

# El caso “Patti” y el desafío de asumirnos como una sociedad democrática transicional \*

Margarita Maxit

El caso “Patti” es más que un ejemplo de los diversos nichos de impunidad creados por la falta de enjuiciamiento y castigo de los responsables de las violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura militar que, dada la hasta muy reciente imposibilidad de aplicar sanciones penales que determinaran su inhabilitación para cargos públicos, permitió que personas sindicadas como responsables de estos hechos pudieran acceder a puestos públicos, electivos o no.<sup>1</sup> Asimismo, de igual modo que el caso “Bussi”, también es sustantivamente algo más que una muestra de las distintas estrategias que se han implementado para evitar la total impunidad –penal, social y política- de estos responsables.<sup>2</sup>

A mi modo de ver, el caso de la impugnación del diputado electo Luis Patti significativamente muestra el desafío pendiente para que como sociedad crezcamos en términos de democracia y maduremos los valores de nuestra Constitución histórica, asumiendo una particular identidad determinada por este desgraciado pasado.

Este desafío posee especial importancia, tanto en sí mismo, como por el reciente surgimiento de distintos casos que tomaron estado público en los que también se ha discutido qué consecuencias normativas y políticas deben producirse, en la actualidad, no sólo respecto de quienes serían responsables de esos crímenes sino también respecto de funcionarios que durante la última dictadura militar actuaron en organismos

---

• *Nota de la autora:* las citas de los trabajos académicos mencionados a lo largo de este ensayo fueron efectuadas mediante estilo directo o literal para preservar el tono y la especial fuerza expresiva de los argumentos desarrollados por los autores. Por último, quiero agradecer a Juan González Bertomeu y Demián Zayat por los comentarios que hicieron a un borrador de este ensayo.

1. Para un relato descriptivo y una explicación normativa de los distintos obstáculos legales que impidieron, por lo menos parcialmente hasta el dictado de la ley 25.779 y del precedente “Simón” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14/06/2005, el juzgamiento y castigo penal de las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, con excepción de los delitos de apropiación y retención indebida de menores, ver “*La Corte y Los Derechos*”, Capítulo VII, Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

2. Para un ejemplo de las distintas estrategias desplegadas para reclamar por el respeto a los derechos fundamentales de las víctimas del Terrorismo de Estado, contextualizar el memorial de *amicus curiae* presentado por Human Rights Watch/Américas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en junio de 1995 ante la Cámara Criminal y Correccional Federal en la causa nro. 761, «Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (E.S.M.A.)». Ver, asimismo, el documento del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) “*A 29 años del golpe de Estado: acciones pendientes en la lucha contra la impunidad*”, disponible en [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar) que sintetiza la serie de estrategias desplegadas en el pasado y en el presente para asegurar la justicia, la verdad, la memoria y la construcción del Estado de Derecho.

de inteligencia u ocuparon cargos técnicos o judiciales.<sup>3</sup> Esta importancia aumenta teniendo en cuenta que la circunstancia de que se hayan reabierto las investigaciones penales permite prever que se multiplicarán casos como estos que, por el momento, permanecen más ocultos e ignorados.

El artículo de Demián Zayat publicado en este volumen opera como disparador del debate sobre las distintas cuestiones normativas y teóricas que involucra el caso "Patti".

Así, Zayat mantiene que la afirmación de que excluir de la función pública a los presuntos responsables de estos hechos o a quienes tuvieron un rol sustancial en el gobierno de facto sea una medida válida en una democracia se presenta como una paradoja, en tanto, a primera vista, parece haber una contradicción en la propia formulación de este enunciado.<sup>4</sup> En su trabajo, Zayat argumenta para demostrar por qué esta posición no entraña en verdad una inconsistencia, pretensión que es negada por Federico Orlando<sup>5</sup> en su trabajo con el argumento de que apareaja desconocer el valor epistémico de la democracia.

Por su parte, Zayat también apoya que las decisiones de excluir a estas personas de la vida pública sean adoptadas por órganos públicos distintos al Poder Judicial, para suplir así la anterior falta de cumplimiento, muchas veces intencional, de este poder con su rol de guardián del Estado de Derecho. Mientras que esta posición es compartida por Nicolás Czizik<sup>6</sup> y por Diego Morales,<sup>7</sup> es fuertemente resistida por Juan Ignacio Sáenz,<sup>8</sup> quien sostiene que la Cámara de Diputados al excluir a Patti se arrogó funciones judiciales y violó el principio de división de poderes.

---

3. Por ejemplo, durante el año 2006 tuvieron gran repercusión los casos de Atilio Alterini, actual Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y Juan José Álvarez, diputado nacional. Atilio Alterini, durante su candidatura a Rector de esta Universidad, fue objeto de impugnaciones basadas en su anterior función como asesor legal de la Municipalidad de Buenos Aires durante la última dictadura militar y, en medio de una prolongada crisis institucional universitaria que impidió que estas objeciones fueran analizadas y decididas por quienes tenían a su cargo elegir al Rector, renunció a su postulación. Por su parte, Juan José Álvarez fue objeto de cuestionamientos cuando una publicación periodística reveló que durante ese período se había desempeñado en la SIDE y que había ingresado a ese organismo de inteligencia con la recomendación del entonces ministro del Interior Albano Harguindeguy. Es interesante señalar que en la Cámara de Diputados no se presentó ninguna moción sobre esta cuestión con relación a este legislador y que tanto Álvarez como Alterini continúan desempeñándose en sus funciones de diputado y decano. Tal vez la razón que explique el trato diferente que tuvo Patti respecto de Álvarez se encuentre en las motivaciones políticas a las que alude Czizik en la nota primera de su trabajo. Claramente, la verdad de la premisa contenida en ese apartado disminuirá la legitimidad política –no normativa– del procedimiento que derivó en la exclusión de Patti de la Cámara de Diputados.

4. Zayat, Demián, "El caso Patti y otra paradoja de la democracia", publicado en este número. Ruti Teitel (*Transitional jurisprudence: The role of law in political transformation*, The Yale Law Journal, New Haven, mayo de 1997 –la traducción es de mi autoría–) también alude a esta paradoja cuando refiere que "la idea de que el fascismo era una expresión política de naturaleza populista llevó a intentar limitar esa expresión, aún cuando sea la de una súper mayoría, lo que aparentemente constituye una empresa paradójica en servicio de la democracia constitucional" (la traducción es de mi autoría).

5. Orlando, Federico, "Las paradojas de la democracia: excluyendo voces del proceso deliberativo".

6. Czizik, Nicolás, "Algo más sobre el caso "Patti". Algunas intuiciones sobre el control judicial de constitucionalidad y el diálogo en la interpretación de la Constitución".

7. Morales, Diego, "Las obligaciones por hechos del pasado y las atribuciones de la Cámara de Diputados. Glosas al proceso "Patti".

8. Sáenz, Juan Ignacio, "El caso "Patti": ilegítima atribución de una Cámara del Congreso y alteración del proceso democrático."

En estas páginas, a mí me interesa enfatizar que la aparente contradicción a la que alude Zayat no sería más que un ejemplo de la tensión provocada por los desafíos que enfrentamos como una sociedad que todavía no superó su legado dictatorial. Si como decía Antonio Gramsci, la crisis está dada porque lo nuevo no termina de nacer y lo viejo no termina de morir, el caso "Patti" desata controversias porque todavía no terminamos de nacer —o de parirnos, si es que reconocemos que ello depende de un compromiso colectivo— como democracia constitucional *transicional*.

Entiendo que tiene sentido hablar de transición en nuestro contexto actual, a pesar de haber transcurrido ya veintitrés años desde la vuelta a la democracia, porque como señala Ruti Teitel, "en procesos de justicia transicional demorados, el significado mismo de la categoría de transición se ha expandido a lo largo del tiempo hasta convertirse en una persistente metáfora".<sup>9</sup> La aplicabilidad de este concepto es innegable ya que, dada la reciente reapertura de los procedimientos que habían sido frenados por las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y el dictado de los indultos, la transición a la democracia se evidencia en que todavía existen acciones ante la justicia penal por violaciones a los derechos humanos cometidas por los agentes del estado de facto y en que todavía el Estado continúa indemnizando civilmente a las víctimas.<sup>10</sup>

Este trabajo contiene una apuesta. La de que así como la Constitución nos guía como sociedad para resolver nuestros problemas más básicos de organización del poder y de reconocimiento de derechos, el art. 36 de la Constitución Nacional, complementado por principios y derechos del derecho internacional de los derechos humanos, nos asiste en esta tarea pendiente de atravesar esta transición dentro de los postulados de la democracia constitucional.

Con esta idea, busco resaltar la importancia de situar este debate dentro de este contexto normativo tanto para consolidar la construcción colectiva de esta particular identidad como para abrazar los valores que inspiran a esta clase de democracia. Por ello, buscaré explorar el alcance de esta norma que nos introduce en el constitucionalismo transicional.

9. Teitel, Ruti, *Genealogía de la Justicia Transicional*, 2003, pág.17, publicado en [www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Teitel\\_Genealogia.pdf](http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Teitel_Genealogia.pdf), (visitado por última vez el 16/11/2006). Este artículo, en su versión original en inglés, fue publicado en Harvard Human Rights Law Journal, Vol 16, Spring 2003, Cambridge, pág. 69-94.

10. Es interesante la posición de Marcelo Raffin, quien distingue tres claras etapas en la transición democrática en la Argentina. La primera etapa comprende la vuelta a la democracia, el informe de la CONADEP y los procesos judiciales liderados por el histórico Juicio a las Juntas Militares enfrentados por un contexto de levantamientos militares y por el dictado de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y de los indultos. La segunda etapa incluye los juicios "por la verdad" y por la apropiación ilegítima de niños durante la dictadura militar que fueran iniciados en nuestro país, los procesos penales desarrollados en el exterior, los escraches, la derogación de las "leyes del perdón" y su declaración de inconstitucionalidad por el juez Cavallo en el caso "Simón". Por último, la tercera etapa, la más reciente, se inicia con el recambio a la cúpula de las Fuerzas Armadas, la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes en la materia como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad a la que el Congreso otorga jerarquía constitucional, el dictado de la ley que declara la nulidad de las mencionadas leyes que motivó la reapertura de los juicios penales, la creación de un espacio para la memoria en la sede de la ESMA y la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver autor citado, *La experiencia del horror. Subjetividad y Derechos Humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, agosto de 2006.

## I. El artículo 36 de la Constitución: un nuevo paradigma constitucional

Con la reforma de la Constitución del año 1994 se incorporó el art. 36 que establece, en la parte relevante para este tema, que: *“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia contra actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático... Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de esos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”*.

Con la introducción de esta disposición normativa, nuestra Constitución se enmarca en el denominado “constitucionalismo de transición”.

