

Moral y Derecho Penal: Devlin y la imposición de la moral en el marco de decisiones judiciales sobre delitos de lesa humanidad en Argentina

Moral and Criminal Law: Devlin and the imposition of morality in the framework of judicial decisions on crimes against humanity in Argentina

*Aixa Anahí Festorazzi**

Resumen

Todavía hoy en día nos preguntamos si existe una relación entre el derecho penal y la moral y, si ese fuese el caso, en qué consiste. Respecto a esto, Patrick Arthur Devlin, juez y filósofo británico del siglo XX, sostuvo que existe una moralidad común que puede ser defendida con la aplicación del derecho penal. El trabajo tiene como propósito demostrar que los operadores de la justicia aplican en el derecho penal la moral de la sociedad en ciertos casos, tal como lo desarrolla Devlin. Junto a la teoría del filósofo del derecho también se examina otros autores de distintos campos de estudio. Luego del análisis de jurisprudencia argentina de la Corte Suprema, como resultado, veremos que en la práctica efectivamente se aplica la moral común en el derecho penal. Finalmente, concluimos que los operadores de justicia suelen aplicar la moral de la sociedad en el derecho penal cuando hay un verdadero sentimiento de repulsión.

Palabras clave: Patrick Devlin – derecho penal – moral – moral pública común – Corte Suprema – derecho

Abstract

Even today, we wonder whether there is a connection between criminal law and morality and, if so, what it consists of. Regarding this, Patrick Arthur Devlin, a 20th century British judge and philosopher, argued that there is a common morality that can be defended by the application of criminal law. The purpose of this work is to

* Estudiante de quinto año de Abogacía en la Universidad de San Andrés (UdeSA). Investigadora independiente.

demonstrate that justice operators apply the morality of society in criminal law in certain cases, as developed by Devlin. Along with the author's theory, other authors from different fields of study are also examined. As a result of the analysis of the case law/jurisprudence of the Supreme Court of Argentina, we will see that, in practice, common morality does apply in criminal law. It is concluded that justice operators usually apply the morality of society in criminal law when there is a real feeling of repulsion.

Keywords: Patrick Devlin – criminal law – morality – common public morality – Supreme Court – law

I. Introducción

¿Existe una relación entre el derecho penal y la moral? El jurista inglés, Patrick Arthur Devlin, responde afirmativamente esta pregunta. A continuación, expondremos las razones por las cuales sostiene que existe una moralidad común y que en ciertos casos puede ser defendida a través de la aplicación del derecho penal.

Aunque las conclusiones a las que llega Devlin no son populares, coincidimos con Dworkin en que se debería leer atentamente lo que el autor propone.¹ Este trabajo tiene como fin demostrar que los operadores de la justicia aplican en el derecho penal la moral de la sociedad en casos en los cuales se rebalsa el límite de la tolerancia. Nos proponemos probar nuestra hipótesis a través del análisis de la jurisprudencia argentina de la CSJN en el marco del derecho penal.

En primer lugar, expondremos la postura y argumentos de Devlin, presentados en su libro *The enforcement of morals*,² respecto a la aplicación de una moral pública común en el derecho. Cabe aclarar desde un principio que resulta interesante la relación que surge a través de estas ideas entre el derecho, la moral e incluso la sociología.

En segundo lugar, enunciaremos cuestiones generales sobre la decisión judicial en conexión a la aplicación de una moral social por parte de los jueces. También, hablaremos sobre la importancia del derecho penal y la “punitividad” como herramienta para introducir la moral en un análisis conjunto con la idea de justicia penal. Además, vamos a dar cuenta de que en definitiva quienes ocupan los cargos en la justicia son al fin y al cabo personas que viven en una sociedad con una moral particular. Estas, que pueden compartir o no individualmente la moral colectiva, en ciertos casos la aplican en el marco de su trabajo.

Luego, analizaremos jurisprudencia argentina de la Corte Suprema y el contexto social en el que se desenvuelven, de modo que se pueda determinar el nivel de tolerancia social cuando se sobrepasan las normas morales. Por un lado, compararemos el caso Camps³ y Simón⁴ en los que la Corte concluye con dictámenes totalmente contrarios

¹ Ronald Dworkin, “Lord Devlin and the Enforcement of Morals”, *The Yale Law Journal* 75 (6) (1966): p. 986.

