente nulas” por la Ley 25.779 en 2003. La diferencia no es baladí. La derogación mira hacia el futuro, mientras que la nulidad lo hace hacia el pasado. Si las leyes son “insanablemente nulas”, pueden retrotraerse los efectos producidos. Es decir, en los casos concretos, las acciones penales no se extinguieron y todos los militares, sin importar si emitían órdenes o sólo las ejecutaban o su jerarquía castrense, fueron responsables de los delitos cometidos.

Entre medio de “Camps” y las leyes mencionadas en el párrafo anterior, se produjeron dos hechos de relevancia para la línea histórica que intento trazar: a) los indultos del ex Presidente Menem, firmados entre 1989 y 1990, que beneficiaron a más de 1.200 personas⁽⁷⁾; b) la reforma constitucional de 1994 que introdujo diversos tratados internacionales de derechos humanos, otorgándoles jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Ese mismo artículo previó la posibilidad de que, mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, otros tratados y convenciones sobre derechos humanos adquirieran dicha jerarquía. Ese fue el caso de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁽⁸⁾ y de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁽⁹⁾, que disponen, respectivamente, que “la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción” (art. 7) y que “los Estados Partes en la presente Convención se

comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida” (art. 4).

Con este telón de fondo y a caballo de un cambio del *Zeitgeist* nacional respecto de los juicios a las juntas, Néstor Kirchner consideró necesario reabrir los juicios a los militares y, para cumplir con ese propósito (cuya promesa había sido una de las bases principales de su campaña presidencial), hubo que sortear los problemas de los indultos, la imprescriptibilidad, la cosa juzgada y las leyes de punto final y obediencia debida.

Así, previa integración del máximo Tribunal con nuevos jueces, vieron la luz los fallos “Simón” (2005)⁽¹⁰⁾ en el que, dejando de lado el criterio de “Camps”, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida y siguió la línea de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad trazada en los tratados internacionales incorporados por la reforma de 1994 mencionados más arriba y por la jurisprudencia de la Corte IDH⁽¹¹⁾; y “Mazzeo”⁽¹²⁾ (2007), que confirmó la declaración de inconstitucionalidad del indulto⁽¹³⁾, aclarando que ello no vulneraba la garantía del *ne bis in idem* ni la cosa juzgada y revirtió de esa manera el criterio de “Aquino”⁽¹⁴⁾ (1992).

Con ello, quedó allanado el camino. Se reanudaron los juicios y se iniciaron otros, algunos de los cuales aún continúan (como el de “Castillo”). Y todos los reparos sobre las garantías del *ne bis in idem*, cosa juzgada y juez natural surgidos en el laberíntico periplo relatado anteriormente –resueltos por la Corte Suprema a favor del poder punitivo del Estado– dieron paso a otros nuevos, como la aplicación de la ley penal más benigna⁽¹⁵⁾ y el plazo de la prisión preventiva.

Así, en “Muiña”⁽¹⁶⁾ (2017), la Corte, al interpretar el artículo 2 del Código Penal, consideró que el cálculo de la prisión preventiva efectuada por el artículo 7 de la ley 24.390 –que computaba dos días de prisión por cada día de prisión preventiva⁽¹⁷⁾– le resultaba aplicable al recurrente (condenado por delitos de lesa humanidad). Este

(10) Fallos: 328:2056. Allí se dijo que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es una regla derivada de la costumbre internacional que no vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal. Esta imprescriptibilidad, en cambio, no tuvo reflejo en el ámbito civil, puesto que la Corte declaró que el instituto de la prescripción gozaba de buena salud cuando resultaba aplicable al reclamo que las víctimas dirigieron contra el Estado Nacional por los daños sufridos durante la dictadura militar (Fallos: 330:4592; 340:345).

(11) “Barrios Altos vs. Perú” (sentencia de 14 de marzo de 2001).

(12) Fallos: 330:3248. Tanto “Simón” como “Mazzeo” contaron con la disidencia del doctor Carlos S. Fayt.

(13) En el considerando 31 la Corte afirmó que “lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo. Por ello tratándose el sub lite de la investigación de esa clase de delitos, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes”.

(14) Fallos: 315:2421. En este precedente se declaró la constitucionalidad del Decreto 1002/89 que indultó a una serie de procesados por delitos de lesa humanidad.

(15) Derivado del artículo 18 de la Constitución Nacional y establecido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

(16) Fallos: 340:549.