Ruti Teitel señala que “el constitucionalismo transicional responde a un anterior gobierno represivo, por medio de principios que delimitan y redefinen al sistema político imperante... este tipo de constituciones son retrospectivas y simultáneamente están dirigidas al futuro, pero informadas por una concepción de justicia constitucional que es propia y distintiva de las transiciones”.<sup>11</sup> Esta autora señala que esta clase de constituciones tienen las siguientes características: tienen consagración positiva, con lo que se expresa el consenso que las sustenta; son críticas, en tanto afirman valores contrastantes con los de un *status quo* anterior y represivo al que no se quiere retornar y restauran el anterior orden constitucional interrumpido, pudiendo ser o no provisionales.<sup>12</sup>

Estas notas se aplican al caso argentino en tanto la disposición en análisis se ha incorporado con carácter permanente a la Constitución y claramente se enfrenta a nuestro pasado reciente al mostrar la disconformidad con el modo en que en su momento se resolvió, tanto el castigo a los actores y colaboradores del golpe de estado de 1976, como la aceptación normativa de los efectos de la interrupción constitucional, estableciendo por ello un determinado tipo de respuesta normativa para estos supuestos.

Pero por sobre todo, esta cláusula comparte la característica principal de este tipo de constituciones: el ser “constructiva”, en el sentido que conforma un paradigma constitucional que ayuda al cambio político de la transición que todavía hoy venimos atravesando.

Así, constituciones de este tipo se transforman en instrumentos “militantes de la democracia”, superando la mera protección de derechos individuales y de límites al poder estatal, al establecer la obligatoriedad de un sistema determinado de gobierno y de poder político sin que sea posible otra opción política ni aun mediando un amplio consenso ciudadano en sentido contrario.

---

11. Ruti Teitel, *Transitional jurisprudence: The role of law in political transformation*, The Yale Law Journal, New Haven, mayo de 1997. (La traducción es de mi autoría).

12. Como las constituciones post-autoritarias de Sudáfrica, Brasil y Chile, que tienen además como característica común, la de provenir de una voluntad popular limitada y restringida, compensándose este origen semi-espúreo con el carácter no definitivo de las mismas, en tanto están por definición sujetas a revisión. Su legitimidad tiene lugar retroactivamente una vez alcanzada la consolidación a cuyo arribo ayudaron.

## Supremacía constitucional incondicionada

Por un lado, el art. 36 de la C.N. apunta a asegurar la vigencia del Estado de derecho constitucional aun cuando se produzca una interrupción constitucional y a establecer la ineficacia de todos los actos institucionales que lo interrumpan o sean consecuencia de este quiebre.

En el derecho constitucional de transición o post-autoritario es frecuente que se establezca la “auto referencia” o la inderogabilidad de cláusulas que, como la nuestra, aseguran la permanencia y vigencia del sistema democrático.<sup>13</sup> Asimismo, esta obligatoriedad tiene carácter permanente, tanto para el caso de interrupciones forzosas al sistema constitucional como para los cambios constitucionales que se produzcan en legal forma. Dado que el sistema democrático constituye un presupuesto de la vigencia de los derechos humanos,<sup>14</sup> este concepto responde también al principio de inderogabilidad e irretroactividad de los derechos humanos ya consagrados que rige en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>15</sup>

---

13. Por ejemplo, la Constitución de Guatemala en su artículo 281 establece que “en ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186 y 187, ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido”, y en el art. 21 de las disposiciones transitorias prevé que: “la presente Constitución Política de la República de Guatemala entrara en vigencia el día 14 de Enero de 1986 al quedar instalado el Congreso de la República y no pierde su validez y vigencia pese a cualquier interrupción temporal derivada de situaciones de fuerza”. Por su parte, la Constitución de Paraguay: en su art. 3 establece que “la dictadura está fuera de la ley” y su art. 137 reza una cláusula que garantiza la vigencia permanente de la Constitución.

14. La valoración del sistema democrático como condición necesaria del respeto de los derechos humanos surge expresamente de la Carta de la OEA, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana. La CIDH ha dicho que de estos textos surge “la relación orgánica que existe entre la democracia representativa y los derechos humanos... (y que) la experiencia que la Comisión ha constatado en los hechos es que las graves violaciones de los derechos humanos en algunos países de América tiene su origen en la necesidad de perfeccionar el funcionamiento de las instituciones y el Estado de derecho” (cf. Informe 137/99 en el caso “Aylwin” nro. 11.863 del 27/12/1999). Para un análisis de esta cuestión, ver Gross Espiell, Héctor, *La democracia en el sistema interamericano*, Lecciones y Ensayos, nro.69/70/71, año 1997/1998.

15. Los principios de progresividad e irreversibilidad significan que una vez alcanzado un estadio de reconocimiento de los derechos, el mismo no puede ser desconocido ni disminuido. Ver, Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos –su desarrollo progresivo–*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ed. Civitas, Madrid, año 1987. Este principio de no regresividad que rige en el derecho internacional de los derechos humanos no tiene aplicación automática en nuestro sistema constitucional local. Si bien este concepto estaría de alguna manera emparentado con el alegado principio de “contenidos constitucionales pétreos” que aludiría a ciertos principios del derecho constitucional argentino que no podrían ser dejados de lado por una eventual reforma constitucional, se debe tener en cuenta la crítica que formula a esta teoría María Angélica Gelli, tachándola de inconsistente con el art. 30 de la C.N. que admite la reforma total. Ver autora citada, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, 2003, pág. 262. A título informativo, es interesante rescatar el comentario de Richard Primus, quien señala que este principio de inderogabilidad de principios básicos, que subyace al constitucionalismo transicional, influenció también a Bruce Ackerman y John Ely, dos de los teóricos constitucionales norteamericanos contemporáneos más importantes, quienes más allá de las diferencias que caracterizan a cada uno de sus aportes, coinciden en que habría ciertos derechos que no pueden ser “tocados” y que constituyen un límite infranqueable aun para la voluntad de las mayorías. Ver Primus, Richard, “A brooding omnipresence: Totalitarianism in postwar constitutional thought”, 106 Yale Law Journal 423, noviembre de 1996.

De la misma redacción surge que el art. 36 de la C.N. está destinado a ser aplicado con posterioridad a cuando se hubiera quebrantado por la fuerza el sistema de gobierno, en tanto traerá la ineficacia de todos los actos que sean consecuencia del quiebre, sin perjuicio de que, como posteriormente sostendré, esta cláusula es extremadamente rica y produce otras consecuencias para lo que aquí se discute.

En virtud de esta cláusula, si el quiebre constitucional ya tuvo lugar, ni sus perpetradores ni los funcionarios de facto podrían sostener que se someten al texto constitucional, en tanto por definición este hecho lo contradeciría. Justamente por esta razón esta norma produce el efecto de deslegitimar el golpe de estado, en tanto estos personajes no podrían argumentar que están pretendiendo tutelar la constitución que están violando.

Parecería que esto es obvio y que este texto nuevo no agrega ningún concepto que no estuviera en la redacción de la Constitución Nacional 1853/60. Y si bien se podría argumentar en ese sentido, esta expresa formulación normativa produce importantes efectos jurídicos y también a nivel discursivo. Esto en tanto en nuestra historia jurídico-institucional invariablemente se han convalidado los actos institucionales que tuvieron lugar mientras la Constitución se encontraba interrumpida.

Respecto de la convalidación de los decretos emanados por los gobiernos de facto, el camino fue el siguiente: primero, con las acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930 y 1943 se estableció la imposibilidad de discutir judicialmente el título de las autoridades de facto;<sup>16</sup> luego se concedieron facultades cada vez más amplias al poder ejecutivo de facto,<sup>17</sup> terminando por sostener que éste tenía el poder de realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, lo cual comprendía la facultad de legislar<sup>18</sup> y que debían legitimarse las normas dictadas por estos regímenes en razón de su efectividad.<sup>19</sup> Por ello tiene razón Leopoldo Schiffrin cuando sostiene que: “el afán legisferante sirvió para destruir la barrera de prudencia que en ese campo había... la caída de esas barreras significó la reafirmación del poder militar por vía de sentar el precedente de un ejercicio incondicionado del Poder Legislativo, y de crear el hábito de que ese poder sea ejercido por las Fuerzas Armadas. Hace ya tantos años que en la Argentina las leyes provienen del poder militar que cuando en alguna ocasión se ha puesto seriamente en duda la validez de las normas así sancionadas frente al gobierno constitucional... *la cuestión no ha sido siquiera comprendida*”.<sup>20</sup>

---

16. Acordadas publicadas en la Colección de Fallos de la Corte Suprema 158:290 y 196:5. Para un análisis acerca del contexto socio-político que rodeó al dictado de la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930 y del impacto que la misma tuvo para la vida institucional del país, ver Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana, *Ruptura de la Legitimidad Constitucional -La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930-*, Cuadernos de Investigaciones N° 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Rioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año 1988.

17. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Municipalidad de Buenos Aires c/ Mayer, Carlos M”, publicado en Fallos 201: 249 y “Arlandini, Enrique”, publicado en Fallos 208:184.

18. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Molinas, Ricardo F., Cambiaso, Osvaldo Agustín”, sentencia del 10/05/1968.

19. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lejarraga de Álvarez de Toledo, Nélica Catalina, y otra c/ Donnari, Santoni Palmira”, publicado en Fallos 240:96.

20. Schiffrin, Leopoldo, tesis doctoral, *Dictadura y Constitución: aspectos políticos de la crisis del estado de derecho en la Argentina*, párrafos transcritos en Miller, Jonathan; Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana, *Constitución y Poder Político*, Ed. Astrea, tomo I, pág. 309.

La nueva previsión constitucional del art. 36 se opone directamente, por ejemplo, a los motivos esgrimidos en el acta o estatuto de la Junta Militar que en 1976 encabezó el Proceso de Reorganización Nacional, en la que se afirmaba pretender “restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado..., erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional... y la instauración de una democracia republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del pueblo argentino”,<sup>21</sup> lo que se tradujo en la circunstancia que las autoridades judiciales juraran fidelidad y acatamiento primero a este estatuto y luego a la Constitución.<sup>22</sup>

La importancia en términos normativos y simbólicos de esta norma, puede ser apreciada recordando que, cuando reinstaurada la democracia se denunció la comisión del delito de rebelión en razón del derrocamiento de las autoridades constitucionales producido el 24 de marzo de 1976, se desestimó *in limine* la denuncia con base en el acatamiento institucional que los actos *de facto* habían tenido, lo que supuestamente le confería legitimación *ex post*. Cuando la Cámara Federal revocó esa decisión, tuvo que aclarar lo evidente: “la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el punto si bien no ha contribuido a esclarecer la cuestión, en modo alguno autoriza a sostener que la sustitución del orden constitucional por vía de hecho sea un acto legítimo” y que “no puede entonces pretender extraerse de nuestro sistema jurídico una facultad o competencia para modificar o reemplazar, aunque sea transitoriamente, la Constitución, ni sus autoridades, por medios distintos a los previstos por la norma fundamental (art. 30 C.N). Es en verdad impensable que la Constitución autorice a suplantar por la fuerza el orden que ella misma establece”.<sup>23</sup>

La doctrina que convalidaba los actos institucionales de las dictaduras fue dejada de lado por la Corte Suprema en el caso “Aramayo”, en donde el Máximo Tribunal estableció que los actos del gobierno de facto, para tener validez, debían ser implícita o explícitamente ratificados por el Congreso.<sup>24</sup> Precisamente por ello, posteriormente la Corte convalidó la constitucionalidad de la ley 23.040, que derogó y declaró nula la ley nro. 22.924 de autoamnistía dictada por los militares, afirmando que esta ley de amnistía era nula tanto por su origen como por su contenido.<sup>25</sup>

Pero en el fallo “Godoy”,<sup>26</sup> como señaló Nino, “la expansión de la Corte producida por el presidente Menem en 1990 motivó el regreso de la antigua doctrina: su Corte declaró que, a pesar de “evaluaciones ideológicas o afectivas de la democracia”, las leyes sancionadas por un régimen militar eran tan válidas como las dictadas por el Congreso”.<sup>27</sup>

Ahora bien, la reforma introducida por el art. 36 C.N. en este punto es una ratificación, aclaración o insistencia de lo que se derivaba del art. 30 de la Constitución sin reformar,

21. Nino, Carlos, *Juicio al Mal absoluto*, Emecé, pág. 93.

22. Bergalli, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Ed. Ad-Hoc, pág. 30.

23. Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, Sala I, causa “Pagani, Jorge”, resuelta el 2 de abril de 1984, publicada en *Doctrina Penal*, año 1984, pág. 282.

24. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aramayo, Domingo Raúl”, sentencia del 14/02/1984.

25. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 30/12/1986.

26. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Godoy, Oscar Eduardo”, sentencia del 27/12/1990.

27. Nino, Carlos Santiago, *Juicio al Mal absoluto*, Emecé, pág. 85.

por lo que se impone una reformulación de ese nuevo cambio jurisprudencial, volviendo a aplicar así la doctrina de “Aramayo”. Es que, como señala David Baigún, hay que resaltar “el esquema contundente adoptado por la Constitución reformada: sepultar para siempre el sistema binario de excepcionalidad institucional y Estado de derecho”.<sup>28</sup>

Es objeto de otro debate el determinar en qué medida el principio que subyace a esta condena constitucional a los sistemas de excepción alcanza también a otros supuestos, como, por ejemplo, el actual régimen de jueces subrogantes<sup>29</sup> cuya validez fuera convalidada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con argumentos consecuencialistas muy similares a los utilizados oportunamente para sostener la validez de los actos de las autoridades de facto.<sup>30</sup>

### ***La interrupción del orden constitucional y las violaciones masivas a los derechos humanos. De los agentes, sus penas y su relevante exclusión de la vida política.***

En segundo lugar, el art. 36 contiene una cláusula penal que sanciona a quienes cometan dos conductas distintas: la de interrumpir por la fuerza el orden constitucional y la de usurpar funciones previstas por la Constitución Nacional o por las provinciales, asignándole a estas acciones una serie de consecuencias jurídicas.

La reforma otorga así jerarquía constitucional a las principales conductas que constituyen los denominados “delitos contra el orden constitucional y la vida democrática”, que, como es sabido, fueron tipificados e incorporados a nuestro

---

28. Baigún, David, “El delito de “atentado al orden constitucional y a la vida democrática” y la reforma de la Constitución Nacional”, en Estudios sobre la reforma constitucional, pág. 47.

29. Jueces subrogantes designados con arreglo al reglamento aprobado, en los términos del art. 7, inc. 15, de la ley 24.937, texto según ley 25.876, por la resolución n° 76/2004 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

30. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 7/2005 del 24/02/2005: “1°) Que este Tribunal ha tomado conocimiento de pronunciamientos judiciales que, sobre la base de considerar inconstitucional la Resolución N° 76/04 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación en cuanto aprueba el reglamento que contempla el art. 7, inc. 15, de la ley 24.937, modificada por la ley 25.876, previendo la subrogación de jueces por funcionarios que no cuentan con designación del Poder Ejecutivo Nacional ni el correspondiente acuerdo del H. Senado de la Nación, han declarado la nulidad de parte o todo lo actuado por los indicados subrogantes. 2°) Que dada la significativa cantidad de designaciones que se han llevado a cabo al amparo del régimen aludido y la importancia de las cuestiones decididas en todos los fueros y, especialmente, en el ámbito penal, tales nulidades pueden incrementarse y provocar la paralización de la administración de justicia con consecuencias gravísimas para la salud de la República. 3°) Que tales consecuencias no se traducirían sólo en impunidad o riesgo de tal en delitos de suma gravedad, sino también en violación de garantías respecto de las personas que hubiesen sido absueltas o sobreesidas. 4°) Que corresponde tomar en consideración la existencia de una antigua y pacífica tradición legislativa de habilitar para el cumplimiento de funciones jurisdiccionales a personas que no contaban con acuerdo del Senado de la Nación ni con nombramiento del Poder Ejecutivo Nacional, sin que la validez de los títulos creados del modo indicado hubieran sido tachados de repugnantes a la Constitución Nacional. De cuestionarse dicho procedimiento, podrían impetrarse -inclusive- nulidades de sentencias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada en todos los fueros, con la consiguiente lesión irreparable a la seguridad jurídica. 5°) Que sin abrir juicio respecto de la constitucionalidad de las normas cuestionadas, que deberá resolverse por la vía legalmente contemplada, esta Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial de la Nación, tiene la facultad y el deber constitucional de adoptar, en el ámbito de sus atribuciones, las medidas necesarias y apropiadas para evitar el caos institucional sin precedentes que provocaría la extensión indiscriminada de esas nulidades”.

derecho vigente a partir de la sanción de la ley 23.077<sup>31</sup> en el Código Penal en los arts. 226, 226 bis, 227 bis<sup>32</sup> y ter.

Esto constituye sin duda una innovación y un avance en la regulación que sobre el tema efectuara esta ley.<sup>33</sup> Al tipificar constitucionalmente las conductas más lesivas y estipular sus respectivos castigos, se impide una eventual descriminalización a nivel legislativo. Existe así un piso mínimo de conductas castigadas penalmente del que es

31. Publicada en el Boletín Oficial el 27/08/1984.

32. Con anterioridad a la sanción de esta ley, se sostenía que la conducta de estos "consentidores" era atípica: "el desempeño posterior al alzamiento de un cargo judicial o administrativo no significa (participación) en el hecho del derrocamiento... se trata en realidad de "fautores" de la rebelión, esto es, personas que sin un acuerdo anterior al delito facilitaron el desenvolvimiento del gobierno militar, que fue una consecuencia del alzamiento, pero que, por necesaria que resultó, no fue el alzamiento mismo", ver Ricardo Núñez, *El movimiento militar del 24.3.76 y el delito de rebelión*, Doctrina Penal, pág. 288.

33. El art. 226 del C.P. establece que: "Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio". Art. 226 bis: "El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años". El art. 227 bis: "serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consistieran la consumación de los hechos descritos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes. Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en alguno de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento nacional y de las legislaturas provinciales. Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales". El art. 227 ter: "El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate". El art. 235: "Los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena. Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años. Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad".

imposible sustraerse, tanto por el dictado de normas de fondo que las exoneren de castigo penal como por disposiciones de prescripción que limiten la posibilidad de su juzgamiento. Asimismo, constituye un avance en la tutela de la democracia la circunstancia de que esta norma también dispone, para quienes realizaren esas conductas, la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos, ya que en su formulación infra-constitucional esta inhabilitación sólo tiene alcance por el doble del tiempo de la condena.

La gravedad de estas conductas justifica la determinación de la sanción penal de su comisión en una carta de organización del poder y de reconocimientos de derechos como es la Constitución, que siempre fue pensada más como estableciendo límites que como instrumento que funda el deber de castigar.

Acerca de esta clase de previsiones que castigan penalmente e inhabilitan para la vida pública a autores de estas conductas antidemocráticas y de lesa humanidad, Eugenio Zaffaroni afirma que: “la represividad es en estos casos una tendencia fácilmente favorecida... *incluso en personas de claras actitudes democráticas...* (E)s posible defender los Derechos Humanos, amenazados en su totalidad por las señaladas conductas, mediante... la utilización de (estos) tipos que... son muestras de la capacidad de un sistema penal que, sin violar los principios del derecho penal de acto, puede tutelar el orden constitucional”.<sup>34</sup>

De este modo, la sanción de esta norma constitucional responde al mismo concepto que ha inspirado, no como acto de expreso reconocimiento positivo pero sí como criterio interpretativo de derecho, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de *justicia transicional*, en cuanto establece que de la obligación estatal de respetar el derecho a la vida y el acceso a la justicia de las víctimas se sigue el deber de los Estados Partes de investigar, juzgar y castigar las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por fuerzas estatales o con su anuencia.<sup>35</sup>

Con esta previsión, el art. 36 de la Constitución Nacional introduce el concepto de la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos como consecuencia normativa y política, relevante y necesaria, respecto de quienes cometan actos de la naturaleza comentada. En los párrafos que siguen, me dedicaré a analizar este nuevo concepto.

## **II. El afianzamiento de la democracia constitucional mediante la inhabilitación de los perpetradores y colaboradores del régimen de facto**

### **Contextualizando la *lustratio***

Antes de comenzar a analizar qué significa esta cláusula transicional en nuestro contexto, quiero, valga la redundancia, contextualizarla en el marco del derecho constitucional e internacional.

Debido a que es de modo reciente que se está consolidando en nuestro país esta transición constitucional, precisamente con la reanudación de los actos de *justicia*

---

34. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina”, Informe final, Instituto Interamericano de Der. Humanos, pág. 113.

35. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez c/Honduras”, sentencia del 29/07/1988 y “Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, sentencia del 14/03/01.

*transicional*, es interesante acudir al derecho comparado para examinar las experiencias de países que hicieron uso de este mecanismo respondiendo a pasados autoritarios. Este análisis se hace siguiendo la propuesta de Carlos Ronsenkranz de estudiar el derecho comparado para aprovechar de la experiencia de otros países en la resolución de problemas comunes pero siempre con el objetivo de construir un diseño y una práctica constitucional que atienda a nuestra propia identidad.<sup>36</sup> Asimismo, también es relevante examinar los estándares del derecho internacional de los derechos humanos acerca de la validez de este tipo de medidas para analizar desde esta perspectiva el sistema normativo argentino.

Esta clase de inhabilitación política, que tiene origen en el vocablo latino *lustratio*, en inglés se denomina *lustration* y significa “purificar por medio de un sacrificio ritual”.<sup>37</sup> Este concepto aplicado al ámbito público puede traducirse en el de “limpieza política”, es decir que alude a la exclusión y a la purga del gobierno de los agentes del sistema represivo y autoritario del que se está saliendo.