² Patrick Devlin, *The enforcement of morals* (Oxford: Oxford University Press, 1959).

³ CSJN, “Ramon Juan Alberto Camps y otros”, 1987. *Fallos*: 310:1162.

⁴ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -Causa N° 17.768C-”, 2005. *Fallos*: 328:2056.

respecto a la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida. Por otro lado, confrontaremos los fallos Muiña⁵ y Batalla,⁶ opuestos respecto al tratamiento de la aplicación de la ley conocida como “Dos por Uno” en casos en los que se juzgan delitos de lesa humanidad cometidos en la última dictadura militar argentina. Cabe aclarar que el presente trabajo se limita al análisis de fallos en el marco de crímenes de lesa humanidad por tres motivos. Primero, estos fallos son uno de los mejores ejemplos de los límites de la tolerancia de la sociedad. Segundo, se trata de la aplicación del derecho penal, el campo más importante en cuanto a lo grave de su posible consecuencia: privar a las personas de su libertad. Tercero, resultan muy ilustrativos para su análisis. Sin embargo, esto no quita la posibilidad de analizar la teoría que se va a proponer en otro tipo de jurisprudencia.

Finalmente, presentaremos algunas reflexiones finales en correspondencia con el análisis y conclusiones obtenidas. Como aclaración, no buscamos argumentar que la postura del Devlin deba ser aplicada, sino que intentaremos evidenciar que, de hecho, lo es. En otras palabras, no es el propósito del trabajo fundamentar sobre qué tan correcta es la aplicación de lo postulado por el jurista inglés, sino que su fin consiste en mostrar que fácticamente, en la práctica, la moral está inmiscuida en el derecho.

II. Moral y Derecho Penal: Patrick Devlin

*El sentido moral es más importante que la inteligencia.
Cuando desaparece de una nación,
toda la estructura moral se altera.*⁷

A. La imposición de la moral

Patrick Devlin pronunció muchas conferencias y redactó diversos artículos que fueron recogidos en dos libros importantes, *The judge*⁸ y *The enforcement of morals*.⁹ Nos enfocaremos en este último donde argumenta que se debe defender una moralidad pública común.

En el libro *The enforcement of morals*, Devlin sostiene que si bien el derecho penal se encamina frecuentemente a la consecución de la uniformidad y utilidad colectiva, se

⁵ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario”, 2017. *Fallos*: 340:549.

⁶ CSJN, “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros”, 2018. *Fallos*: 341:1768.

⁷ Alexis Carrel y Joaquín Gil, *La incógnita del hombre* (Chile: Ercilla, 1936), p. 163.

⁸ Patrick, Devlin, *The judge* (Oxford: Oxford University Press, 1979).

⁹ Devlin, *The enforcement of morals*.

interesa también por los principios morales.¹⁰ El fundamento del derecho penal se basa en que existen “ciertas normas de comportamiento o ciertos principios morales cuyo cumplimiento exige la sociedad” y su infracción no es solo una agresión contra la persona lesionada, sino contra la sociedad en su conjunto.¹¹ Para ilustrar esto, Devlin señala que si el derecho penal se reformara quitando todo lo que no tenga que ver con el orden y la protección de la persona, se destipificarían diversos crímenes.¹² Un ejemplo en nuestro país es el caso de la eutanasia activa como acto que puede hacerse en privado y sin ofensa a los demás.

Es muy interesante lo que sostiene Durkheim al respecto, ya que es uno de los principales referentes de la sociología y pionero en la investigación social. Este autor, totalmente relevante en cuanto en este trabajo observamos el comportamiento de la sociedad en su conjunto, menciona que:

[l]a vida social (...) tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse: el derecho no es más que esta misma organización en lo que tiene de más estable y más preciso. La vida general de la sociedad no puede extenderse a ningún campo sin que la vida jurídica la siga al mismo tiempo y en las mismas relaciones.¹³

De esta manera, para autores como Durkheim, la función del derecho penal, dada la íntima vinculación que se establece con la moral social, es la de mantener intacta la cohesión social.¹⁴

