Recensiones

"CONTRA LA CORRIENTE", DE FEDERICO MORGENSTERN

Daniel R. PASTOR*

Fecha de recepción: 5 de marzo de 2025
Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2025

MORGENSTERN, Federico, Contra la corriente, Buenos Aires, Ariel, 2024.

I

MALAMUD GOTI es un experto en muchos campos, desde la teoría del derecho a las sutilezas de la dogmática penal, y desde la filosofía política a la moral pasando por el arduo análisis del sistema judicial. Dispone además de un talento sublime para transmitir sus densas ideas con toda claridad y con un lenguaje ameno, no exento de un humor exquisito. Dotado de esos instrumentos, no eludió el desafío de llevar su ciencia al territorio e involucrarse, sin temor a los enormes riesgos reales que ello suponía, en el diseño y realización de los mecanismos con los cuales la democracia constitucional, entre 1983 y 1989, se ocupó de los crímenes aberrantes de la dictadura de 1976/83. No quiso que sus creencias y planteamientos intelectuales fueran solo de papel y salió al ruedo para intentar que fueran efectivos. Lo hizo en el momento más difícil para ello, pero su decidida intervención en la materia no fue un error de *timing*, era el tiempo preciso para actuar de esa manera, viniera lo que viniera: las dificultades de implementación de lo ideado, las reacciones violentas de los más afectados, las frustraciones en la realización de lo resuelto, la insatisfacción de tirios y troyanos, la crítica de juristas queridos y admirados y, en fin, la propia evaluación de lo actuado, pues MALAMUD GOTI demostró ser un severo juez de sí mismo.

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

Aprovecho el extraordinariamente atractivo libro de Federico MORGENSTERN, dedicado a Jaime MALAMUD GOTI y su papel en el tratamiento de esas gravísimas atrocidades perpetradas desde el poder y su abuso por un gobierno ilícito, para referirme a ese tema tan delicado.[1] Justamente el objeto central de ese trabajo es el pensamiento y el comportamiento de MALAMUD GOTI enfrentado a la situación más ingrata a la que se puede ver expuesta una persona de derecho íntegra y erudita: procesar desde un Estado legítimo, sin salirse del derecho, atrocidades cometidas por quienes tenían todavía mucho poder, formal y clandestino, y un gran apoyo de amplios sectores de la sociedad.[2]

La obra de MORGENSTERN estudia también las elaboraciones que el destinatario del homenaje desarrolló, acerca de la marcha que tuvo en la doctrina, en la política y en el Poder Judicial, después de 1989, la cuestión de los crímenes de la dictadura, en particular tras la privación de todo efecto a cualquier tipo de gracia que impidiera el enjuiciamiento o la ejecución de las penas impuestas oportunamente. En esta última etapa, MALAMUD GOTI lo hizo sin compañía, trabajando en —parafraseando a MORGENSTERN— la soledad del filósofo, mientras que, para la primera época, este habla de Alfonsín y (la soledad de) los filósofos, para referirse al equipo creativo y ejecutivo del tratamiento integral, en los años ochenta, de esas atrocidades.[3] La insistente mención a MALAMUD GOTI en mi texto pretende rendirle tributo, no devaluar la intervención de los demás actores del drama que siguió a la tragedia de la dictadura.

El trabajo de MORGENSTERN, que tomo de excusa para tratar el mismo asunto honrando al mismo destinatario, es, por lo demás, fuera de lo común por varias características adicionales. Es antidisciplinario, tanto porque se nutre de muchas fuentes, muy concernientes a su investigación, algunas de ellas metajurídicas. Es un texto innovador escrito en un estilo expositivo bastante impropio de las publicaciones usuales de derecho. El libro está documentado con una

[1] MORGENSTERN, *Contra la corriente*, Buenos Aires, Ariel, 2024 (las citas referidas solo con número de página corresponden a esta obra). En el Epílogo al libro Andrés ROSLER es quien destaca el alto nivel de exigencia y cuestionamiento al que MALAMUD GOTI se sometió durante toda su vida (p. 377).

[2] En su Prólogo al libro, Martín FARRELL, otro jurista involucrado en el procesamiento y castigo de esos hechos, recuerda que "La sociedad no reclamaba este castigo, como lo muestra el hecho de que el candidato justicialista, que era un político hábil y experimentado, estaba en contra de la medida" (p. 13).

[3] Junto a MALAMUD GOTI es Carlos NINO el otro personaje principal de ese equipo de notables integrantes, en el que intervino intensamente también Martín FARRELL, como ya se dijo, y un grupo de colaboradores de calidad excepcional (pp. 21-24).

exhaustividad implacable. Su autor analiza con independencia de criterio, rigurosidad y espíritu crítico las vicisitudes que vivió MALAMUD GOTI en la historia que narra, presentando todo un entorno de interacción, rico en personas y posiciones —sobre todo las que lo cuestionaron duramente—, sin cuyo conocimiento detallado, prolijamente examinado, el estudio del tema no estaría completo ni sus frutos serían todo lo robustos que el autor consiguió que sean. Otra de las peculiaridades reside en que, aunque MORGENSTERN no hace carrera en ese mundo,[4] elaboró el texto de un cabal profesor universitario, por lo ya dicho sobre el rigor de su ciencia, pero también, como lo destaca ROSLER en su Epílogo, por su propósito de buscar la verdad,[5] algo que actualmente se echa de menos en la mayoría de los profesionales de la investigación y de la enseñanza del derecho, más preocupados en agradar a quien sea (que tenga poder), para progresar en el desempeño no académico del oficio, que en ser creadores críticos de conocimiento nuevo. La apatía y la indiferencia de muchos expertos de la enseñanza del derecho penal ante los temas recientes que queman en la materia hizo de ROSLER un necesario penalista,[6] y de MORGENSTERN, un gran profesor.[7]

Se disfruta también el recurso de MORGENSTERN, indicado por ROSLER, al uso cultísimo de literatura que por la fuente podría parecer no especializada, pero que es especializada.[8] Porque no

[4] No escribe para hacer carrera (p. 39). Un alivio, en estos tiempos en que llueven publicaciones, de fallida calidad, que se explican solo por la necesidad de los concursados de engordar el CV para hacer carrera en el régimen represivo estatal, donde se gana mucho y bien, trabajando poco y mal. Compresión le pido a quienes en ese medio se dedican a servir a la República con calidad y compromiso. Un puñado de personas que sabrán disculparme, pues ¿qué sería de la ciencia sin generalizaciones?