Puesto que como señala Tina Rosenberg, cada sociedad ha decidido el modo de enfrentar sus herencias totalitarias, en la historia contemporánea este método fue utilizado en distintos países con distintos resultados y con mayor o menor consenso y eficacia.<sup>38</sup>

### La purga política en el caso europeo

El concepto de purga política paradigmáticamente se asocia a lo acontecido en Alemania durante el proceso de des-nazificación dentro de lo que Ruti Teitel señala como fase I de la genealogía de la justicia transicional.<sup>39</sup> En este sentido, George Weigel señala que “cuando Hitler fue derrotado en 1945, no existía duda en la mente de nadie acerca de que si se iba a establecer un régimen democrático en ese país –o cuanto menos en la parte bajo control de Occidente-, un período de “desnazificación” era necesario. En consecuencia,... se inició un proceso que incluyó la persecución en Nuremberg de los mayores criminales nazis, así como también la purga de los funcionarios de menor jerarquía que habían servido al régimen nazi, aun cuando ellos no hubieran cometido crímenes.”<sup>40</sup>

---

36. Rosenkrantz, Carlos, “En contra de los “préstamos” y otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, Número 1, octubre de 2005.

37. Cfr. Bertesch, Charles, “Lustration and the transition to democracy, the cases of Poland and Bulgaria”, East European Quarterly, Boulder, invierno de 1994.

38. Rosenberg, Tina, “Overcoming the legacies of dictatorship”, Council of Foreign Affairs, New York, mayo de 1995. La autora señala que: “hay dos razones vitales para confrontar un pasado turbio: calmar el dolor de las víctimas y alterar las condiciones que nutrieron la dictadura, en orden a prevenir su regreso. Las nuevas democracias han inventado una serie de creativos... métodos para alcanzar esas finalidades; que incluyen dejar el pasado atrás y empezar de nuevo; una disculpa oficial; la reparación pecuniaria a las víctimas o a sus familias; *prohibiciones de empleo y purgas para inhabilitar a los abusadores para los puestos de confianza pública*; las comisiones para la verdad y juicios para los líderes o para aquellos que llevaron a cabo las torturas o las muertes. Los instrumentos elegidos dependen del tipo de sistema dictatorial, de la clase de crímenes cometidos, del nivel de participación de la sociedad en la dictadura, de la cultura política de la sociedad civil, de lo abrupto de la transición a la democracia y de los recursos y poder político del nuevo gobierno civil” (la traducción es de mi autoría; énfasis agregado).

39. Teitel (2003).

40. Weigel, George, *Their Lustration-And Ours*, The Library Institute of Human Relations, New York, octubre de 1992.

Puesto que las provisiones constitucionales sobre esta purga<sup>41</sup> fueron condicionadas fuertemente por las circunstancias políticas impuestas por los aliados, lo que le quita el valor de un constitucionalismo de transición deliberadamente adoptado por la propia sociedad que se está enfrentando a su pasado, su impacto también fue amortiguado. Como señala Carlos Nino: “a pesar de que las potencias aliadas lanzaron inicialmente una extensa campaña de desnazificación dirigida a purgar los cargos públicos de quienes hubieran estado conectados con actividades nazis, con el tiempo los resultados se fueron diluyendo. Los ex-nazis desarrollaron diferentes maneras de evitar la detección y las autoridades una tendencia creciente a cerrar los ojos”.<sup>42</sup>

Por su parte, siguiendo a Teitel, en la fase II de la genealogía de la justicia transicional que es caracterizada por una “acelerada ola de democratización y fragmentación política”, en Europa del Este, con la caída de los regímenes totalitarios comunistas, esta medida tuvo suertes diversas.

En 1991, en Checoslovaquia se sancionó una ley de “limpieza política” que fue posteriormente tomada como modelo por otros países de la región. Esta ley, que tuvo aplicación hasta el año 2000 en la República Checa, impedía la designación en cargos jerárquicos gubernamentales -electivos o no-, de medios públicos de comunicación y de sociedades mixtas, así como la permanencia en ellos, de quienes hubieran sido miembros de los órganos claves del gobierno comunista o hubieran colaborado con la policía secreta de ese régimen.<sup>43</sup> Para poder acceder o permanecer en dichos puestos, se debía comprobar, por medio de un certificado expedido por el Ministerio del Interior, que no se había formado parte de ninguna de esas organizaciones. Esta ley sancionaba así la participación objetiva en estas estructuras, apartándose del modelo propuesto por el entonces presidente Havel que propugnaba la exclusión de los puestos públicos sólo respecto de quienes se demostrara que hubieran violado los derechos humanos. Acorde con la investigación de Roman Roed, más de 316.000 personas estuvieron involucradas en este proceso de *lustratio*, y si bien de este número más del 3% recibió un certificado que lo imposibilitaba para ocupar un cargo público, no hay estadísticas que den cuenta de

---

41. Cfr. Art. 132 de la Constitución Alemana, que establece que: “1. Los funcionarios y los magistrados que en el momento de entrada en vigor de la presente Ley Fundamental estén en una relación de servicios de carácter vitalicio podrán, dentro de los seis meses siguientes a la primera reunión de la Dieta Federal, ser jubilados o pasados a situación de disponibilidad o ser trasladados a un cargo con menor retribución, cuando carezcan de la idoneidad personal o técnica para su puesto respectivo. Este precepto se aplicara de modo análogo a los empleados cuya relación de servicio no sea rescindible. En cuanto a los empleados cuya relación sea rescindible, podrán derogarse dentro del lapso indicado los plazos de rescisión que excedan de los fijados en el régimen de retribuciones (Tarifregelung). 2. No se aplicara la presente disposición a los individuos de la función pública que no hayan sido afectados por las normas sobre «liberación del nacionalsocialismo y del militarismo» («Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus») o que figuren entre los reconocidamente perseguidos por el nacionalismo, siempre que no exista una causa importante en su respectiva persona. 3. Los afectados tendrán derecho a recurrir al amparo del artículo 19, párrafo 4. 4. Los pormenores de aplicación serán regulados por una ordenanza del Gobierno Federal, que requerirá el asentimiento del Consejo Federal”.

42. Nino, Carlos Santiago., op. cit., pág. 26.

43. Boed, Roman, “An evaluation of the legality and efficacy of lustration as a tool of transitional justice”, 37 Columbia Journal of Transnational Law 357 (1999).

cuántas personas renunciaron a sus puestos antes de que se examinara su situación o decidieron no postularse para evitar ser expuestas a esta inhabilitación pública.

La Corte Constitucional de Checoslovaquia confirmó, en lo sustancial, la validez de esta ley con el fundamento de que era una medida razonable para remediar las injusticias del pasado y para asegurar el futuro de la democracia. Sin embargo, no obstante haber sido convalidada por esta Corte y de haber contado con un amplio consenso social,<sup>44</sup> esta ley fue severamente criticada y hasta tildada de promover la “caza de brujas”.<sup>45</sup>

Concretamente, tanto en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como en el Consejo de Europa, la misma fue objeto de objeciones basadas en la presunta discriminación laboral que entrañaría. La OIT afirmó que la exclusión laboral de cargos públicos fundada en la mera pertenencia al anterior régimen era discriminatoria si no estaba probado que la persona hubiera actuado de manera concreta en contra de la seguridad de la nación. Por su parte, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en la resolución 1096 del año 1996<sup>46</sup> declaró que, para ser válidas, las medidas de *lustratio* no debían asignar responsabilidad colectiva sino individual y que debían salvaguardar las garantías de defensa, de presunción de inocencia y de acceso a una instancia de revisión judicial.

En este sentido es también relevante la crítica que formula Roman Boed a esta ley por violatoria de derechos elementales como la prohibición de trato discriminatorio y el debido proceso legal. En cuanto a la primera objeción, coincidiendo con el razonamiento de la OIT, Roed señala que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos exigen, para que la distinción no constituya una discriminación ilegítima, que esté probada una directa e inmediata relación entre el fin de protección del sistema democrático que persigue la norma y la medida de exclusión en el caso concreto. En cuanto a la segunda objeción, Boed señala la necesidad de asegurar, de cara al art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que la persona excluida del puesto público pueda tener acceso a una instancia judicial que revise si en esa decisión medió discriminación o alguna otra clase de arbitrariedad.<sup>47</sup>

Estas críticas normativas, a su vez, dieron pie a cuestionamientos sobre la legitimidad de este sistema. Sin embargo, la ley no fue tachada de inválida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Recientemente, en el caso “Turek vs. Eslovaquia”<sup>48</sup> este

44. Para una clara referencia acerca del consenso social que demandaba y apoyaba esta medida en Checoslovaquia, además del trabajo de Boed, se puede consultar el informe “Penalties for Prior Political Association”, American Society of International Law, publicado en 87 Am. Soc’y Int’l L. Proc. 174.

45. En contra de esta posición, se alzó Weigel, quien afirmaba que como la ley “no excluía de empleo a los anteriores colaboradores del régimen comunista; no les imponía sanciones criminales por las acciones cometidas; no les quitaba la pensión ni los derechos adquiridos; no les impedía postularse como congresistas... sino que, por una certificación del Ministro del Interior... la ley prohibía a los anteriores comunistas de alto rango y a los miembros y colaboradores de la policía secreta, emplearse por un período de cinco años en los sectores clave de la sociedad, que incluían las fuerzas de seguridad, las cortes supremas, los niveles máximos de la administración, las empresas estatales y la radio y la televisión estatales... Considerando la represión y la corrupción de la que era responsable el régimen comunista, la ley es extremadamente tolerante”.

46. Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Resolución 1096/1996 “Sobre las medidas para dismantlar la herencia de los anteriores regímenes comunistas totalitarios”. La traducción es de mi autoría.

47. Cf. Boed, Roman, op.cit., págs. 386 y ss.

48. CEDH, “Turek V. Slovakia”, No. 57986/00, decisión del 14/02/2006.

tribunal afirmó que la norma en sí misma no era violatoria del debido proceso porque preveía una instancia de revisión judicial de la determinación del Ministerio del Interior que aparejaba la imposibilidad de ser designado o electo a un puesto público.