Asimismo, Devlin caracteriza a la sociedad como una comunidad de ideas, incluye tanto a las ideas políticas como aquellas acerca de cómo sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas.¹⁵ Es decir, para él la estructura de cualquier sociedad está compuesta de una política y una moral. La práctica de la monogamia es un ejemplo de esta última.¹⁶

El caso que mejor nos ilustra la noción de sociedad con su propia estructura moral es el Caso Dudgeon, donde se pronuncia el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), máximo organismo que interpreta el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal sostuvo que no podía encontrar en el derecho interno de los Estados

¹⁰ Devlin, *La imposición de la moral*, Madrid: Dykinson, 2010.

¹¹ Devlin, *La imposición de la moral*, p. 54.

¹² Devlin, *La imposición de la moral*, p. 54.

¹³ Émile Durkheim, *La división del trabajo social*. (Milán: Edizioni di Comunità, 1962), p. 86.

¹⁴ Andrea Porciello, “Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56 (2022).

¹⁵ Devlin, *La imposición de la moral*, p. 56.

¹⁶ Dworkin, “Lord Devlin and the enforcement of moral” y Devlin, *The enforcement of morals*.

contratantes una noción europea uniforme de la moral, por lo que son “las autoridades nacionales las que se encuentran comparativamente en una mejor posición que los organismos internacionales para pronunciarse acerca del contenido de esas exigencias morales”.¹⁷ En otras palabras, el TEDH reconoce que cada sociedad tiene su propia moral y que puede ser diferente a la de cada uno de los Estados que firmaron el Convenio.

Además, Devlin explica que existe una moralidad pública y solo hay razón para un dictamen colectivo, que no es lo mismo que una gran cantidad de opiniones individuales, si la sociedad resulta afectada.¹⁸

Asimismo, el filósofo sostiene que la sociedad está autorizada a defenderse por medio de las leyes contra los peligros que la amenazan.¹⁹ Puede usar la ley para preservar la moralidad de la misma manera que la usa para asegurar cualquier otro elemento esencial para su existencia. Es decir, la sociedad tiene una potestad inmediata de legislar contra la inmoralidad como tal para proteger a la sociedad. Le incumbe al derecho la supervisión del vicio y la eliminación de las actividades subversivas. Sin embargo, no es posible establecer límites teóricos a esta potestad estatal. Esto se relaciona con la idea de “cohesión social” traída a colación anteriormente por Durkheim. Devlin justifica la imposición de una moral a través del derecho como un tema de autoprotección, cohesión social, y no como una cuestión de que las creencias que comparte la sociedad son verdaderas.²⁰ En otras palabras, “habría que pensar que la justificación de leyes que castiguen acciones inmorales (...) se basa en la autoprotección y no en su posible corrección universal”.²¹

Devlin nos guía para identificar la moral de una sociedad a través de la figura del “hombre razonable”. A los efectos del derecho, la inmoralidad es lo que se presume que cualquier persona de recto entendimiento considera contrario a los valores y principios. Es lo que Pollock llama “moralidad práctica”, basada en el cúmulo de “experiencias que se han acumulado de manera semi-consciente o inconsciente y que se han plasmado en la moralidad del sentido común”.²²

¹⁷ Jorge Malem, “La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart”, *Debate Feminista* (1998): p. 40.

¹⁸ Devlin, *La imposición de la moral*, p. 55.

¹⁹ Devlin, *La imposición de la moral*.

²⁰ Malem, “La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart”.

²¹ Malem, “La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart”, p. 40.

²² Devlin, *La imposición de la moral*, p. 63.

Sin embargo, “la moralidad es una esfera en la que convergen dos intereses, el público y el privado, que a menudo se encuentran enfrentados”.²³ El problema consiste en conciliarlos, ya que si todos ejercieran sus derechos plenamente, estos entrarían en conflicto. Por ello hay que limitar los derechos de todos para asegurar que las necesidades fundamentales de cada uno sean resguardadas. El jurista Patrick Devlin acepta sin problema que debe tolerarse la máxima libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad.