(17) Aquí resulta conveniente destacar que esta norma es lo más parecido a una excusa que se puede encontrar en los anales de la legislación argentina. En efecto, como los procesos eran tan largos, la ley mencionada limitó a dos años el plazo máximo de prisión preventiva, prorrogable por un año más, bajo resolución fundada y comunicación inmediata al superior para su debido contralor (art. 1). Y como un premio a la espera, su artículo 7 estableció el régimen señalado, comúnmente denominado “2x1”, que permitía computar cada día de prisión preventiva por dos días de prisión, a los fines de calcular el vencimiento del plazo de la condena. Por ejemplo, si habían pasado 2 años de prisión preventiva, al momento de computar el vencimiento de la pena luego de la condena, ese tiempo de prisión preventiva se computaba doble, es decir, como si hubieran pasado 4 años. Dicho régimen, sancionado a fines de 1994, fue derogado parcialmente a mediados de 2001 por la Ley 25.430.

(5) Este artículo, que otorgó un plazo de seis meses para juzgar los delitos cometidos por los militares durante la última dictadura militar y dispuso que, frente al incumplimiento de dicho plazo, la Cámara Federal asumiría el conocimiento del proceso cualquiera sea el estado en que se encuentre si advirtiere una “demora injustificada o negligencia” por parte del tribunal militar, fue cuestionado por la defensa de los militares, por violar la garantía del juez natural. La Corte nacional, en las decisiones registradas en Fallos: 306:655 y 2101, se pronunció a favor de la constitucionalidad de aquella reforma y en Fallos: 323:2035 y 326:2805 consideró que no había vulneración alguna a la garantía del juez natural.

(6) Fallos: 310:1162.

(7) El decreto 2741/90 indultó –entre otros– a los ex comandantes de la Junta Militar condenados en 1985, Videla, Massera, Agosti, Viola y Lambruschini.

(8) Aprobada por Ley 24.556 y otorgada la jerarquía constitucional por Ley 24.820.

(9) Aprobada por Ley 24.584 y otorgada la jerarquía constitucional por Ley 25.788.

razonamiento resultó sencillo para el Tribunal, a tenor de lo expuesto por él mismo en el considerando 7 del fallo, al recordar su jurisprudencia según la cual “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra” y, por ello, “cuando la ley no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones ajenas al caso que aquella contempla”. Más adelante, en el considerando 9, destacó –en un contexto en el que parecía que todavía hacía falta hacerlo– que “de acuerdo con el tenor literal del art. 2° del Código Penal [...] es indisputable que la solución más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, sin distinciones”.

Nadie podía prever la tormenta que se iba a desatar luego. Los escraches y las amenazas se replicaron por todo el país contra los Ministros de la mayoría y hasta se produjeron marchas⁽¹⁸⁾.

Como respuesta, el Congreso sancionó entre gallos y medianoche la ley 27.362⁽¹⁹⁾, cuyo artículo 1 –tiene tres– dispone que el 2x1 “no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra”. El 4 de diciembre de 2018 la Corte –por mayoría– dictó “Batalla”⁽²⁰⁾, repectó la ley mencionada y revirtió el criterio de “Muiña”.

Hasta aquí, los puntos más salientes del sinuoso camino recorrido por el Estado argentino en el procesamiento de los delitos de lesa humanidad.

4. La imagen de la justicia

En diferentes tiempos y lugares, las sociedades han ocupado parte de su tiempo en representar la imagen de la justicia. Así, para los egipcios, ésta se encarnaba en la diosa Maat, para los caldeos, asirios y fenicios era la divinidad Kettu y para los griegos se encontraba, con diferentes matices, en las figuras de Temis, Diké, Astrea y Atenea.

A partir del Renacimiento, se comenzó a abandonar esas representaciones de divinidades impolutas, balanza y espada en manos, luchando estoicamente por la Justicia que resultaba siempre victoriosa. Las críticas empezaron a aflorar y en 1494, Sebastián Brant publicó una obra bufa titulada “La nave de los locos”, en la cual grabó una imagen donde un bufón tapa por detrás los ojos de la justicia con una venda⁽²¹⁾. De allí se deriva la imagen que muchos de nosotros evocamos cuando pensamos en la representación de la justicia y es la explicación de que creamos que la ceguera a la que voluntariamente se somete la justicia es un atributo virtuoso, sinónimo de honestidad, puesto que le impide tener en consideración “la cara del cliente” para modificar su juicio.