Bulgaria adoptó una ley parecida a la checoslovaca. Hungría también, pero el procedimiento funcionaba de distinta manera: una vez detectada la filiación de la persona al anterior régimen comunista, se le pedía la renuncia o que asumiera las consecuencias que seguían a la publicación de este dato. Por su parte, en Polonia, primero hubo un escándalo porque, basándose en los archivos de la policía secreta, personas inocentes fueron incorrectamente mencionadas públicamente como colaboradoras del anterior régimen. El temor a que se reprodujera esta situación y el interés por la determinación de la verdad real llevaron a la adopción de una ley por la que se le exigió a los candidatos y miembros del gobierno a que declararan bajo juramento si habían colaborado o no. Mientras que la “confesión” no impedía participar en la vida pública, la falsedad en la declaración sí la aparejaba por el término de 10 años. Sin embargo, se ha señalado que en Hungría y Polonia este tipo de medida no fue efectiva para cumplir su objetivo de limpieza política porque la transición fue negociada, con lo que los anteriores agentes del régimen comunista no eran tratados como “enemigos” sino solamente como adversarios políticos.<sup>49</sup>

Por otro lado, con la reunificación de Alemania, la purificación se aplicó a ex administradores, profesores y juristas de la República Democrática Alemana.<sup>50</sup>

Esto en cuanto a las experiencias del derecho constitucional europeo. Lo que es interesante analizar ahora es en qué medida y con qué argumentos los órganos de protección de los derechos humanos de esa región convalidaron las disposiciones de *lustratio* de los estados que la integran. Este análisis también es relevante para delinear los estándares internacionales en la materia que pueden ser aplicables tanto en el contexto interamericano como en el local, atento que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le otorga a la jurisprudencia de su par europea valor como pauta de interpretación de las cláusulas análogas de la Convención Americana<sup>51</sup> y que la Corte argentina recepta la jurisprudencia del sistema interamericano como pauta de interpretación de las condiciones de vigencia de la Convención (art. 75 inc. 22 C.N.).<sup>52</sup>

---

49. Cf. Boed, Roman, op.cit., pág. 362.

50. Cf. Boed, Roman, op.cit., pág. 361.

51. Cabe formular una aclaración. Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos, a diferencia de la Convención Americana en el art. 23, no posee una norma que expresamente reconozca como derecho fundamental el acceso a un cargo público, la jurisprudencia del TEDH examina la compatibilidad de las medidas de *lustratio* con los arts. 8, 10, 11 y 14 de la Convención que reconocen respectivamente el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación y la prohibición de trato discriminatorio. De este modo, dada la amplia protección que se deriva de este conjunto normativo contra exclusiones discriminatorias de la vida política y pública, la diferencia entre ambas convenciones se diluye con relación a esta cuestión.

52. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1999, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación”: “lo que la Corte y la Comisión Europeas han manifestado es igualmente aplicable para las Américas”. Para un ejemplo de la incidencia que esta jurisprudencia posee respecto de la interpretación de las normas de la Convención para la Corte Suprema de Justicia de la Nación ver, entre muchos otros, el fallo dictado en la causa “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 16/11/2004.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo oportunidad de analizar la compatibilidad de distintas leyes o previsiones constitucionales que adoptaban medidas de exclusión de la función pública a personas que hubieran pertenecido o colaborado con regímenes comunistas.

En cuanto a la validez sustantiva de este tipo de medidas, es relevante el criterio sentado por el TEDH en el reciente caso "*Zdanoka v. Latvia*"<sup>53</sup>. En esta oportunidad, este tribunal reconoció la legitimidad de este tipo de medidas que buscan preservar el sistema democrático y sostuvo que, por ende, no estaban vedadas las restricciones políticas a sujetos que, por su conducta u actuación pública, hubieran en el pasado amenazado el Estado de Derecho o las instituciones democráticas. Al fundamentar esta decisión que declaró la validez de una ley que restringía la presentación a cargos electivos de personas que hubieran participado del intento de golpe de estado acaecido en Latvia en 1991, la Corte invocó su anterior jurisprudencia que había declarado compatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos regulaciones que excluían de cargos públicos –electivos o no– a personas que hubieran formado parte de la SS y de la KGB o se hubieran desempeñado como funcionarios de la República Democrática Alemana.<sup>54</sup> Es importante destacar que en este caso, para convalidar esta clase de medidas, el Tribunal no requirió que se probara que la asunción por parte de la persona excluida de una función pública aparejara un peligro cierto e inmediato al sistema democrático. De esta manera, este estándar de razonabilidad es menos estricto que el adoptado por la OIT que fuera comentado anteriormente.

En segundo lugar, el TEDH también analizó qué requerimientos del debido proceso adjetivo deben ser satisfechos para poder fundar válidamente esta exclusión.

Así, en el citado fallo "*Turek vs. Eslovaquia*"<sup>55</sup> el TEDH afirmó que "si un estado parte adopta medidas de *lustration* debe asegurar a las personas afectadas por las mismas el ejercicio de todas las garantías procesales protegidas por la Convención en el marco de cualquier procedimiento relativo a su aplicación". Precisamente por aplicación de este principio, en este caso el Tribunal declaró la arbitrariedad del procedimiento seguido respecto del peticionante en tanto se había llegado a esa determinación sobre la base de prueba de cargo que éste no había podido controlar y de otras constancias probatorias que no eran ni unívocas ni concluyentes.

Asimismo, en el citado caso "*Zdanoka v. Latvia*" la Corte afirmó que esta clase de exclusión de la vida pública no posee carácter penal y que, en consecuencia, no está sujeta a las garantías procesales que regulan la aplicación de normas que sí posean esa naturaleza. Por ello, resaltó que esta exclusión podía ser aplicada aun ante la ausencia de juzgamiento y condena penal y afirmó que en el procedimiento de su determinación no eran aplicables las garantías de presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba. Así concluyó que, salvo que la persona excluida hubiera tomado un distanciamiento

---

53. CEDH, "*Zdanoka V. Latvia*", nro. 58278/00, decisión del 16/03/2006.

54. Concretamente, invocó el precedente "*Van Wambke v. Bélgica*", nro. 16692/90 del 12/04/1991 de la Comisión Europea de Derechos Humanos y los fallos "*Volkmer y Petersen v. Alemania*", nro. 39799/98 decisión del 22/11/2001 y "*Sidabra y Deiautas v. Lituania*" nro. 55480/00 y 59330/00, decisiones del 27/7/2004. (La traducción es de mi autoría).

55. CEDH, "*Turek V. Slovakia*", No. 57986/00, decisión del 14/02/2006. La traducción es de mi autoría.

expreso de los actos que motivan la exclusión, la pertenencia al régimen constituía base razonable para fundarla. Concretamente, sostuvo que la ley cuestionada en ese caso “constituye una especial medida pública que regula el acceso a los procesos políticos de mayor importancia. En el contexto de ese procedimiento, las dudas pueden ser interpretadas en contra de la persona, la carga de la prueba puede serle impuesta y las apariencias pueden ser consideradas importantes”.

De estas consideraciones, la Corte derivó una afirmación muy fuerte. Para este tribunal, las cortes domésticas no sólo no están obligadas a analizar si el acceso por parte de la persona cuestionada al cargo público aparejará un directo peligro al sistema democrático sino que tampoco lo están a determinar el grado concreto de participación o responsabilidad en el hecho que funda la exclusión.

## La purga política en el contexto interamericano

En nuestra región, además de en nuestra constitución, este tipo de cláusulas está presente, por ejemplo, en la Constitución de Guatemala.<sup>56</sup> Estas medidas responden a los procesos de democratización que se insertan en la mencionada fase II de la genealogía de la justicia transicional, que respecto de América Latina tuvieron lugar con el retiro de los regímenes militares a fines de los '70, que fuera provocado o fomentado por políticas internacionales.<sup>57</sup>

Significativamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en una decisión que posee una enorme importancia para nuestro contexto dado el valor normativo que corresponde darle a las interpretaciones de la Convención que realiza este órgano,<sup>58</sup> afirmó la validez de medidas de *lustratio*. Lo hizo en el caso “Ríos Montt”,<sup>59</sup> en donde resolvió que el artículo 186 de la constitución guatemalteca, que impedía al ex-presidente de facto Efraín Ríos Montt presentarse a elecciones como candidato a vicepresidente, no era violatorio de la CADH.

En primer lugar, la CIDH explicó que correspondía evaluar la validez de esta cláusula dentro del contexto constitucional latinoamericano e internacional. Así, descartó que esta clase de inhabilitación fuera discriminatoria con el fundamento de que era una distinción tan legítima como las que, también para asegurar los valores republicanos, prohíben la reelección de gobernantes electos democráticamente o la postulación de militares o religiosos. Además aclaró que un razonamiento contrario conduciría a privilegiar la situación de quienes se alzaron contra el orden democrático respecto de la de quienes ocuparon cargos públicos legítimamente.

---

56. La Constitución de Guatemala en su art.186 establece que “No podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la Republica: a) El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno; siendo esto no reformable según lo prescripto por el art. 281”.

57. Para un análisis de la transición democrática en Brasil, Uruguay y Chile, ver Raffin, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y Derechos Humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, agosto de 2006.

58. Ver al respecto el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del *leading case* “Giroldi, Horacio”, sentencia del 07/04/1995.

59. CIDH, caso nro. 10.804, del 12/12/1993.

La CIDH también descartó que la circunstancia de que Ríos Montt hubiera sido amnistiado por su actuación como presidente de facto tornara a esta inhabilitación en una sanción penal ilegítima. Para ello, resaltó que mientras que la amnistía impedía castigar los posibles delitos cometidos por Ríos Montt, esta inhabilitación estaba dada en razón de su condición de ex Jefe de Estado impuesto por un movimiento militar.<sup>60</sup>

Por último, la CIDH resolvió que esta cláusula no violaba los derechos políticos del Sr. Ríos Montt<sup>61</sup> basándose en que la Constitución Guatemalteca constituía la expresión de la voluntad de ese pueblo que, a través de sus representantes constituyentes, había valorado como necesario establecer de modo permanente esa inhabilitación. Concretamente, la CIDH afirmó que los principios que rechazaban la quiebra del orden constitucional y establecían la descalificación de esos líderes para los puestos de alto cargo, así como los de no re-elección, *“fueron adoptados porque fueron considerados como principios jurídicos de... defensa... (y) de consolidación democrática”*.

Se observa así que, si bien este pronunciamiento de la Comisión es cronológicamente anterior a la jurisprudencia del TEDH, responde en esencia a los mismos fundamentos que el TEDH utiliza para justificar la validez de este tipo de medidas. Con la salvedad, claro está, de que por las particulares características del caso “Ríos Montt”, en que no estaba controvertido que el nombrado hubiera revestido la calidad que lo inhabilitaba para postularse, la Comisión no tuvo que analizar la compatibilidad del procedimiento de inhabilitación con las garantías judiciales que reconoce la Convención Americana.

Desde mi punto de vista, la distinción que expresamente efectúa la CIDH entre la finalidad de defensa democrática y la de instrumento de consolidación democrática que persigue esta clase de cláusula es sumamente importante. Esta distinción teleológica está formulada todavía de forma más expresa que en la jurisprudencia del TEDH y vale la pena

60. Respecto de esta cuestión, es interesante destacar la Opinión Consultiva emitida por la Suprema Corte de Guatemala a solicitud del Congreso, Gaceta No. 14, expediente No. 212-89, página No. 6, resolución: 16-11-89: "...La disposición regula situaciones pro-futuro pero que tienen su antecedente en hechos ocurridos con anterioridad, como también sucede con otras condicionantes previstas en la misma Constitución, entre ellas, la más característica, es la expresa prohibición que contiene para que quienes hubiesen desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular no podrán volver a desempeñarlo en ningún caso, como lo prescribe terminantemente el primer párrafo del artículo 187... Lo mismo deberá entenderse de la prohibición de reelección del Presidente de la República prevista en el segundo párrafo *ibid*, que comprende también a quien hubiese sido electo en época anterior a la entrada en vigencia de la Constitución. El análisis comparado de los antecedentes históricos de la prohibición, según figuraron en otros textos, corrobora que el poder constituyente que elaboró la actual Constitución varió intencional y claramente la delimitación temporal de la norma al utilizar el tiempo verbal en pretérito perfecto, para que la indicada prohibición se refiera a la alteración del orden constitucional no sólo del presente sino también la del pasado, forma más efectiva para preservar el Estado de Derecho, que en nuestra Historia ha carecido de normalidad, y *sin que ello implique la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo...*". (énfasis agregado)

61. CADH, artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

resaltarla. Entiendo que es precisamente esta doble finalidad la que permite justificar la validez de este tipo de cláusulas transicionales aun ante la inexistencia de un riesgo actual, inminente o cierto de la continuidad del sistema democrático. Debido a que todo texto constitucional busca trascender y reglar el futuro y a que las transiciones democráticas no finalizan automáticamente cuando está descartado un peligro concreto a la vigencia del régimen democrático, es necesario reconocer que estas previsiones poseen también legitimidad en tanto herramientas de fortalecimiento de la democracia.