Por lo tanto, no basta con que una práctica repugne a la mayoría, sino que es necesario que haya un verdadero sentimiento de reprobación que rebalse los límites de la tolerancia.²⁴ No todo debe tolerarse, toda sociedad respalda su ley moral en la intransigencia, indignación y repugnancia. Una aclaración importante es que Devlin acepta que la moral no debe avasallar totalmente el derecho a la intimidad, sino que debe respetarlo en lo posible.

El autor nota que, si bien las normas morales no varían y los dictámenes morales emitidos por una sociedad siempre serán válidos para esta, los límites de la tolerancia a las desviaciones de normas morales varían de generación en generación.²⁵ De la misma forma, en opinión de Durkheim, ha persistido inalterada “el alma de la penalidad” a pesar del aparente proceso de civilización.²⁶ El sociólogo francés explica que el cambio en sus formas no ha sido acompañado de un cambio en su significado. En este sentido, la naturaleza del castigo debe buscarse “en la reacción emocional que estalla cuando se produce una violación de los sentimientos morales universales”.²⁷ La moral de una sociedad se mantiene constante, no así la intolerancia de la sociedad que puede medirse en la reacción social frente al incumplimiento de normas morales.

B. El principio del daño

Finalmente, tenemos que dar cuenta que Lord Devlin responde a las ideas que presenta el Informe Wolfenden sobre Ofensas Homosexuales y Prostitución en la ley británica.²⁸ El dictamen sostenía que “era oportuno desregular ambas conductas basándose en un argumento liberal, esto es: no es de incumbencia del Estado las

²³ Devlin, *La imposición de la moral*, p. 64.

²⁴ Devlin, *La imposición de la moral*.

²⁵ Devlin, *La imposición de la moral*, p. 66.

²⁶ Porciello, “Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo”, p. 238.

²⁷ Porciello, “Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo”, p. 238.

²⁸ Devlin, *La imposición de la moral*.

actividades privadas realizadas entre adultos que consienten en ellas”.²⁹ La Comisión recogía el “principio del daño”, enunciado por John Stuart Mill, que “impide al Estado prohibir comportamientos que carezcan de consecuencias lesivas para terceros, con el fin de garantizar a los ciudadanos un ámbito de autonomía”.³⁰

Si bien el principal crítico de los postulados de Devlin es Hart, las objeciones de este respondían a un derecho penal fundado en estos mismos criterios liberales que atendían fundamentalmente al “principio de daño”.

El concepto de daño que adopta este principio es una noción debatida que refiere a bienes que son determinados por ciertas reglas. Para algunos autores, “sin alguna concepción de cuáles son los intereses legítimos, el principio del daño es un principio vacío”.³¹ “MacCormick sostiene que la defensa del principio del daño es incompatible con la defensa de la separación entre el derecho y la moral, y que el derecho penal siempre contempla la calidad moral de los actos para determinar si son merecedores o no de ser castigados”.³² En este sentido, el daño no existe independiente y previamente a su definición moral, sino que depende de reglas morales.

Por lo tanto, “el principio del daño presupone tanto la determinación previa de cuáles han de ser los intereses privados que han de protegerse, como una concepción acerca del bien público. Tales determinaciones involucran una irreductible decisión con contenido moral”.³³

En conclusión, la propia visión del derecho penal que se inmiscuye en las críticas que Hart hace a Devlin se basa en un concepto que necesariamente depende de la moral. No entraremos más en detalle a considerar las objeciones puntuales de Hart a la postura de Devlin porque el espacio es limitado y nos enfocaremos en la aplicación práctica de la teoría.

²⁹ Malem, “La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart”, p. 34.

³⁰ Bruno Rusca, “En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño”, *Polít. Crim.* 15 (30) (diciembre 2020): p. 811.

³¹ Malem, “La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart”, p. 50.

³² Malem, “La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart”, p. 50.

³³ Malem, “La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart”, p. 50.

III. La decisión judicial

*Todos somos iguales ante la ley,
pero no ante los encargados de aplicarla.*³⁴

En este apartado pretendemos de manera genérica la decisión judicial en relación con la explicación de los postulados de Patrick Devlin desarrollados en la sección anterior.