Allí radica el problema. Esa concepción viciada de la ceguera de la justicia ha calado demasiado hondo y nos ha impedido reconocer que, para juzgar, la justicia tiene que poder ver. Eso era lo que demandaba Brant y por eso, tal vez, a Rogelio Yrurtia se le ocurrió que la escultura de su autoría que representa a la Justicia⁽²²⁾, cuya reproducción se encuentra en la planta baja del Palacio de Tribunales ubicado en calle Talcahuano 550, debía tener los ojos bien abiertos y los brazos extendidos hacia adelante.

Pero, utilizando el argumento contrario, si la invidencia preconizada como virtud es en realidad un vicio, ¿no corremos un riesgo cierto permitiendo que la Justicia observe a las partes? ¿no podría, por ello, dejarse guiar por la cara del cliente o la dirección en la que sopla el viento de la ideología predominante? El dilema, en mi opinión, tiene solución y la Justicia debe tener los ojos abiertos pa-

ra ver los hechos y analizar el derecho aplicable al caso y vendados para no adaptar la aplicación de la ley de acuerdo a la condición personal de los litigantes.

Esta intermitencia visual –aunque invertida– quedó expuesta en el binomio de precedentes “Camps” vs. “Simón”, “Aquino” vs. “Mazzeo”, “Muiña” vs. “Batalla”. Dependiendo de las preferencias sociales de la época y de las caras de los clientes⁽²³⁾, la Corte varió su jurisprudencia. Y al hacerlo, hizo añicos el Estado de Derecho.

Hemos olvidado que, en parte, la función de la Justicia –aunque suene un tanto antipático reconocerlo– es oponerse a los deseos de la mayoría cuando ésta, precisamente, pretende avasallar los derechos de una minoría. Es decir, la Justicia también sirve para conjurar la “tiranía de la mayoría”, función que se esgrime para contestar el argumento *contramayoritario* que se suele invocar en contra del control constitucional ejercido por los jueces. Precisamente, para Amaya, “la objeción contramayoritaria, lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial, es una de las razones de su creación, a efectos de preservar a las minorías de los excesos de las mayorías coyunturales”⁽²⁴⁾. Y nos recuerda aun que “en caso de conflicto entre constitución y ley debe preferirse la constitución, porque la intención del pueblo expresada en ella es superior a la intención contenida en la ley; además, la facultad judicial del control de los actos del poder político no implica una superioridad del Judicial sobre el Legislativo y el Ejecutivo, sino la superioridad del pueblo sobre todos ellos, pues los jueces, al preferir la constitución, priorizan al pueblo sobre los representantes”⁽²⁵⁾.

Para graficar adecuadamente este punto, quiero traer el ejemplo de lo ocurrido en Alemania en 1933 con la llamada *Lex van der Lubbe*, resumido por Andrés Rosler, quien hace una polémica aunque interesantísima analogía entre lo acontecido durante el régimen nazi y la democracia argentina, especialmente con la sanción de la ley penal retroactiva 27.362, dictada luego de “Muiña”. Dice Rosler que, mientras en nuestro país dicha ley fue votada casi por unanimidad (excepto un voto) y convalidada por la mayoría de la Corte Suprema, en Alemania la ley Van der Lubbe (que castigó, de manera retroactiva, a los perpetradores del incendio del Reichstag con la pena de muerte⁽²⁶⁾), motivó al menos la renuncia del Ministro Franz Gürtner y del Secretario de Justicia Franz Schlegelberger. Además, recordó que frente a las acuciantes marchas populares en apoyo de la ley penal retroactiva que imponía la pena de muerte, el presidente de la Sala Penal del Tribunal del Reich, Wilhelm Büniger, advirtió que “sólo lo que se trata en esa sala, no lo que ocurre afuera de parte desautorizada, tiene importancia para la justicia alemana”⁽²⁷⁾.

Esa saludable prevención, realizada casi 50 años antes del primer fallo del binomio relatado, parece haber caído en saco roto. Aquí, excepto por el voto negativo de un legislador y la disidencia de un Ministro de la Corte en “Batalla”, nos inclinamos por introducir las pasiones de la mayoría. El resultado: la vulneración de las garantías constitucionales, al variar criterios jurisprudenciales firmes con argumentos debatibles (como en “Simón” y “Mazzeo”) o al preferir una ley por encima de aquéllas (como en “Batalla”). En otras palabras, para contentar los deseos de la mayoría, la Corte claudicó de su auto-

(23) Para un análisis profundo sobre el tema, puede verse Morgestern, Federico, *Contra la Corriente. Un ensayo sobre Jaime Malamud Gotí, el Juicio a la Juntas y los procesos de lesa humanidad*, Ariel, Buenos Aires, 2014, *passim*.