Con posterioridad a esa decisión, la CIDH reafirmó este principio en el caso “Andrés Aylwin v. Chile”,<sup>62</sup> en el que resolvió que la figura de senadores vitalicios, establecida en el art. 45 de la Constitución Chilena dispuesta por un régimen de facto,<sup>63</sup> violaba los principios de la democracia representativa y la igualdad política. Al analizar la validez de esta norma constitucional que constituye el contrapunto del art. 36 de la Constitución Nacional argentina, la Comisión resaltó que este sistema “ha impedido que las mayorías hayan podido suprimir los enclaves autoritarios impuestos por el régimen de facto a la democracia chilena. La prueba de la afectación de los derechos humanos por el sistema de designación impuesto por la Constitución chilena se observa claramente, entre otros ejemplos, en el bloqueo impuesto por estos senadores a la derogación de las leyes de amnistía y a la modificación del sistema de censura cinematográfica... Esto pone en evidencia el efecto negativo que tiene la aplicación del sistema de enclaves autoritarios estipulado por la Constitución en el desenvolvimiento cotidiano de la democracia chilena, la cual ve disminuido su poder de reacción frente a los vestigios autocráticos en contra de la verdadera voluntad del pueblo”.

La relevancia de este caso radica en que la CIDH reitera el criterio sentado en “Ríos Montt” acerca de que la permanencia de este tipo de agentes de facto en el gobierno post-autoritario conspira contra la transición y consolidación democrática<sup>64</sup> y reafirma la necesidad de excluir del sistema democrático a quienes tuvieron una participación activa en los regímenes inconstitucionales para promover, precisamente, el desarrollo democrático.

## Recapitulación

En conclusión. La jurisprudencia constitucional comparada y la de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, sea europeos o interamericanos, analizan la compatibilidad de las medidas de inhabilitación política de quienes en el pasado atentaron contra los valores del sistema democrático aplicando, esencialmente, el mismo estándar amplio de razonabilidad, que no condiciona esta exclusión a la prueba de riesgo

---

62. Caso 11.863, informe 137/99 del 27.12.99.

63. Estos funcionarios habían impedido una serie de reformas tendientes a eliminar instituciones que surgieron y funcionaron durante la dictadura militar, entre las que se encuentra la propia Constitución.

64. Si bien el Comisionado Robert Goldman votó en disidencia, en tanto consideró que el artículo objetado no imponía una limitación arbitraria al ejercicio del art. 23 de la CADH, formuló esta afirmación: “soy consciente de que el prominente rol de un ex dictador contiene un alto valor simbólico que por sí ha generado y continúa generando reacciones negativas tanto en la República de Chile como en el exterior. Se trata de un sentimiento que en lo personal comparto y que conlleva la esperanza de que el pueblo chileno modifique, por sí mismo, sus estructuras constitucionales para que un ex dictador —ahora senador vitalicio— no continúe desprestigiando con su mera presencia la función legislativa y ofendiendo a numerosos chilenos y chilenas cuyos derechos fueron violados sistemáticamente por un gobierno brutal”.

cierto al sistema democrático. Esta postura rechaza así la de quienes, objetando estas medidas, proponen un estándar más estricto de razonabilidad que sí exija la prueba de esta relación.

Por su parte, esta jurisprudencia también coincide con quienes critican a estas medidas en la necesidad de asegurar, a las personas sobre quienes recae esta exclusión, la posibilidad de defenderse y cuestionar su procedencia en el marco de un proceso judicial.

Luego de este análisis conjunto, es interesante dejar planteado el interrogante que formula Tina Rosenberg, para quien la “purificación” en los países latinoamericanos es altamente aconsejable y necesaria, a diferencia del caso de los países sujetos al proceso de descomunización, porque “si bien las víctimas de cualquier lugar merecen sentir confianza en los nuevos gobiernos democráticos, y saber que los torturadores y represores son “descastados” que no pueden representar al estado ni continuar con sus antiguas prácticas,... en América Latina esas purgas son cruciales para la democracia. Allí, la sangre de las víctimas está fresca, y el vicioso ciclo de represión e impunidad que ha infectado a América Latina durante siglos, no puede ser roto a menos que el ejército acepte el gobierno civil... La purificación muestra que el problema de las purgas en Europa Oriental es el reverso del problema en América Latina. *El mayor peligro no radica en que los culpables permanezcan en el poder, sino que los inocentes sean expulsados...*”.<sup>65</sup>

### Evaluando la *lustratio* en el contexto local

Ahora es momento de analizar la inhabilitación política fundada en el art. 36 de la Constitución Nacional teniendo en cuenta los estándares del derecho internacional de los derechos humanos reseñados precedentemente y la experiencia del derecho constitucional comparado.

Como se dijera, respecto de la purificación se ha argumentado que con esta limpieza se consagra la responsabilidad objetiva en tanto se sanciona a una persona por su mera participación en un régimen político o partido y no por lo que concretamente realizó. Por ello se indica que es extremadamente difícil trazar una línea justa y equilibrada en la delimitación de las personas a inhabilitar. Paralelamente, se argumenta que, tal como sucedió primariamente en Polonia, en los procesos de purificación se vulneran las garantías del debido proceso por la exposición pública de las personas sindicadas y por que, ante la ausencia de condena penal, el juicio de inhabilitación se adopta en violación al principio de inocencia.

Las objeciones que se esgrimen contra la purificación tienen su peso y deben ser atendidas para que la aplicación de la *lustratio* en nuestro contexto no sea deslegitimada y se retroceda en el afianzamiento de la transición democrática que esta norma constitucional busca asegurar. Por ello, examinaré la relevancia en el caso argentino de los argumentos más comunes que registra el derecho comparado para resistir esta clase de inhabilitación política y para cargos públicos.

El argumento de que la purificación implica una “caza de brujas” es uno de los más utilizados. Una primera respuesta a esta objeción consiste en recordar que la exclusión o la *lustratio* de quienes cometieron conductas de esa clase busca impedir que personas con falta absoluta de compromiso democrático y a los derechos humanos accedan y se beneficien del poder que dan los cargos de gobierno.

---

65. Tina Rosenberg, obra antes citada (traducción y énfasis de mi autoría).

Pero además, esta refutación debe ser necesariamente complementada. Para ello dividire el análisis atendiendo a si la inhabilitación se dispone como consecuencia de un proceso penal o como consecuencia del juicio de idoneidad para la designación en un cargo público.

En los casos que se aplique la inhabilitación como sanción accesoria a la penal, el mencionado agravio se desvanece completamente ya que a diferencia de lo sucedido en Checoslovaquia o en Alemania Oriental, en donde la determinación de esta sanción se realizaba en otro tipo de procesos, en nuestro sistema sería impuesta en el marco del proceso penal, donde rigen en su máxima amplitud las garantías del debido proceso.

Además, toda objeción acerca de la construcción de las categorías de sujetos sancionados con la pena de inhabilitación queda superada tanto por la clara delimitación de los sujetos activos de las conductas reprochadas como por el hecho de que es razonable que sean inhabilitados a perpetuidad los que ocupen los puestos más relevantes y claves de los poderes públicos. Basta recordar al efecto la incidencia que tuvieron las acordadas de la Corte Suprema por las que se reconocían los regímenes de facto. Se tiene presente el “poder de hecho” que tienen estas personas y es correcto que la respuesta sancionadora sea acorde al mismo.<sup>66</sup>

Esta exclusión fue decidida en el año 1994 por nuestra sociedad que, a través de sus representantes convencionales y en respuesta a nuestro particular pasado institucional y de Terrorismo de Estado, decidió disponer para estos supuestos esta inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos. Esta decisión construye nuestra identidad, en tanto sólo puede ser explicada a partir de ese pasado que se quiere superar definitivamente.

Pero si el juicio de inhabilitación para ocupar cargos públicos se efectúa ya no en el marco de un proceso penal sino en el proceso mismo de designación o postulación, otras variables son las que entran en juego. Este supuesto tiene aplicación para casos como el de Patti o Bussi, quienes realizaron sus conductas antidemocráticas con anterioridad a la reforma constitucional. También tendrá aplicación para los supuestos de comisión de estos delitos con posterioridad a la reforma en casos en que la inhabilitación para cargos públicos impuesta en una condena penal no sea perpetua.

A lo que me refiero es que el art. 36 de la Constitución Nacional también tiene aplicación al presente respecto de actos pasados ya que re-significa el concepto constitucional de

---

66. Como observación vale destacar que el art. 227 bis del Código Penal consagra un alcance más amplio de esta inhabilitación, en tanto la extiende a los “ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento nacional y de las legislaturas provinciales”, aclarando que “Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales”. La ley penal aquí cubre, con penas de prisión y de inhabilitación, un mayor espectro de puestos de poder que también son claves y que operaran respondiendo a las directivas que impartan los poderes ejecutivo, legislativo, judicial, Ministerio Público y demás órganos previstos en los arts. 86, 85, 114 y 115 de la C.N., por lo que se ha valorado el efecto represivo multiplicador que el régimen autoritario imparte a través de sus diversas ramas y de su aparato burocrático, de seguridad e ideológico, efecto que reasegura y refuerza su poder ilegal.

idoneidad para cargos públicos. Por esta característica, esta norma justifica a su máximo nivel su denominación de cláusula constitucional transicional.