[5] P. 377.

[6] ROSLER, *La ley es la ley*, Buenos Aires, Katz, 2019; *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2022; *Estado o Revolución. Carl Schmitt y el Concepto de lo Político*, Buenos Aires, Katz, 2023.

[7] Es una calamidad para la investigación y la enseñanza en torno del poder de castigar que la Universidad tenga un plantel docente integrado en su mayoría por funcionarios judiciales que, comprensiblemente, además de estar muy condicionados por la subsistencia y la carrera, están muy involucrados, casi como militantes, en las causas por los crímenes de la dictadura, con algunos riesgos importantes para sus vidas y tranquilidad, aunque incomparables con los sufridos por las personas que se ocuparon de estos casos en la década de 1980. Son muy buenos funcionarios por la misma razón por la que son muy malos académicos, pues como tales no practican la objetividad ni consideran circunstanciales sus proposiciones, por no hablar de su absoluta incapacidad de revisión de los puntos de vista, sin autocrítica, solo autocensura.

[8] P. 376. El derecho es un fenómeno político, social y cultural, de modo que todos los seres humanos están involucrados en sus vicisitudes, especialmente quienes escriben acerca de ello, en particular si no son del gremio, lo que asegura su independencia por falta de condicionamientos y, por consiguiente, garantiza la calidad de la obra. No es casual, por eso, que la literatura se ocupe de las miserias del sistema penal más y mejor que la bibliografía experta.

es un adorno, son razonamientos muy apropiados para dar cuenta de las vicisitudes del saber y del poder. El autor, así, robustece su pensamiento analítico por la compañía que le brinda esa narrativa de excelencia a su posición en el tema. No es un catálogo de banalidades eruditamente ilustradas, es una obra que otorga el prestigio que importa, porque se abstiene de hacer una excursión cultural, sin compromiso, solo para exponer una gran formación general al servicio de indolentes trivialidades jurídicas. La erudición de MORGENSTERN es otra cosa, es formar un equipo para entrar en el infierno de Dante, no en la sala en la que se rinde una oposición para un cargo o a esas aulas donde se aplaude todo lo que sea *mainstream* o en las cuales se tolera que lo expuesto no tenga la menor relevancia.

Contra la corriente es también una reflexión sobre el derecho penal, como dice su autor,[9] pero una muy oportuna, juzgo por mi parte. Por el asunto escogido y por su estilo confrontativo, aunque comprendo el disgusto de quienes puedan considerar que sus palabras ofenden a los dioses y a las causas más sagradas. MORGENSTERN examina un tema que es necesario afrontar y se las ve con las ideas que hay que contraponer hasta promediar un resultado que es fruto de la seriedad de su emprendimiento. No es un libro para ganar amigos.[10]

Mi contribución, pobre, pero, como se ve enseguida, muy pretenciosa, es un homenaje a MALAMUD GOTI, encubierto en el comentario al libro de MORGENSTERN escrito en homenaje a MALAMUD GOTI. Además, en esa obra hay un tributo a SANCINETTI, cuyos trabajos son analizados con respeto y admiración. Se ha formado un *power trio*, al ser construida una conversación entre MALAMUD GOTI y SANCINETTI que pone fin, sin someterlos a un careo, a un "diálogo entre ausentes",[11] actuando MORGENSTERN como mediador.[12] Se nota mucho que, al fin y al cabo, solo nos quedan espejos y laberintos.[13]

---

[9] P. 41.

[10] P. 39. Ni para hacer carrera judicial, mercado en el cual, paradójicamente, personas independientes, como MORGENSTERN, tienen mala prensa.

[11] Cito a ROSLER que cita a MEIER (P. 379).

[12] P. 313 ss.

[13] Son tres juristas caracterizados por el compromiso con la metodología de su saber, a la que se entregan sin concesiones. No son hipócritas ni dependientes. Sus ideas no muestran las tendencias y censuras de quienes están condicionados por las evaluaciones de las que depende su estabilidad laboral y su ascenso en la vida profesional. Acuden a la mente, junto a MALAMUD GOTI, SANCINETTI y MORGENSTERN, también GARGARELLA y ROSLER, entre un puñado más, como expertos del derecho con posiciones críticas e indispensables, basadas en argumentos jurídicos y en los valores de la democracia

En lo que sigue me referiré al problema de los crímenes masivos de organizaciones estatales, en general, para exponer una matriz de análisis (II), continuaré con alguna consideración sobre el tratamiento de ese tipo de hechos en Argentina, entre 1983 y 1991 (III), para después pasar a examinar el efecto de los indultos de los años noventa y la reapertura de los procesos por esos delitos, ya en el siglo XXI (IV), para finalmente concluir en un balance de lo tratado (V).[14]

II

Juzgar penalmente es de ordinario una función difícil.[15] En el caso de los crímenes masivos de un Estado totalitario los desafíos son aún mayores, muchos de los cuales, desafortunadamente, resultan casi insuperables. Las distintas experiencias, que comienzan con el final de la Primera Guerra Mundial y llevan ya más de un siglo de recorrido, lo demuestran. Como señaló Carlos NINO, cada experiencia es diferente y no hay un método único aplicable.[16]

Antoine GARAPON, uno de los juristas más interesantes y activos en el tema y autor de varios trabajos sobre justicia, verdad y memoria, proporciona para estas situaciones una fórmula dramática. Su libro más sugerente expresa desde el título a qué nos enfrentamos en estos casos: crímenes que no se pueden perdonar… ni castigar.[17] Este llamado de atención es muy atinado. Impedir la impunidad para cualquiera de estos hechos resulta ideal desde todo punto de vista, y, sin embargo, no solo es imposible, sino que, incluso cuando es posible, el castigo va a ser aplicado, en mayor o menor medida, de un modo incompatible con el derecho. Esto se prueba con unas preguntas retóricas: ¿De cuánta destreza actoral debe disponer una persona de derecho

constitucional, expuestas sin medir la incomodidad que van a sufrir por ello, sino porque, provisional y relativamente —como se estila en la ciencia—, las consideran verdaderas.