(24) Amaya, Jorge, *Control de constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 83.

(25) *Ibidem*, p. 179. Para un extenso y comparado análisis sobre la legitimidad de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad, puede verse también Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, T. 1, pp. 198 y siguientes. Por su parte, la Corte Nacional ha afirmado que dicho control “no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Senado. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de aquél, declarada en sus resoluciones, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras” (considerando 23, Fallos: 316:2940).

(26) La ley lleva el nombre de Marinus Van der Lubbe, un obrero comunista desempleado que fue encontrado culpable del incendio al Reichstag ocurrido en febrero de 1933 y condenado a muerte. De manera póstuma, la justicia alemana lo declaró inocente en 1980 y 2008.

(27) Rosler, Andrés, “Una introducción contra la corriente”, *Revista Online “En Letra: Derecho Penal”*, Año X, Nro. 20 (número especial, “Contra la corriente”, de Federico Morgestern), mayo 2025, págs. 23/24.

(18) Cfr. “Una multitud marchó a Plaza de Mayo contra el 2x1 a represores”, *Todo Noticias*, 10 de mayo de 2017, disponible en: https://tn.com.ar/politica/marcha-plaza-de-mayo-contra-el-2x1_792052/ (fecha de consulta 11/12/2025).

(19) “Muiña” fue dictado el 3.5.2017 y la ley 27.362 fue sancionada el 10 de mayo de 2017 –con un solo voto en contra, del diputado salteño Alfredo Olmedo– y publicada el 12 de mayo de 2017 en el Boletín Oficial.

(20) Fallos: 341:1768. Votó en disidencia el doctor Rosenkrantz, quien mantuvo el criterio de “Muiña”. remito, especialmente, a la lectura de los considerandos 9, 10 y 32.

(21) Esta explicación y otras muchas interesantes se encuentran en Alcolumbre, María Gabriela, “La representación de la Justicia. Un atributo ausente”, *La Ley*. Cita Online: AR/DOC/2279/2019.

(22) En realidad, esa escultura es una réplica de la original, que se encuentra en el Cementerio de Olivos custodiando la bóveda que actualmente es propiedad del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. La maqueta de la copia que se exhibe en el hall del Palacio de Tribunales fue expuesta en 1905 y fue instalada en el hall recién en 1959.

proclamado rol de “guardián último de las garantías constitucionales”⁽²⁸⁾.

5. ¿El fin justifica los medios?

No es difícil comprender el motivo de este cambio de dirección política-social que empujó a los tribunales a variar su criterio y declarar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, la inconstitucionalidad de los indultos y la inaplicabilidad del 2x1 a los autores de los delitos más aberrantes de la historia argentina reciente.

La frase “al enemigo ni justicia”⁽²⁹⁾, trasladada al caso, nos permite entender al menos un poco la causa de lo acontecido. Los perpetradores de estos delitos se convirtieron en los enemigos más acérrimos no sólo de la democracia sino también de la dignidad y la vida humanas. La abyección de sus crímenes, la forma clandestina y cobarde en la que fueron cometidos y el ocultamiento posterior, los hacen merecedores del rechazo social más acendrado. Frente a ello, es imposible no reconocer la tentación de castigar, a como dé lugar, a los culpables.

Pero la gracia del derecho reside en que impone reglas racionales, más allá de los avatares del momento. Y eso es algo bueno. La ley, por otro lado, deriva de un consenso social más amplio, precedido por un debate y cristalizado en normas jurídicas vinculantes para todos, incluso para el mismo Estado. Es la ley la que nos protege de nuestros propios impulsos sociales, encorsetando las pasiones desmedidas que se traducen en sed de venganza.

Las garantías y los derechos consagrados en la Constitución y las leyes constituyen el más férreo y seguro límite frente al poder del Estado. Nos alcanzan a todos, independientemente de nuestra condición personal. Y resulta extraño tener que recordarlo y escribirlo, cuando son conceptos que aprendemos en los primeros años de derecho en cualquier Facultad.