Como señala Ruti Teitel, “el constitucionalismo transicional tiene *implicaciones* en la interpretación constitucional... la perspectiva transicional comparte con la escuela “originalista de interpretación” el entendimiento de que las constituciones son mejor examinadas a la luz de sus contextos históricos y políticos, pero entiende además a las constituciones como propósitos codificados, que son transformadores y dinámicos... Con el paso del tiempo, las cláusulas constitucionales de transición operarán de un modo dinámico... con un número de consecuencias interpretativas”.<sup>67</sup> Esto es lo que Richard Primus explica ocurrió en la jurisprudencia constitucional norteamericana por el impacto del pensamiento antitotalitario de la segunda posguerra que, buscando hacer notar la diferencia entre ese sistema de gobierno y el propio de los totalitarios, modificó criterios jurisprudenciales en materia de disenso religioso, discriminación racial, facultades sobredimensionadas del poder ejecutivo, límites al poder de la policía y ejercicio de la libre expresión.<sup>68</sup>

En nuestro contexto, también existen casos que ejemplifican esto. Del art. 29 de la Constitución Nacional, una cláusula que en su momento pudo catalogarse como de transición, también se derivaron en el futuro otras consecuencias jurídicas que las expresamente allí contempladas, por ejemplo, para limitar las facultades presidenciales para dictar decretos de necesidad y urgencia y para dictar disposiciones de amnistía respecto de delitos de lesa humanidad.<sup>69</sup>

Las cláusulas constitucionales *transicionales* miran tanto al pasado como al futuro. Por ello, entiendo que esta inhabilitación constitucional debe evaluarse no sólo en su faz de sanción penal accesoria a la pena privativa de libertad que merecerán quienes cometan *en el futuro* estas conductas. Confinar el alcance de esta cláusula a su aplicación penal, como lo hacen Orlando, Czik y Sáenz, implica, para mi modo de ver, desmerecer el

67. Teitel (1997).

68. Primus, Richard, *op.cit.*, pág. 437 y ss. Este autor cita como ejemplos del impacto del pensamiento anti-totalitario los siguientes cambios jurisprudenciales relevantes. Así, mientras que en materia religiosa la Corte Suprema norteamericana en 1940 estableció que el saludo obligatorio a la bandera no vulneraba el ejercicio de la religión de los testigos de Jehová, posteriormente, en el caso “Barnette” del año 1943 la Corte asoció ese saludo al impuesto por el nazismo y entendió que se estaba vulnerando la libertad religiosa de un grupo minoritario. Por su parte, en el caso “Dennis” resuelto en 1951, la Corte confirmó la condena de quienes habían hecho apología del comunismo. El juez Jackson, que estaba a favor de la libertad de expresión, en ese caso votó en el sentido mencionado, justificando su posición en que los males y peligros del totalitarismo requería limitar la libertad de expresión. Por último, Primus señala, también como ejemplo de la incidencia del pensamiento anti-totalitario, la jurisprudencia de la Corte norteamericana en materia de campos de detención de japoneses durante la Segunda Guerra Mundial, que comenzó avalando su constitucionalidad para luego refutarla en 1944, haciéndose eco del cambio en la opinión pública que no podía justificar la detención de una minoría racial por su innegable paralelo con los campos de concentración del sistema nazi.

69. Ver, al respecto, Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, 2003, pág. 262. Ver, asimismo, el planteo de inconstitucionalidad formulado por los diputados nacionales contra el decreto que dispuso la privatización de los aeropuertos nacionales e internacionales en el caso “Nieva, Alejandro y otros c/ P.E.N.”, resuelto de modo adverso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 19/12/1997. Respecto de la aplicación del art. 29 para limitar el dictado de esta clase de amnistías, ver significativamente la discusión parlamentaria y los fundamentos que precedieron al dictado de la ley analizar la ley 25.779 que declara la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

valor expresivo de esta norma, su compromiso con la democracia y la afirmación del valor democrático que expresamente asume.

Por ello, esta inhabilitación también puede y debe ser apprehendida, ya no como sanción accesoria, sino como un mecanismo eficaz para purificar al sistema de quienes *en el pasado* han atentado contra él y para asegurar que los funcionarios públicos sean idóneos en el sentido de demostrar haber respetado *en su trayectoria* el principio republicano y la forma democrática de gobierno. Recordemos que tanto la CIDH como el TEDH le dieron a esta clase de medida autonomía conceptual, normativa y valorativa respecto de la inhabilitación política como sanción penal, basando esta distinción precisamente en el objetivo que persigue esta clase de cláusulas de consolidar la democracia y los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, el art. 36 de la C.N. de la Constitución reformada ha introducido un nuevo paradigma en lo que significa idoneidad para ocupar cargos públicos, dándole un nuevo contenido sustantivo al art. 16 de la Constitución Nacional.<sup>70</sup> En consecuencia, esta norma también ha transformado las facultades de los poderes públicos para proponer y efectuar nombramientos, limitándolas.

Por este motivo, es que no comparto la objeción de Orlando a que se establezcan limitaciones sustantivas subjetivas a la participación en la vida pública. En efecto, Orlando rechaza la posición de que la Constitución establece límites respecto de *quiénes* puedan participar, ya que ésta sólo podría descalificar, y de modo *ex post*, el contenido de las decisiones a las que los distintos órganos públicos arribaron. Fundamentalmente, entiendo que el argumento de Orlando de que esto constituiría una discriminación inválida no se ajusta al dato objetivo de limitaciones sustantivas presentes a nivel constitucional, como las que impiden conformaciones desigualitarias de género en los órganos representativos, la participación electoral de candidatos de partidos antidemocráticos<sup>71</sup> o la reelección de determinados candidatos,<sup>72</sup> disposiciones todas que están destinadas a preservar los pre-requisitos del sistema democrático o los valores republicanos que lo animan. Cabe recordar aquí la pertinencia del argumento desplegado por la CIDH en el mencionado caso “Ríos Montt” en el sentido que sostener la ilegitimidad de una medida de *lustratio* de esta clase implicaría consagrar un privilegio injustificado a favor de quienes actuaron fuera del sistema democrático perjudicando a quienes acataron sus reglas de funcionamiento y están sujetos a esta clase de limitaciones.

---

70. Como explica Ronald Dworkin, en la interpretación constitucional debe distinguirse entre el concepto que la Constitución consagra y la concepción determinada que se tenga del significado o alcance de ese concepto. La lectura del derecho a su mejor luz puede obligar a abandonar una concepción determinada del derecho, resignificándolo. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, págs. 214 y ss.

71. Constitución Nacional, art. 37: “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” y art. 38: “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas...” (el resaltado me pertenece).

72. Constitución Nacional, artículo 90: “El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un sólo período consecutivo. Si han sido reelectos, o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

Asimismo, en coincidencia con la postura de Morales, quien sostiene que esta inhabilitación constituye una obligación autónoma que complementa los mencionados deberes de investigar, juzgar y reparar, entiendo que debido a que el art. 36 de la Constitución Nacional debe ser complementado en nuestro contexto por los pactos internacionales de derechos humanos, la inhabilitación a cargos públicos así entendida como garantía democrática y de respeto a los derechos humanos también debe y puede ser aplicada, como cuestión independiente a la sanción penal de inhabilitación, respecto de quienes cometieron actos de lesa humanidad durante la última dictadura militar.

Desde mi punto de vista, esta interpretación de la norma que, con el fundamento explicado, le asigna consecuencias normativas de cara al art. 16 de la C.N. en el concepto de idoneidad para ocupar cargos públicos, permite distinguir conceptualmente la inhabilitación como castigo de la exclusión por inidoneidad. Puesto que esta disposición propia del constitucionalismo transicional apareja una nueva concepción del principio de igualdad para el acceso a los cargos públicos, no sería aplicable el argumento de que esta exclusión implicaría una aplicación retroactiva de una nueva sanción penal. Asimismo, puesto que el juicio de idoneidad es un juicio distinto al que implica el reproche penal, pierde base la crítica que a esta medida formulan Orlando, Sáenz y Czizik con el argumento de que anticipa una sanción a personas que no fueron juzgadas ni castigadas.

Con esta cláusula constitucional, al deber de sancionar los atentados contra la democracia y de juzgar y castigar a los autores de las violaciones masivas a los derechos humanos, se le suma este deber de considerar inidóneos para ocupar cargos públicos a quienes atentaron contra el orden democrático o cometieron estos crímenes.

Esta medida no sólo posee la finalidad preventiva de procurar evitar que los autores de estas graves conductas intenten utilizar el poder público para procurarse la impunidad o el cumplimiento de las obligaciones de investigar y reparar, como había señalado la CIDH ocurría en el caso "Aylwin". Sino que, de manera independiente a esa finalidad que puede o no darse, busca consolidar la democracia asegurando la idoneidad de los funcionarios de cara a su compromiso con el Estado Constitucional de Derecho.

Este estándar de idoneidad es compatible con el estándar amplio de razonabilidad que descarta la existencia de discriminación utilizado por la CIDH y el TEDH en los fallos mencionados y evita así que para convalidar la exclusión pública de sujetos como Patti o de Bussi se tenga que probar que su designación aparejaría un riesgo concreto al sistema democrático.

Cabe aclarar que dada la supremacía de esta norma constitucional, este estándar rige aun frente a la ausencia de una norma infra-constitucional que expresamente lo prevea como causal de impedimento para postularse a un cargo electivo y debe ser respetado por los órganos públicos que tienen a su cargo decidir sobre la postulación y designación de la persona cuestionada por una trayectoria que no lo satisface.<sup>73</sup>

---

73. Esta aclaración responde a un interrogante que plantea Demián Zayat tras la lectura del borrador preliminar. En este sentido, entiendo que no podría alegarse que la circunstancia de que este estándar no esté incorporado expresamente en materia electoral pueda constituir un obstáculo para su aplicación ya que esa normativa así interpretada sería inconstitucional por omisión. De ese modo, el órgano público competente tiene tres opciones para asegurar la vigencia de este principio. La primera consiste en buscar salvar la constitucionalidad de esta norma propiciando una interpretación armónica de la misma con la Constitución Nacional. Para el caso que considere que no es posible realizar tal compatibilización, el órgano

En este contexto normativo y valorativo debe evaluarse el ejercicio, por parte del Congreso, de sus facultades para rechazar la validez de los títulos de los legisladores electos Bussi y Patti. El rechazo de la Cámara de Diputados a la validez de los títulos de los nombrados y la decisión de impedir que asumieran como representantes legislativos, ambos actos fundados en la trayectoria contraria a los valores democráticos y a los derechos humanos que éstos poseían, constituyen ejemplos del modo en que esta norma constitucional ha modificado las prácticas públicas de designación de funcionarios.

Pero estos casos no son la excepción. El impacto normativo e institucional del art. 36 de la Constitución Nacional también se ha proyectado de modo expreso en otros supuestos de enorme importancia.

En primer lugar, en lo que hace a la integración del Poder Judicial y del Ministerio Público. El decreto 222/2003,<sup>74</sup> que introduce estándares de idoneidad y criterios de selección que debe acatar y ponderar el Poder Ejecutivo de la Nación para proponer los candidatos a integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece el “compromiso con los derechos humanos y los valores democráticos” como criterio relevante para evaluar tanto la idoneidad del candidato como la conveniencia de su designación. Por aplicación de lo dispuesto en el decreto 588/2003,<sup>75</sup> debe interpretarse que este criterio de idoneidad regula también la propuesta de designación de los jueces de tribunales inferiores y de las autoridades y miembros del Ministerio Público. Como el estándar de idoneidad que introduce el art. 36

---

en cuestión, si no pertenece a la justicia electoral que tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de esta norma, puede optar entre rechazar aceptar la postulación y/o efectuar la designación, para plantear como excepción la inconstitucionalidad de esta norma como defensa en caso que se cuestione la falta de aplicación de la norma infra-constitucional, o bien directamente procurar la declaración de inconstitucionalidad por el Poder Judicial de la Nación. Como señala Mark Tushnet, “afirmar que una ley es inconstitucional por insuficiente (*underinclusive*) significa que la Carta a veces impone obligaciones positivas al gobierno” (autor citado, “State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations”, disponible en <http://ccc.uchicago.edu/docs/StateAction.pdf>, visitado por última vez el 16/11/2006). Por su parte, en la medida que este estándar de idoneidad también se nutre, por lo ya dicho, del derecho internacional de los derechos humanos, es aplicable el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-7 del 1 de Octubre de 1985 en cuanto estableció el deber de los estados de adecuar su derecho interno, mediante disposiciones legislativas o de “otro carácter” que sean necesarias para asegurar la vigencia de la Convención Americana y de los demás instrumentos del sistema interamericano.