[14] En el desarrollo de esos temas, además de poca originalidad, se notarán muchas omisiones, deficiencias para las cuales suplico la clemencia de los lectores, invocando como excusa que pretendo expresarme sobre algunos de los asuntos del libro de MORGENSTERN, no reeditarlo ni reescribir la historia.

[15] ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, pp. 27 y 346.

[16] NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2.ª ed., Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2006, p. 191: "La lección más general es que no hay ninguna lección general". En el Prólogo al libro de NINO Raúl Alfonsín afirma que "No existía, por otra parte, una fórmula preestablecida sobre la mejor manera de enfrentar los crímenes del pasado" (*op. cit.*, p. 10). En el mismo sentido se pronuncia MORGENSTERN: "No hay una receta general para la justicia retroactiva" (p. 27). En eso sigue de cerca a NINO, multicitado y muy elogiado en el ensayo, lo cual tiene que leerse como un homenaje de MORGENSTERN también a NINO.

[17] Me permito el abuso de invertir el orden de los términos con el fin de dar un golpe de efecto en el texto, pero el libro es GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, París, Odile Jacob, 2002.

para disimular una sonrisa cínica cuando pronuncia la palabra *juicio* refiriéndose al de Núremberg? ¿Cómo compatibilizar el derecho humano de todo imputado a ser juzgado por un tribunal predeterminado por la ley con los tribunales *ad hoc* de la ONU para Ruanda y la antigua Yugoslavia?[18]

Termina por ser obvio —y no solo deprimente— que en el procesamiento de crímenes masivos de Estado no hay forma de evitar efectos jurídicamente indeseados, debido a estas dos circunstancias: 1) una enorme cantidad de hechos, cuando no todos (caso español), quedan sin castigo (p. ej. la desnazificación alemana, como amnistía limitada encubierta, o la amnistía italiana, y la imposibilidad de los tribunales internacionales para procesar poco más que unas decenas de casos); y 2) los crímenes que resultan castigados suelen serlo con lesión de algunos derechos fundamentales de los sospechosos (tribunales especiales, no estrictamente imparciales, violación del principio de legalidad, proscripción de toda gracia admitida por la legislación [amnistía, indulto, prescripción], prisión preventiva automática y de larga duración, relajamiento de los rigores probatorios, utilización de modelos de imputación de responsabilidad objetiva prohibidos en el derecho penal, y condenas a penas infamantes [de los ahorcamientos, de Núremberg a la ejecución de Sadam Husein] o de cumplimiento en condiciones crueles e inhumanas).

Vale una breve aclaración para distraídos y malintencionados. La descripción previa no equivale a justificar las atrocidades de los estados dictatoriales ni respalda las violaciones de derechos humanos de los acusados que son cometidas por el aparato de represión penal del Estado democrático que investiga los crímenes, los juzga y los castiga sin poder evitar sus propias ilicitudes en esa labor. Solo constato hechos.

En esa encrucijada, la lúcida advertencia de GARAPON le dice a la práctica política y judicial que toda brújula será inservible. No hay camino, se hará al andar y la dirección se determinará sobre la marcha, en modo prueba y error, andando y desandando, saliendo otra vez desde la base,

[18] El catálogo de problemas para enfrentar el enjuiciamiento de este tipo de crímenes, especialmente si son procesados en jurisdicciones distintas a la del lugar de los hechos, es un verdadero dolor de muelas para los cánones establecidos para ello por el sistema de los derechos fundamentales, sistema que es tan internacional como esos delitos (*vid.*, más detalladamente, MAIER, "Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal", en AA.VV.: *Estudios en homenaje al profesor Enrique Vescovi*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000; MALAMUD GOTI, *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Davila, 2003; PASTOR, *El poder penal internacional*, Barcelona, Atelier Libros S.A., 2006).

pero con otro rumbo, y conviviendo permanentemente con la frustración, pues hasta lo que es celebrado como éxito en un momento, es visto como un desacierto con los años. En esta materia es preciso asumir que ninguna decisión quedará libre de acertadas objeciones.

III

En cuanto a la primera etapa de la experiencia argentina, que va desde 1983 a los indultos de 1991, formulo exclusivamente unas breves consideraciones, pues no estoy en condiciones de agregar nada distinto a lo que fue expresado por numerosos expertos en la materia que me superan en calidad, de lo cual es ejemplo el ensayo de MORGENSTERN.[19] Mi reflexión, que sigue el hilo argumental de su obra, prioriza la integridad de Jaime MALAMUD GOTI y también la de su némesis, Marcelo SANCINETTI, y su obra.[20] Tuvieron un desacuerdo casi contencioso, pero lo hicieron desde su ciencia y sus convicciones, queriendo ambos ser útiles a la fundación, por medio del ejercicio del poder de castigar en lo que toca a este, de un Estado constitucional y democrático de derecho. Y pagaron por ello.[21] MALAMUD GOTI corrió riesgos físicos por parte de los incivilizados. También sufrió críticas que, en algún caso, como las de SANCINETTI, fueron realmente feroces, producto del compromiso y apasionamiento de este con sus principios. Ese empeño supuso para SANCINETTI, por su parte, un cierto aislamiento, que describe MORGENSTERN[22], y también una persecución penal, por los delitos de desacato e injurias, iniciada por Augusto Belluscio con motivo de las críticas de SANCINETTI al voto mayoritario de la CSJN del caso "Camps", de 1987.[23]