En general, se sostiene que la solución que el juez debe asignar al caso es a *prima facie* la que deriva de las normas jurídicas. Sin embargo, en ciertos casos los jueces suelen apelar a valores morales de manera directa o disimulada al elaborar otros tipos de argumentos que no son consistentes con las normas jurídicas que deben aplicar.

“Joseph Raz ha sostenido que, en la fundamentación de sus decisiones, cuando los jueces apelan a normas o valores morales, parecen querer persuadirnos de que los valores a los que adhieren no expresan meramente sus puntos de vista personales, sino que representan el consenso general”.³⁵ Esta representación hace referencia, en otras palabras, a la moral de una sociedad en particular. Vamos a sostener que, cuando los jueces se valen de valores morales o argumentos claramente inconsistentes con el derecho en sus decisiones judiciales no están aplicando sus puntos de vista personales, sino que imponen la moral de la sociedad en la que viven.

Cabe aclarar que este trabajo no presenta una posición como la del realismo jurídico según la cual la interpretación jurídica surge siempre de la voluntad del juez. Lo que pretendemos hacer notar es que hay casos en los cuales los operadores de la justicia optan por no aplicar las normas jurídicas, apelando bajo el ropaje de otros argumentos a la aplicación de la moral.

El derecho penal es la última herramienta que tiene el Estado para solucionar un conflicto porque puede representar una consecuencia grave: la privación de la libertad. La justicia penal es la encargada de imponer castigos y supervisar que, en la práctica, estos no se extralimiten, se trata de una potestad del Estado de *ultima ratio*. Al respecto, según Kostenwein, la “punitividad” hace surgir cuestiones relacionadas con las transformaciones de las expectativas normativas en las sensibilidades públicas y los mediadores de estos cambios por excelencia son los tribunales ya que el Estado les otorga

³⁴ José María Albaigès. *Un siglo de citas* (Barcelona: Planeta, 1997), p. 166.

³⁵ Razonamiento y Decisión Judicial, *La justificación de decisiones judiciales en las democracias constitucionales* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2017), p. 380.

ese deber.³⁶ De esta manera, para verificar si hay un incremento de la “punitividad” es “imprescindible definir qué se considera aceptable y qué intolerable, siendo la ley y su aplicación dos parámetros importantes para arribar a una respuesta”.³⁷ En palabras de Devlin, “no todo ha de tolerarse”.³⁸ Esto se verá más adelante ilustrado en ejemplos que nos ofrece nuestra Corte Suprema. En conclusión, la “punitividad” permite analizar la justicia ligada a expectativas normativas y sensibilidades públicas respecto a la percepción de lo que no es aceptable o intolerable en la sociedad.

Como explica Kostenwein, “la justicia penal necesita ser investigada como uno de los factores, y no el menos importante, que contribuye a «traducir» determinadas causas sociales en efectos penales específicos”.³⁹ Desde cierto punto de vista, se puede pensar que hay una participación ciudadana en la justicia penal. Es decir, la sociedad no tolera algo sobre la base de un agravio significativo de la moral, con lo cual se habilitan vías por las cuales hace dar cuenta de su indignación. Esto termina por influenciar en el juez a la hora de dar una solución al caso judicial que se presenta frente a su escritorio.

Lo que buscamos dar cuenta es que la formación de una persona que toma el rol de juez en cierto momento de su vida se da en un contexto histórico y social determinado con una moral que establece lo que está bien y mal para la sociedad en la que vive.⁴⁰ En ciertos casos, tanto si el juez comparte o no las ideas que circulan en torno a la moral del lugar del que forma parte, puede darse tal muestra de intolerancia por el desfase entre la aplicación de la ley y la moral que provoque que el juez opte por la aplicación de la moral.

³⁶ Ezequiel Kostenwein, “Sociología de la justicia penal: Precisiones teóricas y distinciones prácticas”, *Delito y sociedad* 27 (46) (2018): pp. 33-72.

³⁷ Kostenwein, “Sociología de la justicia penal: Precisiones teóricas y distinciones prácticas”, p. 45.

³⁸ Devlin, *The enforcement of morals*.

³⁹ Kostenwein, “Sociología de la justicia penal: Precisiones teóricas y distinciones prácticas”, p. 54.