Quiero aclarar que me refiero solamente a la norma electoral, ya que el artículo 33.a de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (nro. ley 23.298) no prevé expresamente a la trayectoria contraria a los valores democráticos y a los derechos humanos como impedimento para presentarse a un cargo público electivo o ser designados en cargo partidario, al apartar exclusivamente a “los excluidos del padrón electoral como consecuencia de disposiciones legales vigentes...” siendo aplicable así el artículo 3º del Código Electoral Nacional que prevé que “están excluidos del padrón electoral... e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis”. Entiendo que no se presenta la misma situación en la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, nro. 25.164, ya que ésta establece en su art. 5.i que “los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y el Título X del Código Penal, aun cuando se hubieren beneficiado por el indulto o la donación de la pena”. Tampoco se presenta en supuestos como los que representan los casos “Lona” y “Brusa” analizados más adelante, que trataban de la remoción de dos magistrados por la causal constitucional de “mal desempeño”.

74. Decreto 222/2003, publicado en el Boletín Oficial el 20/06/2003.

75. Decreto 588/2003, publicado en el Boletín Oficial el 13/8/2003.

posee supremacía constitucional, vincula a las administraciones locales en virtud de lo establecido en los arts. 5 y 31 de la Constitución Nacional. Por ello, rige aunque en las constituciones locales no se formule previsión alguna en ese sentido. Sin embargo, más allá de ello, es relevante resaltar que, como consecuencia del efecto político del decreto 222/2003, este criterio también fue adoptado en algunas jurisdicciones locales para reglar la designación de los jueces de sus tribunales superiores.<sup>76</sup>

La aplicación de este estándar constitucional como criterio expreso de selección también modificó la práctica seguida por el Senado de la Nación al otorgar el acuerdo a los candidatos cuya propuesta de designación fue efectuada bajo el procedimiento establecido en el mencionado decreto. En efecto, cuando el Senado discutió, tanto en reuniones de comisión como en sesión pública, si otorgaba el acuerdo solicitado por el Poder Ejecutivo para la designación de Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco como jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, analizó expresamente si el hecho de que los nombrados se hubieran desempeñado como jueces durante la última dictadura militar constituía un obstáculo para su nombramiento.<sup>77</sup> En ambos casos el análisis no se limitó al dato objetivo de su actuación formal en ese período, sino que se valoró su actuación real durante esa etapa y también con posterioridad a ella, para establecer concretamente si de ese desempeño podía surgir un cuestionamiento, de cara a los derechos humanos y a los valores democráticos, que pudiera obstar a su designación.

Es importante tener en cuenta que ese juicio de idoneidad para el cargo público no sólo es relevante en la oportunidad en que se está decidiendo la designación o el nombramiento de un funcionario. También se le ha reconocido relevancia como requisito a cuya satisfacción está supeditada la permanencia en el cargo.

En este sentido, los casos "Brusa"<sup>78</sup> y "Lona"<sup>79</sup> resueltos por el Jurado de Enjuiciamiento anuncian, a través de la acusación efectuada por la Comisión de Acusación del Consejo de la Magistratura y de algunos votos en disidencia de los miembros del Jurado, la incidencia que puede tener tanto esta cláusula constitucional como el plexo del derecho internacional de los derechos humanos para fundar toda decisión sobre la validez de la permanencia en el cargo de un funcionario público que registre un pasado funcional antidemocrático o una participación en los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

Pero no sólo ello. Es importante señalar que a ese impacto institucional y normativo infra-constitucional que registra el art. 36 de la C.N. que como cuestión sustantiva modificó

76. En la ciudad de Buenos Aires, el decreto N° 1620/2003 establece el compromiso con los derechos humanos y la Constitución como criterio de selección de los candidatos/as a jueces/zas del Tribunal Superior de Justicia, Fiscal General, Defensor/a General y Asesor/a General Tutelar del Ministerio Público. Por su parte, en la provincia de Córdoba, el decreto 003/2004 establece el compromiso con la Constitución del candidato como criterio para la selección de un magistrado del Superior Tribunal de Justicia.

77. Ver los informes sobre las audiencias y sesiones públicas que precedieron a la designación de Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco elaborados por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) disponibles en [www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar)

78. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, caso "Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento", fallo del 30/03/2000.

79. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, caso "Lona, Ricardo s/ pedido de enjuiciamiento", fallo del 18/02/2004.

el estándar de selección y de remoción de jueces y legisladores, también se le debe sumar el efecto que causó en el proceso de toma de decisiones acerca de la satisfacción de ese estándar.

En primer lugar, hay que resaltar que la discusión de esta cuestión en los procesos mencionados se efectuó en el marco de instancias institucionales en las que las objeciones a los candidatos o funcionarios fueron detalladas, respondidas por éstos y posteriormente decididas por la autoridad competente. En efecto, tanto Zaffaroni como Highton de Nolasco conocieron estas objeciones y tuvieron la oportunidad de efectuar al respecto su descargo. Por otro lado, los casos “Lona” y “Brusa” también son ejemplos de instancias procesales en los que los funcionarios sujetos a un proceso de remoción, fundado en su presunta participación en conductas antidemocráticas y hechos violatorios de los derechos humanos cometidos durante la última dictadura militar, tuvieron una amplia posibilidad de defenderse al haber podido cuestionar tanto la legitimidad de esta exclusión y la competencia del Jury de Enjuiciamiento para disponerla como la existencia de prueba de cargo que permitiera fundar la remoción. Asimismo, como lo prueban los casos “Bussi” y “Patti”, los juicios de inidoneidad que fundan la exclusión para el cargo estuvieron y están todavía sujetos a la revisión judicial al haberse cuestionado la competencia del Congreso para tomar estas decisiones.

Estas características hacen que, a mi juicio, la determinación de la exclusión de la función pública de personas propuestas para un cargo público –electivo o no–, aun cuando sean efectuadas en ámbitos institucionales de diversa clase, puede efectuarse de manera respetuosa de las garantías básicas de defensa y resguardando el derecho a la jurisdicción.

Quiero efectuar una aclaración. De este repaso de premisas fácticas no estoy derivando conclusiones prescriptivas, lo que sería teóricamente incorrecto por estar vedado por la ley de Hume.<sup>80</sup> Lo que quiero resaltar es que estos procesos revelan la capacidad institucional de realizar esta clase de determinación de manera compatible con los principios del debido proceso adjetivo y de asegurar así la legitimidad de las decisiones a la que ellos arriban.

Por último, también me parece importante señalar que los casos mencionados constituyen ejemplos en los que la discusión acerca de si estos candidatos a jueces o legisladores electos satisfacían el estándar de idoneidad –así conformado– fue pública, provocada y asistida por la sociedad civil que participó de varias maneras en cada uno de estos procesos,<sup>81</sup> además de efectuada en un espíritu de rendición de cuentas hacia ella.<sup>82</sup>

80. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, pág. 241, nota 15.

81. Para mayor información acerca del grado de participación de la sociedad civil en los procesos de designación de los jueces Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco, ver los informes elaborados por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) sobre su designación, disponibles en [www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar). Por su parte, en el caso de Brusa, solicitaron la remoción del juez la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación de Docentes de la Universidad Nacional del Litoral (ADUL) y el Foro contra la Impunidad y la Justicia. Para otro ejemplo de participación de la sociedad civil en instancias análogas, ver la intervención del CELS objetando el ascenso de militares y obligando a que esta cuestión fuera discutida en el Senado en una audiencia pública ([www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)).

82. Esta característica del caso “Patti” es resaltada por Czik como especialmente valiosa. Así sostiene: “¿Qué méritos tiene entonces la historia de Patti por sobre los otros precedentes? Sencillamente el de que esta vez, a diferencia de las anteriores, ha sido el pueblo, a través de sus representantes, los que tomaron la decisión. *La ciudadanía se involucró de esta manera en la interpretación de la constitución, como de otro modo no habría podido hacerlo si ésta hubiera sido tomada por el poder judicial*. Con esto no quiero implicar que el control de constitucionalidad deba dejar de ser judicial. Simplemente simpatizo con la idea de que la ciudadanía tenga la posibilidad de intervenir en las discusiones respecto de la interpretación de la constitución. *El caso Patti otorgó esa posibilidad*” (el resaltado en bastardilla es de mi pertenencia).

Esto se ve corroborado por la reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de publicar el caso "Patti" dentro de la lista de casos de trascendencia pública que amerita la convocatoria a presentación de *amicus curiae* para promover la participación ciudadana en su discusión y resolución.<sup>83</sup>

La institucionalización de esta discusión con este grado de apertura pública tiene importancia porque evidencia el reconocimiento de que esta cuestión tiene consecuencias para regular el modo en que se desempeñan los poderes públicos y exigir que se esté afianzando la construcción de una sociedad y un gobierno democrático.

Pero también, y fundamentalmente, estos procesos de discusión son importantes porque movilizan una discusión colectiva sobre qué consecuencias tiene el pasado para nuestro presente y futuro. En este sentido, la discusión acerca de cómo se deben valorar distintas clases de participaciones en el último régimen *de facto* y qué consecuencias se le deben otorgar, implica una deliberación ciudadana e institucional sobre los alcances del art. 36 de la Constitución Nacional para determinar la idoneidad para ocupar un puesto público.

Entiendo que en vez de haberse instalado un "caza de brujas" por la que se pretendiera la exclusión de la vida pública con base en una mera participación objetiva en el anterior régimen *de facto*, la discusión de cada caso fue dando contenido al concepto de idoneidad en función de las distintas precisiones y valoraciones que se efectuaron de la trayectoria completa de cada uno de los candidatos o funcionarios objetados. De este modo, este procedimiento llevó a la adopción de un estándar sustantivo de exclusión más estricto que el propiciado por el TEDH, que como se viera, no requería para justificar la validez de esta clase de proceso que se determinara el grado concreto de participación que había tenido la persona cuestionada.

De este modo, estos procesos son especialmente valiosos no sólo porque permitieron dar legitimidad a la decisión a la que se arribó en cada uno de ellos, sino también porque contribuyeron a reflexionar colectiva e institucionalmente sobre esta cuestión y, en consecuencia, a fortalecernos como sociedad *democrática transicional*.

---

83. Cf. sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), publicando el caso P.1763.XLII - REX «Patti, Luis Abelardo s/ promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación» en los términos de la Acordada 14/2006.