No puedo evitar el relato de una historia personal.[24] Como MORGENSTERN,[25] en aquellos años adherí a las posiciones de SANCINETTI, aunque sin su genio y sin su mal genio.[26] Entiendo que el

[19] Hay además una rica bibliografía muy reciente: GERCHUNOFF, *El planisferio invertido*, Buenos Aires, Edhasa, 2022, p. 158 ss.; GIL LAVEDRA, *La hermandad de los astronautas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2022; CARRIÓ, *Alfonsín y los derechos humanos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2023.
[20] SANCINETTI, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988.
[21] P. 101 s.
[22] P. 268 s.
[23] *Fallos*: 310:1162.
[24] No es un acto de egolatría, es una contribución para dejar constancia de otra de mis hazañas, y de mi modestia, a mis biógrafos.
[25] P. 69.
[26] SANCINETTI es, como lo ratifica MORGENSTERN, "el mejor representante de la ciencia jurídico-penal argentina" (p. 95).

castigo penal de todo crimen, aplicado en procesos realmente limpios, consolida la democracia constitucional. Pensé entonces que, respecto de los delitos de la dictadura, ese castigo, en tanto que correspondiera, debía llegar a todos los rincones de esa criminalidad. Pero, los que así pensábamos, perdimos, jugando con las reglas. Lo acepté, incapaz de intentar poner mis seguridades discursivas por encima de las decisiones definitivas de la autoridad legítima. El Poder Ejecutivo propuso las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, el Congreso las aprobó y el Poder Judicial las convalidó. Fin de la historia.

Lo dice mejor Fayt en su voto, coherente y valiente, del caso "Simón" de la CSJN.[27] Desde el punto de vista del ejercicio de la fuerza pública no importa si "Camps" estaba bien o estaba mal. Importa que, para bien o para mal, era una decisión irrevocable. Quizá horrible, tal vez no, pero irreversible y *autosatisfactiva*, porque lo resuelto, por su sola imposición, es cumplido inmediatamente.

Esta es la grandeza de la democracia constitucional, aceptar los procedimientos regulados para la acción política y saber encajar las resoluciones del poder legítimo, no solo si no nos agradan, sino incluso si las consideramos manifiestamente incorrectas. Para Yuval NOAH HARARI, "una democracia tiene que cumplir con dos condiciones: debe permitir un debate público y libre sobre cuestiones clave… y deben existir mecanismos legítimos que ayuden a alcanzar una decisión final, aunque esta no sea del gusto de todos".[28]

Roberto GARGARELLA se ocupó de la sentencia "Gelman" de la Corte IDH, de 2011, la cual dispuso que Uruguay remueva todo obstáculo que impida tratar judicialmente la desaparición forzada de una persona perpetrada en tiempos de un gobierno *de facto*, algo que estaba impedido por la Ley 15.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva, de 1986, "aprobada democráticamente, y luego respaldada popularmente a través de *dos consultas directas con la ciudadanía*".[29] Este autor discrepa de esa decisión, "difícil de aceptar por varios motivos".[30] Rechaza que toda amnistía tenga

[27] *Fallos*: 328:2056.
[28] HARARI, *Nexus*, Buenos Aires, Debate, 2024, p. 397.
[29] GARGARELLA, "Amnistías y tribunales internacionales. Una reflexión a partir del caso «Gelman»", en GARGARELLA y PASTOR (Dirs.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016, p. 341 (destacado original; las consultas a la ciudadanía son de 1989 [referéndum] y 2009 [plebiscito]).
[30] ÍDEM, *supra* nota 29, p. 343.

el mismo grado de legitimidad, destacando que el de la uruguaya es muy elevado, mostrando esa conclusión al compararla con otras gracias de este tipo, análisis en el cual considera a las "leyes de perdón promovidas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, aprobadas por el Congreso nacional y respaldadas luego por la Corte Suprema…, en principio, *democráticamente legítimas*, aunque al mismo tiempo golpeadas en su legitimidad por la presión ilegítima de los sectores militares".[31]

La amnistía española de 1977 intentó ser dejada sin efecto en tiempos recientes por violentar el derecho constitucional de acceso a la justicia de las víctimas de las atrocidades cometidas por la dictadura franquista, hechos considerados delitos contra la humanidad por quienes requirieron investigación, juicio y castigo por tales crímenes, al calificarlos de no amnistiables e imprescriptibles por parte del derecho internacional. En el trámite de un proceso judicial al respecto, el Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto 80/2021 de 15 de septiembre de 2021, inadmitió esas pretensiones, razonando que "los postulados constitucionales del principio de legalidad impiden que se apliquen en nuestro espacio constitucional figuras delictivas definidas en ámbitos parcialmente ajenos a nuestro ordenamiento de forma abierta, cambiante, no homogénea ni consolidada en una redacción precisa y que, además, no establecen de forma específica la penalidad que corresponde a la conducta sancionada. Desde el momento en que no es posible investigar los hechos como crimen de lesa humanidad al ser una calificación inviable, decaen también las consecuencias que el demandante vincula a la calificación como crimen internacional en orden a remover obstáculos a su persecución, esto es, la imprescriptibilidad y la amnistía de tales crímenes."[32] El TC sentencia, por ello, que "el principio de legalidad garantizado por el art. 25.1 de nuestra Constitución y el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (art. 9.3 CE), impiden necesariamente que una vez extinguida la responsabilidad

[31] ÍDEM, *supra* nota 29, p. 349 (resaltado en el original). Si bien las rebeliones criminales de aquella época llevaron a la aprobación en ese momento de la ley de Obediencia Debida, esta fue una acción política expresamente contemplada por la plataforma electoral que llevó al poder al presidente Alfonsín, mientras que su principal oponente en las elecciones del 30 de octubre de 1983, el peronista Italo Luder, postulaba la impunidad total para las atrocidades de la dictadura. Esto significa que la impunidad parcial que impuso dicha normativa tenía el respaldo del 91,91% de los electores de aquel día histórico, casi un plebiscito.