⁴⁰ César Manzanos Bilbao, “Factores sociales y decisiones judiciales”, *Revista de pensamiento social* 5 (2004): p. 144.

IV. Caso Camps (1987) y Simón (2005): Ley de Obediencia Debida y Punto Final

*La primera pequeña mentira que se contó en nombre de la verdad,
la primera pequeña injusticia que se cometió en nombre de la justicia,
la primera minúscula inmoralidad en nombre de la moral,
siempre significarán el seguro camino del fin.*⁴¹

En el fallo Simón,⁴² año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CSJN”) declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida Nro. 23.521 y la Ley de Punto Final Nro. 23.492. Simón formaba parte de la Policía Federal, particularmente de un “Grupo de Tareas” que no integraba las cúpulas de mando.

La Ley de Obediencia Debida establecía que todos los militares y miembros de las Fuerzas de Seguridad que no ocupaban puestos de decisión al momento de cometerse crímenes de lesa humanidad en la última dictadura argentina habían obedecido órdenes y no eran, por lo tanto, penalmente responsables. Solamente los altos oficiales eran susceptibles de sanciones penales.⁴³ Mientras que la Ley de Punto Final disponía la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos de desaparición forzada, detenciones ilegales, torturas, homicidios agravados o asesinatos de personas acaecidos durante la dictadura impuesta entre los años 1976 y 1983.

Este caso desata un cambio jurisprudencial importante con respecto al fallo Camps,⁴⁴ en el que la CSJN consideró constitucional la Ley de Obediencia Debida.

Al igual que Guthmann, analizaremos brevemente el argumento central del voto mayoritario de Petracchi en el fallo Simón, y no los demás votos, por dos motivos. Primero, era el presidente de la Corte en su momento y su voto es firmado por casi todos los jueces. Segundo, en 1987 también era miembro de la Corte Suprema y había votado a favor de la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida.⁴⁵

⁴¹ Václav Havel en Luisa Montuschi, “Ética privada vs. ética pública”. *Serie Documentos de Trabajo. Universidad del CEMA* 548 (octubre, 2014): p. 18.

⁴² CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -Causa N° 17.768C-”, 2005. *Fallos*: 328:2056.

⁴³ Ley Nro. 23.521 de Obediencia Debida, 1987.

⁴⁴ CSJN, “Ramon Juan Alberto Camps y otros”, 1987. *Fallos*: 310:1162.

⁴⁵ Guthmann, Yanina, *El Caso Simón, discurso jurídico, legitimidad y derechos humanos* (Buenos Aires: Teseo, 2015).

En resumen, el argumento central del fallo Simón se basa en el cambio del marco legal. En particular, se aduce que la evolución del valor normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el país determina el cambio respecto a la constitucionalidad de la ley.

Sin embargo, en el fallo Camps, el voto disidente de Bacqué cuestiona en ese momento la constitucionalidad de la ley en base al DIDH. Es importante resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fueron incorporados en nuestro derecho en los años 1984 y 1986. En conclusión, ante los mismos materiales jurídicos se toman decisiones contrarias.

El argumento de Petracchi en 1987 en el caso Camps para declarar válida la ley se funda en la “preservación de la paz pública” y en la división de poderes entre la función judicial y los poderes a los que incumbe la preservación de esa paz (considerandos 34 y 35).⁴⁶

Es importante el debate que genera el fallo Simón, ya que se ve gravemente vulnerado el principio de legalidad. En primer lugar, hay un problema con el tipo penal porque la desaparición forzada no estaba tipificada en el derecho penal interno al momento de ser cometido el delito (*lex previa*). Por este motivo, en el voto del Juez Fayt no se describe el cuerpo del delito en los primeros considerandos, sino que se va delineando en el desarrollo argumentativo. En segundo lugar, hay un problema respecto a la prescripción del delito, si no estaba tipificado tampoco su carácter de crimen de lesa humanidad, mucho menos podría haberlo estado su imprescriptibilidad.