Con mejor pluma, García Amado afirma que “bajo lo que es, a la vez, el amparo y el límite de la legalidad están por igual los ricos y los pobres, las mujeres y los hombres, los flacos y los gordos y, para lo que hoy nos importa, los buenos y los malos, los decentes y los indecentes, las víctimas y los victimarios. Naturalmente que la ley no va a tratar igual a las víctimas y a los victimarios, y en ese sentido la ley penal diferencia, pero diferencia por la distinta conducta de uno y otro y por las consecuencias para uno y otro, no porque víctima y victimario pertenezcan a categorías humanas ontológicamente diferentes que los hagan naturalmente merecedores de un estatuto legal diverso. Si la legalidad es única, bajo la legalidad estamos todos, no solo los justos, no solo los amigos, no solo los de nuestra tribu, no solo los que se tienen por moralmente superiores, no solo los que respetan o propugnan los derechos humanos. Porque defender los derechos humanos con base en excepcionar las garantías legales para los malos es la forma más paradójica, peligrosa y cruel de invalidar los derechos humanos. Los derechos humanos no son un privilegio moral o legal de los ángeles frente a los demonios, son el impedimento para que la sociedad se estructure estableciendo una fractura completa entre ángeles y demonios”⁽³⁰⁾.

Este razonamiento se encuentra en la base misma del Estado de Derecho. Es que, curiosamente, nuestras concepciones sobre la menor calidad moral de los “enemigos” o los “malos”, serían bien recibidas por cualquier régimen totalitario. El problema con diferenciar entre “buenos” y “malos”, es que se convierte en un juicio ambivalente que depende directamente de quién tiene el poder para poner esas etiquetas. La Constitución Nacional, en toda su sabiduría y habiendo aprendido de la experiencia (que indica que los vencedores de hoy pueden ser los vencidos de mañana) estampó las garantías en su texto, de manera general para todos, procurando conjurar entre otros- el peligro de la posible venganza de los vencidos (o de las víctimas).

Esta prudencia es la que invoca la Corte en el considerando 9 de “Castillo”, al afirmar que “el hecho de que el

imputado, quien goza de la presunción de inocencia que consagra la Constitución Nacional y la ley, esté acusado de gravísimos delitos que deben ser debidamente juzgados, no justifica por sí solo la imposición de una medida tan gravosa de restricción preventiva de la libertad, ni mucho menos su extensión por un plazo excesivamente prolongado, que en el sub examine ya se ha extendido por más de once años. Ello es así, porque el legítimo interés general del Estado en reprimir el delito no puede ser esgrimido como pretexto para anular las garantías de los imputados ni para justificar la imposición de un adelantamiento de la pena a extramuros de la Constitución Nacional. No debe olvidarse que la Ley Fundamental no permite tratar a un imputado como si fuese un condenado y que las garantías de los imputados son restricciones que el Estado debe honrar, sin excepción, pues no serían garantías si pudieran ser obviadas por los jueces cuando lo consideren necesario para disuadir o reprimir el delito”.

No podemos olvidar que las garantías constitucionales son fruto del sacrificio y compromiso de los miembros de una sociedad determinada. Sacrificio para alcanzar su consagración en una ley positiva⁽³¹⁾ a través de luchas que, en muchos casos, incluyeron el derramamiento de sangre. Y compromiso para aplicarla incluso a aquéllos elementos de la sociedad que más nos disgustan y que nos enfrentan a nuestros peores demonios. Sería muy sencillo conceder en todo su esplendor las garantías constitucionales a aquéllos que, en nuestra opinión particular, son ciudadanos ejemplares. Pero el verdadero compromiso se encuentra en reconocerlas igualmente a aquéllos miembros de nuestra sociedad que menos méritos han hecho para ello. Paradójicamente, puede ocurrir que ellos mismos hayan –como efectivamente ocurrió en nuestro país– desconocido esas garantías cuando detentaron el poder. Pero el doble *standard* no está permitido en un Estado constitucional de Derecho que se precie de tal. Y, en todo caso, respetando sus garantías es como verdaderamente podemos distinguirnos de ellos⁽³²⁾.

6. A modo de conclusión: la ruleta rusa del Estado de Derecho

“El ruletista” es un relato corto del autor rumano Mircea Cartarescu –candidato recurrente al Nobel de Literatura– que narra la historia de un hombre que encuentra la fama participando en competencias mortales de ruleta rusa. Su popularidad se incrementa exponencialmente a medida que, envalentonado por sus victorias, añade cada vez más balas al revolver hasta que, finalmente, toma la decisión de jugar con el tambor lleno con las seis balas. Justo cuando se dispone a apretar el gatillo, en lo que significaría una muerte segura, un tranvía descarrila y se estrella contra un edificio, ocasionando un pequeño cimbrazo en el preciso momento en que el personaje dispara. El fatídico proyectil se incrusta en una pared y el ruletista salva su vida.