[32] "Recurso de amparo 5781-2018 interpuesto por don Gerardo Iglesias Argüelles en causa penal". El TC recalcó que "al tiempo de cometerse los hechos denunciados en la querella no existía en el ordenamiento jurídico-penal español la figura del crimen contra la humanidad, que se introduce como art. 607 bis del Código penal (CP) por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor a partir del 1 de octubre de 2004".

penal por hechos ocurridos hace más de cuarenta años, al haberse agotado los plazos máximos de prescripción determinados expresamente en el momento de cometerse los hechos, pueda revivirse con posterioridad una responsabilidad penal ya inexistente y, en consecuencia, que puedan ser investigadas penalmente las acciones imputadas a los supuestos responsables".

En un nuevo proceso iniciado en 2022 por crímenes cometidos en 1967 (época del tardofranquismo), el Pleno del TC volvió a ocuparse del asunto, cuando el caso llegó a su conocimiento tras haber finalizado el proceso con un sobreseimiento fundado en la ley de amnistía de 1977 y la ulterior prescripción del delito.[33] Este auto tiene la peculiaridad de ser el primero en la materia dictado después de entrar en vigor la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.[34] Según esa norma, "todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables". El TC resolvió, por mayoría, mantener el criterio del Auto 80/2021 y en lo que respecta a la nueva ley decidió que "su articulado no habilita para que las normas del Derecho internacional penal se conviertan en fuente directa o indirecta del Derecho penal para investigar y juzgar hechos que no estaban tipificados en la ley penal nacional entonces vigente, aplicándoles ahora las características de imprescriptibilidad y de no ser susceptibles de amnistía".[35]

[33] Auto 57/2024, de 17 de junio de 2024 ("Recurso de amparo 7261-2022").

[34] La primera vez que oí esa expresión pensé que los recuerdos se determinaban por mayoría en elecciones populares.

[35] El voto particular discrepante del Magistrado Ramón Sáez Valcárcel destacó la brutalidad de los hechos y el estado de completa indefensión de la víctima, lo que impidió a esta llevar el caso ante tribunales independientes y efectivos antes de la entrada en vigencia de la amnistía de 1977 y de la prescripción del delito, ocurrida durante la dictadura. Señaló que en realidad "el ordenamiento jurídico de España no ha ofrecido hasta la ley de 2022 un cauce procesal para que las víctimas pudieran acceder a la jurisdicción". Y muy razonadamente concluyó que la "debida deferencia con el legislador democrático parecía recomendar que el Tribunal admitiera la demanda y en el seno del proceso constitucional de amparo reflexionase si procedía mantener, matizar o modificar la doctrina sobre la investigación de los crímenes de la dictadura en el periodo del tardofranquismo. En este punto radicaba, sin lugar a duda, la especial trascendencia constitucional que planteaba el recurso".

De vuelta al caso "Gelman", GARGARELLA termina por fulminar la argumentación falaz de la Corte IDH al exponer que esta, como es usual, inventa, para contraponerlos a los poderes de la democracia, derechos que en la CADH no están reglados.[36]

Es evidente que la Corte IDH no practica los valores políticos, jurídicos y culturales de la democracia constitucional, aunque con buenos motivos. Pero, como dice Winfried HASSEMER, una sociedad se prueba a sí misma cuando se aferra a respetar sus normas de funcionamiento especialmente en los casos en que es muy grande la ganancia a obtener en caso de violarlas.[37]

IV

Entre "Camps" y "Simón" están los indultos de Menem. Sin ellos no creo que lo pasado con el tema en el siglo XXI hubiera sido posible.[38] Los indultos del presidente Menem dejaron sin sanción a golpistas asesinos seriales de masas. Siempre recuerda FARRELL, con otro adjetivo, lo inaguantable que resultó para la ciudadanía compartir la calle con un Videla disfrutando de una caminata. Posiblemente junto a este podría estar andando también, como diría SANCINETTI, un ciudadano de a pie que está sufriendo un proceso penal imparable que se encamina a castigarlo de modo inexorable por alguna pequeña transgresión de la legislación penal.[39]

La reapertura de la persecución penal de todos los crímenes de la dictadura, después de "Simón", agradable en los papeles, implicó inevitablemente una *desconsolidación* de la democracia

[36] GARGARELLA, *supra* nota 29, p. 356 s.

[37] En el mismo sentido se expidió el Juez Carlos Rosenkrantz en todo el admirable consid. 9.° de su disidencia del caso "Batalla", del cual transcribo únicamente un párrafo: "En el contexto de un sistema constitucional debemos adoptar las soluciones que ese sistema dispone y prevé, aunque en ciertos casos pensemos que no sean las ideales ni las que en otras circunstancias adoptaríamos. No debemos socavar el sistema constitucional —lo que sin duda sucedería si ignorásemos lo que este dispone— por una razón de importancia decisiva: la Constitución es el único camino para lograr los objetivos de progreso, justicia y bienestar que, desde nuestra fundación como comunidad, nos hemos propuesto".

[38] Obviamente es un argumento contra fáctico, pero válido, debido a que el pensamiento avanza porque se formulan hipótesis y porque para comprobarlas o refutarlas existen además de los bancos de prueba reales los experimentos mentales. Sobre estas herramientas del razonamiento puro, nada mejor que recordar la sentencia del autodidacta neerlandés Max Verstappen: "Si mi abuela materna no hubiera sido la madre de mi madre no sería mi abuela". Tan contra fáctico como irrefutable.