Para una interpretación realista, este caso demuestra que “la decisión judicial es producto de la dinámica política y social, y lejos de ser ajena a las tensiones de dicha dinámica, las reproduce”.⁴⁷

Como bien expresa Guthmann, “la fidelidad al derecho entra a jugar sólo cuando hay un derecho al cual serle fiel”.⁴⁸ La autora sostiene que los jueces a veces orientan su trabajo con el objetivo de que su intuición extrajurídica de la justicia en la decisión de las normas se haga realidad. Frente a esta idea podemos ver un paralelismo del juez parado en los zapatos de lo que cualquier persona de recto entendimiento consideraría inmoral.⁴⁹

⁴⁶ CSJN, “Ramon Juan Alberto Camps y otros”, 1987. *Fallos*: 310:1162, pp. 1234 y 1235.

⁴⁷ Guthmann, *El Caso Simón, discurso jurídico, legitimidad y derechos humanos*, p. 207.

⁴⁸ Guthmann, *El Caso Simón, discurso jurídico, legitimidad y derechos humanos*, p. 282.

⁴⁹ Devlin, *La imposición de la moral*.

Si bien las conclusiones a las que llega Guthmann tienen que ver con las preferencias ideológicas del intérprete del derecho, postuló que no se trata de simples preferencias personales las que guiaron decisiones tan disímiles en los funcionarios públicos. Entonces, cabe preguntarnos qué es lo que cambió en verdad entre 1987 y 2005.

El caso Simón se presenta como el resultado de la política de Estado Memoria, Verdad y Justicia, llevada a cabo a partir del año 2003, con avances y retrocesos desde los 80', momento en el cual el juzgamiento de las graves violaciones a los derechos humanos fue incorporado como tema de agenda pública.⁵⁰

Para ser más precisos, con el paso del tiempo, el movimiento de derechos humanos cumplía un rol cada vez más importante en el consenso creciente sobre principios y valores relativos a los derechos humanos tanto a nivel mundial como en el ámbito local. Fue principalmente entre los años 1989 y 1999 que “los organismos mantuvieron el reclamo por las desapariciones en el espacio público, por medio de todo tipo de productos culturales y de fuertes iniciativas de conmemoración y rememoración”.⁵¹ Se constituyeron espacios en los que el concepto de memoria se nuclea a través de la moral, la política y lo jurídico, lo cual tuvo una influencia en la sociedad en su conjunto.

El fallo se suscribe en la misma línea que los Juicios por la Verdad, el Juicio a las Juntas y de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, por lo que es también el resultado de un cambio de tolerancia social que surge del trabajo de los organismos de derechos humanos.⁵²

Para ser más claros, los organismos de derechos humanos influenciaron a la sociedad argentina siendo intolerable la aplicación de garantías constitucionales por parte del derecho penal que traía aparejada la consecuencia de dejar sin castigo a quienes participaron de la última dictadura militar. Es la aplicación de la moral a través de los operadores de justicia la que establece que un “hombre razonable” no dejaría sin sanción a quienes se encontraban relacionados con crímenes de lesa humanidad. Esto, en conjunto con la intolerancia cada vez mayor por parte de la comunidad de individuos, es lo que acaeció en el fallo Simón.

⁵⁰ Guthmann, *El Caso Simón, discurso jurídico, legitimidad y derechos humanos*.

⁵¹ Guthmann, *El Caso Simón, discurso jurídico, legitimidad y derechos humanos*, p. 144.

⁵² Guthmann, *El Caso Simón, discurso jurídico, legitimidad y derechos humanos*.

V. Caso Muiña (2017) y Batalla (2018): Ley del Dos por Uno

*En el Derecho posee y defiende el ser humano su condición moral de existencia, sin el Derecho desciende al nivel del animal.*⁵³

En este apartado vamos a analizar otro ejemplo aún más actual, ilustrativo e inquietante de lo que Devlin intenta explicar en cuanto a la relación entre el derecho penal y la moral.

En el fallo Muiña,⁵⁴ la CSJN se pronunció respecto a la ley conocida como “Dos por Uno”, Ley Nro. 24.390. Allí decidió sobre su aplicabilidad en los casos de crímenes de lesa humanidad. Muiña cometió delitos de secuestros y torturas de cinco personas durante la última dictadura militar, estuvo en prisión preventiva luego de derogarse la Ley del “Dos por Uno” en el 2001 y se lo condenó en el año 2011.