Sobre ese espíritu de autodestrucción intenta prevenir la Corte en el considerando citado en el epígrafe. Como el ruletista luego de cada sesión, el Estado de Derecho se resiente cada vez que se pisotean las garantías constitucionales bajo el ropaje de una búsqueda de justicia que ignora, justamente, las bases sobre las que debe asentarse aquella búsqueda. “Castillo” aparece como un tranvía que evita la degradación del Estado.

Cuando se transgreden las garantías constitucionales fundamentales bajo el pretexto de afianzar la justicia, lo que en realidad se está haciendo es cultivar el germen

(31) Piénsese, por ejemplo, en los sacrificios de los barones ingleses para lograr la sanción de la *Carta Magna* por el rey Juan sin Tierra en 1215.

(32) Eso, precisamente, es lo que hizo la Corte este mismo año en “Illarraz” (Fallos: 348:611), en el que declaró la prescripción de los delitos cometidos por el exsacerdote Justo José Illarraz, condenado por los delitos de promoción a la corrupción de menores y abuso deshonesto, ambos agravados por ser encargado de la educación de las víctimas. En el caso, la Corte anuló la condena. Para ello, recordó que el artículo 62, inciso 2, del Código Penal prevé el lapso de 12 años como límite máximo para la prescripción de la acción de los delitos mencionados y que los hechos endilgados habrían ocurrido entre 1988 y 1992, es decir, más de 19 años antes de la presentación de la denuncia penal. La Corte rechazó la analogía que el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos hizo entre estos delitos y los delitos de lesa humanidad. En el considerando 8 de la sentencia, el máximo Tribunal destacó que “sin duda alguna, los delitos por los que se condenó a Illarraz son aberrantes. Sin embargo, eso no basta para excluirlos del alcance de las reglas generales previstas por el legislador en el Código Penal para examinar la vigencia de la acción penal”.

(28) La Corte se auto-atribuye este título en Fallos: 311:1851, 339:477; 343:195, entre otros.

(29) La frase completa fue pronunciada por el ex Presidente Juan Domingo Perón y reza: “Al amigo, todo; al enemigo ni justicia”.

(30) García Amado, Juan Antonio, “Si fuéramos naturalmente desiguales, la legalidad no tendría que ser la misma para todos. A propósito de un libro claro en tiempos oscuros”, *Revista Online “En Letra: Derecho Penal”*, Año X, Nro. 20 (número especial, “Contra la corriente”, de Federico Morgenstern), mayo 2025, p. 33.

de la propia deslegitimación del Estado. El propio Estado que preconiza el respeto por los derechos humanos y otorga jerarquía constitucional a numerosos tratados sobre la materia, desconoce las garantías constitucionales más elementales a los acusados y condenados por los delitos más infames.

En este punto me surge una reflexión: ¿no sería irónico que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuyos fallos invocamos para dejar de lado “Camps” y continuar con los juicios contra los militares le reconozca a Castillo –ante un eventual reclamo– el derecho a indemnización por violación del plazo razonable? Tal escenario, entiendo, no podría concretarse, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema⁽³³⁾.

(33) Así, la Corte IDH ha expresado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (“Barrios Altos vs. Perú”, sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41). Más explícitamente, resolvió que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía” y que “el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni

En definitiva, lo único por lo que deberíamos bregar es por la aplicación indiscriminada de las garantías constitucionales. Por un juicio conducido de acuerdo a los más puros estándares del debido proceso y el cumplimiento de la pena de acuerdo a la ley aplicable. Insisto en que es de esa manera a través de la cual podemos mirar a los ojos de los condenados y afirmar con la consciencia tranquila que “somos diferentes a ustedes”. Así es como la posteridad podrá diferenciar a jueces y condenados.

VOCES: PROCESO PENAL - DERECHO PENAL - LEY PENAL - PRISIÓN PREVENTIVA - DELITO - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PENA - DERECHO PROCESAL PENAL - DELITOS DE LESA HUMANIDAD - PRISIÓN DOMICILIARIA - EXCARCELACIÓN - CONDENA - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - LIBERTAD BAJO CAUCIÓN - CONDENA CONDICIONAL - DERECHOS HUMANOS

el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” de cometer delitos de lesa humanidad (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrs. 114 y 151, respectivamente).

Para un análisis crítico sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase Colombo Murúa, Ignacio, *La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano. Fundamentos, alcances, problemas y soluciones*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2024.