[39] *Vid*. p. 221 ss., p. 277 ss., p. 320 ss. y p. 345 ss. el estudio de los trabajos de SANCINETTI que sirvieron de base para fundar la reapertura de los juicios y la cancelación de los indultos.

como régimen político gobernado por las leyes.[40] Aunque me parece un desacierto esa reanudación de juicios y penas, debe ser respetada, como en los ochenta consideré respetable la inadecuada limitación de los procesos y en los noventa la impunidad total que trajo el peronismo.

Pero eso no alcanza para afirmar que los procesos del siglo XXI no tienen mácula. A diferencia de la ejecución de medidas de gracia, como amnistías e indultos, que, como se mencionó, se ejecutan de inmediato, la resolución de reiniciar la represión penal desde el punto en el que había quedado abandonada, requiere, salvo en el caso de las penas firmes que se estaban cumpliendo al tiempo de los indultos, poner en marcha, para hacerlo jurídicamente bien, de un enorme y muy eficiente aparato de justicia, del cual no se disponía en los años ochenta, ni a comienzos del siglo XXI ni actualmente. La afirmación, según la cual, no existe un sistema penal capaz de procesar de modo correcto semejante cantidad de asuntos, era, es y será verdadera.[41]

Al ser llevada a la práctica la política judicial de "Simón", esto es, al tener que ser determinado el cómo hacer los procesos, algo, si no todo, falló, porque quizá el momento de hacerlo bien ya había pasado. Si fue difícil llevar a cabo el Juicio a las Juntas dentro de un marco jurídicamente intachable, los juicios del siglo XXI fueron y son un festival de incompatibilidades con los derechos humanos de los acusados.[42] Los militantes de los espectros políticos comprometidos con los juicios van a negar esa verdad evidente, aunque en realidad nadie que se aproxime al asunto con mínima neutralidad podrá desconocerla, como también es justo reconocer que no son pocos los

[40] MALARINO, "La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón", Jura Gentium, 2009, disponible en https://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm [enlace verificado el día 29 de septiembre de 2025]; ELÍAS: "«Simón» (o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho)", en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006 (3), p. 351 ss.

[41] Muy especialmente si con honestidad intelectual es valorado el desempeño del fuero penal federal en el siglo XXI, cuyo enorme desprestigio está lejos de ser injustificado, pues se trata de un verdadero teatro de la impostura, una ruina de sistema judicial, criticado duramente por todos los espacios políticos, aunque solo cuando les toca sufrir, y no disfrutar, de las permanentes arbitrariedades.

[42] "Proscripción de toda gracia legal (ni amnistía, ni indulto ni conmutación de penas), imprescriptibilidad, aplicación retroactiva de la ley más desfavorable, exclusión de la cosa juzgada, prisión preventiva mayoritariamente obligatoria y permanente, sin cesación por el transcurso del tiempo, responsabilidad objetiva, totalmente impropia en derecho penal, inaplicabilidad de la garantía de todo acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, admisión como acusador particular autónomo de quien no es víctima del hecho ni allegado, escasas oportunidades para el ejercicio real de una defensa eficaz y, en fin, un amplio debilitamiento de los patrones probatorios para condenar aun en caso de duda" (PASTOR: "Mudar de enemigo en enemigo sin destruir el derecho penal del enemigo", en AA.VV.: *La crisis del Poder Judicial en la Argentina*, Miami, 2019, p. 43 ss.).

funcionarios involucrados en los procesos del siglo XXI que intentaron e intentan actuar en el marco de la legalidad, incluso con riesgo cierto para sus vidas, aunque se trate de peligros menos frecuentes que los soportados por quienes diseñaron —y por quienes aplicaron judicialmente— el régimen de tratamiento de esos hechos en la década de los años ochenta.

La cuestión es, por tanto, cómo *juzgar el juzgamiento* de esos hechos en lo que va del siglo XXI, con la metodología académica de aplicar pensamiento crítico a la búsqueda de la verdad, no para conseguir reconocimiento público o un ascenso en la carrera judicial. Desafortunadamente, la prueba indica que es aplicando un aparato represivo estatal que funciona casi siempre en modo derecho penal del enemigo y de manera bastante antagónica con el modelo de ejercicio del poder de castigar en un Estado constitucional y democrático de derecho. No se trata de irregularidades aisladas. Es un sistema procesal de excepción constitucionalmente indebido. Uno que falla en lo básico, dado que no cuenta con tribunales que puedan ser considerados impecablemente imparciales y no lo han sido. Pues, de otro modo, ¿cómo se explican esas prisiones preventivas automáticas e interminables contrarias a toda normativa y a toda jurisprudencia (legal, constitucional, convencional, internacional)? ¿O las duraciones exorbitantes de los procesos y la responsabilidad penal objetiva? ¿Qué justifica excluir para estas personas la prisión domiciliaria? ¿Dónde queda el principio de igualdad de armas si a los imputados se los enfrenta a un ejército de acusadores autónomos públicos y particulares? No son anomalías concretas que aparecen con mayor o menor frecuencia en este tipo de casos. Es en verdad un programa sistemático de juzgamiento distinto del normal que aplica un modelo que contradice los principios pertinentes del proceso penal de la democracia constitucional. Por lo tanto, cuestionando alguna o algunas de estas prácticas indebidas se podrá intentar tranquilizar la consciencia o mostrar cierta coherencia crítica, pero eso no alcanza si no se admite, en amistad con la verdad, que se llegó a todo un régimen jurídicamente patológico.

Esto se explica porque la atrocidad de los crímenes, primero, y la cruel impunidad, después, puso a las víctimas al mando de los procesos. Son tiempos en los que ya en general, para gran sufrimiento del derecho penal como límite al poder de castigar, las víctimas dominan la escena judicial hasta un punto que justifica caracterizar al clima punitivista de época como una

victimocracia.[43] Era esperable que las autoridades, en un ejercicio profesional de sus funciones, no accedieran a las comprensibles demandas de las víctimas. Sin embargo, el Estado asumió como propia la agenda de estas, que incluía la cancelación del sistema legal y su sustitución por uno extraordinario, a medida de las víctimas, que habían sufrido las atrocidades, la falta de castigo respecto de todos los culpables y el perdón otorgado a aquellos que habían sido condenados.

El conocido médico psiquiatra y filósofo austríaco Viktor FRANKL, que pasó por varios campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, a los que sobrevivió debido a su admirable resiliencia, aunque parte de su familia no tuvo su suerte, relata la compresible reacción de las víctimas después de la liberación: "Al verse libres, creían que podían tomarse su derecho de usar la libertad sin sujetarse a ninguna norma, de forma arbitraria y sin escrúpulos. Lo único que para ellos había cambiado era que habían pasado de ser oprimidos a ser opresores".[44] Es probablemente lo que muchos haríamos en esa situación, otros no, como FRANKL, quien con grandeza siguió con sus cuestionamientos, cargados de autoridad moral, a esas reacciones de los sobrevivientes de los campos: "Se convertían en instigadores de la violencia y la injusticia, ya no eran víctimas. Justificaban su conducta con sus terribles sufrimientos, y extendían su proceder a las situaciones más insignificantes".[45]

Es manifiestamente perceptible, en la práctica de la jurisdicción penal argentina que se encargó del tratamiento de los crímenes de la dictadura a partir de 2005, que, en gran medida, la presión del espacio a favor de las víctimas requería que los imputados y después los condenados sufrieran fuertes restricciones de las protecciones jurídicas que le caben a cualquier ciudadano en el Estado de derecho. No importa tener que repetirme: es una actitud válida y entendible. Bien dice DONINI que ante semejantes horrores ninguna pena humana da la impresión de ser proporcionada y toda justicia ordinaria parece un acto de clemencia.[46]

---

[43] FINKELSTEIN NAPPI, "Otro reto para la 'victimocracia': ¿un nuevo impedimento procesal en la persecución penal de los delitos de acción pública dependientes de instancia privada?", *DPI Diario*, Sección Derecho Penal, 28 de abril de 2017.
[44] FRANKL, *El hombre en busca de sentido*, Barcelona, Herder, 2022, p. 120.
[45] ÍDEM, *supra* nota 44.
[46] DONINI, "Processo a Saddam, la condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla 'necessaria sproporzione' della pena nelle gross violations", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2007, pp. 343-367. Es un dilema del que también se ocupa MORGENSTERN, p. 129 s.

Pero las exigencias de las víctimas no pueden ser las decisiones de las autoridades. Todo lo contrario, estas deben explicar a los ofendidos que el Estado de derecho no podía, sin dejar de serlo, tomar decisiones contrarias a los tratados de Derechos Humanos, a la Constitución y a las leyes.

Sostiene MAIER, cargado de razón, que el juzgamiento de hechos atroces se debe hacer de modo civilizado, justamente porque son delitos cometidos en la ejecución desviada y brutal del poder público. No es aceptable justificar la degradación de ninguno de los derechos que le corresponden al imputado con la alusión a la gravedad del crimen supuestamente cometido.[47] En cambio, para ZAFFARONI, en el caso de ejercicio de poder punitivo por delitos contra la humanidad, "no se haya legitimado el derecho penal para contenerlo más allá de ciertos requisitos básicos fundamentales".[48]

De nuevo FRANKL: "Nadie tiene derecho a hacer el mal, aunque se haya sufrido una atroz injusticia".[49]

V

La afirmación precedente tiene una agudeza doble, en tanto que, sin dejar de desconocer las atrocidades, prohíbe tratarlas por fuera de la ley. ¿Qué resultado arroja la experiencia pendular argentina si es analizada con consciencia de todos sus dilemas y aporías?

El presidente Alfonsín, con el diseño instrumental de MALAMUD GOTI y los filósofos, proyectó una política de Estado para el procesamiento de la criminalidad de la dictadura, logró eliminar la amnistía de 1983, producir el *Nunca Más* de la Conadep, motorizar los procesos a los

[47] MAIER, *supra* nota 18. pp. 51 y 53 ss.

[48] ZAFFARONI, "Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad", en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, p. 445. Como bien lo advierte y reconoce ZAFFARONI, para estos casos, la protección jurídica de los imputados queda reducida a mínimos ("*ciertos* requisitos básicos"), a pesar de lo cual es común cruzarse con el dogma de que "son juzgados con *todas* las garantías". Ello sería así si no fueran garantías la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, la proscripción del derecho punitivo consuetudinario, la prohibición de utilizar la prisión preventiva como pena, la duración razonable de los procesos, la presunción de inocencia solo desvirtuada por la prueba de hechos, no de estados, etc. Que nadie se confunda, no es una cuestión de derecha e izquierda, es una cuestión de Estado de derecho y Estado sin derechos.

[49] FRANKL, *supra* nota 24, p. 120.

jerarcas del gobierno *de facto* y detener allí las investigaciones y juicios a casi todos los demás posibles responsables de esos crímenes.

Por supuesto que, aunque formidable en sus hallazgos en tiempo récord, la labor de la Conadep no podía ser más que incompleta. El Juicio a las Juntas, por su parte, no está libre de todo cuestionamiento jurídico desde el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los acusados y cancelar la persecución de los demás responsables tiene un costo inevitable para la autoridad del derecho. De modo que para la experiencia argentina de los años ochenta se podría parafrasear a GARAPON y decir, sin desmentirlo, que al menos se llegó a un compromiso por el cual esos crímenes no se perdonaron, en parte, ni, en lo que es la otra cara de la medalla, se castigaron totalmente. Tampoco fueron, recurriendo ahora a FRANKL, penados con lesiones importantes a los derechos de los imputados, a pesar de que se reconoció el carácter gravísimo de los hechos.

En efecto, frente a las dificultades de esa época, desde la de perseguir a efectivos militares en funciones a la imposibilidad de todo Poder Judicial para desarrollar procesos masivos, el balance de lo sucedido entonces, en mi opinión, da un resultado muy aceptable,[50] revisitado hoy con la perspectiva que dan los años y, sobre todo, comparando esa experiencia con el tratamiento aplicado a los crímenes de la dictadura después del gobierno de Alfonsín,[51] cuando se sucedieron dos políticas, la de nada y la de todo, que suponen, ambas, aunque sea paradójico, el fracaso del Estado constitucional y democrático de derecho en el procesamiento adecuado de esos crímenes.

La política de nada fue fallida porque son crímenes que no se pueden perdonar. Ciertamente, esa situación, como se dijo, estimuló la cancelación de las gracias legales judicialmente confirmadas del pasado y el reinicio de los procesos y las condenaciones. Es un hecho notorio que esos juicios, por definición y por su desenvolvimiento, deben ser vistos mucho más como actos de

[50] "Entre lo deseable y lo posible", como sostiene MORGENSTERN, p. 235 ss.

[51] En los ochenta no era necesario aparcar el principio de legalidad y recurrir a una dudosa vigencia, tomada de un supuestamente aplicable derecho de gentes consuetudinario, de la imprescriptibilidad de los hechos, pues no estaban prescriptos, ni violentar la cosa juzgada, dado que no habían sido juzgados, ni eliminar los efectos de leyes aprobadas por el Congreso previsto por la CN y consideradas adecuadas a esta por el máximo garante de la supremacía constitucional, tampoco fue necesario utilizar la responsabilidad objetiva ni existieron prisiones preventivas y procesos de duración exorbitante. Todo lo contrario, como lo demuestra el caso del Juicio a las Juntas, los procesos marcharon rápidamente dentro de lo razonable.

poder que como procesos adecuados a los cánones jurídicos de una democracia avanzada.[52] La política de perseguir y castigar en todos los casos[53] también resultó malograda porque, aunque sea tan decepcionante, son crímenes que no se pueden castigar, al menos no todos y de modo correcto e inobjetable.

Frente a lo que sucede con estos juicios desde 2005 hasta el presente, lo hecho en los años ochenta tiene que ser visto como realista y eficiente, incluso el Juicio a las Juntas parece inmaculado, ante la insignificancia de los reparos que pudiera merecer, si se lo compara con las cazas de brujas del siglo XXI y sus, como diría ROSLER, parques temáticos de violaciones a los derechos humanos de acusados y condenados. Es parte de una ola punitivista que, a la vez que contradice los derechos fundamentales, resulta imparable. Y se extiende más allá de los delitos contra la humanidad a muchas otras áreas.[54] Ante esto, es tan extraño como usual que las personas de derecho apoyen con tanto entusiasmo, en lo sustancial, ese modelo de acción judicial excepcional, propio del clima punitivista de época, basado en la arbitrariedad y en la desprotección de los derechos fundamentales de unos imputados, sin que exista norma alguna que, como la imagina ZAFFARONI, reduzca esa protección para acusados muy desagradables.

Recientemente, Emanuela FRONZA, en un artículo titulado *Juzgar y castigar los crímenes contra la humanidad: ¿Qué mensura para lo inconmensurable?*, ha mostrado la necesidad de una asimetría en el tratamiento de estos hechos para evitar la *inhumanización* del derecho en respuesta a la inhumanidad de los crímenes, dado que "los principios supremos impiden una reacción cualitativamente comparable con los hechos, pues se considera que una reacción racional y contenida es la que expresa el valor esencial del ordenamiento jurídico frente a la barbarie. El

[52] Lo cual es así, también, de los juicios de Núremberg a los de la CPI, aparatos de represión penal considerados meros ejercicios de fuerza selectiva, arbitraria y hasta casual (MAIER, *supra* nota 18, p. 54).

[53] La denominada tesis del *todismo* (p. 255 ss.).

[54] Para más detalles, PASTOR, *supra* nota 42, p. 43 ss. Prueba de ello es que hoy en día una declaración de imprescriptibilidad no se le niega a nadie (resolución de 19/12/2024 de la Sala 1 de la CCC Fed. de la ciudad de Buenos Aires en causa CFP 13619/2003/CA4 "Salgado, José María y otros s/recurso de apelación"). En lo relativo a esa resolución, *vid*. el acertado comentario crítico de ROSLER, "Justicia a la carta", en Seúl, 22 de diciembre de 2024, disponible en https://seul.ar/montoneros-firmenich/ [enlace verificado el día 29 de septiembre de 2025].

objetivo del derecho, incluido el derecho penal internacional, es restaurar lo humano, no negarlo".[55]

MORGENSTERN ha puesto en valor a un MALAMUD GOTI envuelto durante cuatro décadas en acciones y reflexiones respecto del difícil problema de gestionar en democracia crímenes aberrantes y masivos perpetrados por un Estado ilícito. Intenté en este trabajo, subido a los hombros de MORGENSTERN, rendir mi propio tributo al querido y admirado Jaime MALAMUD GOTI, aportando mi aproximación, siempre discutible y relativa, a estos problemas que nunca tendrán una solución única que pueda ser calificada como incuestionable. "En esencia, los trabajos de Jaime sobre los juicios en Argentina son un alegato de agnosticismo y de humildad".[56] Como Jaime, también todos, en la teoría y en la praxis, hacemos lo que podemos.[57]

.

[55] FRONZA, "Giudicare e punire i crimini contro l'umanità: quale misura per l'incommensurabile?", en *Interventi e relazioni*, 28 de mayo de 2024, disponible en https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2024/05/Fronza-LP2-1.pdf [enlace verificado el día 29 de septiembre de 2025].
[56] P. 209.
[57] En p. 356 MORGENSTERN cita a SANCINETTI al respecto: "Jaime Malamud es un hombre noble, que nunca sacó un partido personal de su acercamiento a Alfonsín. Obró de buena fe e hizo lo que pudo".