La Ley del “Dos por Uno” establecía que al computar el tiempo de privación de la libertad de una persona condenada, cada día de prisión preventiva que hubiera excedido el plazo legal de dos años equivalía al cumplimiento de dos días de la condena.⁵⁵ El fundamento de la norma se arraigaba en desalentar las prisiones preventivas largas, teniendo en cuenta la lentitud del poder judicial y la gravedad que impone su aplicación: se priva de la libertad a una persona sin existir sentencia firme que establezca su culpabilidad.

La sentencia se funda en la aplicación de los artículos 2.º y 3.º del Código Penal (“CP”) que contienen el principio de la ley penal más benigna, “[s]i la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.⁵⁶ Los artículos del CP son claros acerca de la aplicación de la Ley 24.390.⁵⁷

Además, la sentencia establece que, incluso si llegase a existir dudas sobre la aplicación del artículo 2.º del CP al caso en particular, debe resolverse en favor del imputado (principio *in dubio pro reo*). La resolución también hace dar cuenta de que el legislador podría haber estipulado expresamente la exclusión de los procesados por

⁵³ Rudolf Con Ihering en Rudolf Von Jhering, *La lucha por el derecho*, p. 12.

⁵⁴ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario”, 2017. *Fallos*: 340:549.

⁵⁵ Ley Nro. 24.390 del Dos por Uno, 1994.

⁵⁶ Art. 2.º, Código Penal de la Nación Argentina, 1984.

⁵⁷ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario”, 2017. *Fallos*: 340:549, considerando 17.

delitos de lesa humanidad en caso de haberlo querido, pero utilizó la palabra “siempre”. Dado que no lo hizo, no le corresponde al Poder Judicial hacerlo.⁵⁸

Fue instantánea y masiva la movilización social en contra del fallo de la CSJN. El 10 de mayo de 2017 se llevó a cabo una concentración de miles de personas en la Plaza de Mayo, convocada por los organismos de derechos humanos. En todo el país se multiplicaron las manifestaciones de repudio. Asimismo, tanto referentes sociales como políticos de un amplio espectro ideológico, nacionales e internacionales, se expresaban en desacuerdo con la decisión tomada por la Corte. Además, para el 9 de mayo de 2017 tribunales federales de la Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, San Juan y Tucumán se negaron a aplicar la sentencia de la Corte Suprema, rechazando los pedidos de personas condenadas por delitos de lesa humanidad que invocaban la aplicación de la Ley del “Dos por Uno”.

Una semana después del pronunciamiento de la Corte, el mismo día de la movilización masiva, el Congreso Nacional sancionó casi por unanimidad, con un solo voto en contra, la Ley Nro. 27.362 que dispuso que la norma sobre el cómputo por prisión preventiva “no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”.⁵⁹ Cabe destacar que su sanción y aprobación en ambas Cámaras insumió menos de veinticuatro horas, se trata de uno de los trámites parlamentarios más rápidos de la legislación argentina.

Tan solo un año después de estos sucesos, en el Fallo Batalla,⁶⁰ la CSJN pronuncia completamente lo contrario al fallo Muiña: no se aplica la Ley del “Dos por Uno” en casos donde se juzgan crímenes de lesa humanidad. Son cuatro los jueces que deciden esto: Highton, Rosatti, Maqueda y Lorenzetti. Por un lado, cabe aclarar que si bien estos dos últimos jueces son coherentes con relación a la postura que sostuvieron en el precedente anterior, dado que votaron en disidencia, no por ello sus argumentos son

⁵⁸ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario”, 2017. *Fallos*: 340:549, considerando 11.

⁵⁹ Ley Nro. 27.632, *B.O.* 12/05/2017, art. 1.º.

⁶⁰ CSJN, “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2º párrafo —según ley 14.616—, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) — texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor”, 2018. *Fallos*: 341:1768.

consistentes. Por otro lado, Rosenkrantz mantuvo su postura con relación al fallo Muiña, con lo cual se pronuncia en disidencia en esta oportunidad.

A continuación, expondremos los principales argumentos del pronunciamiento de la Corte Suprema en el fallo Batalla y su inconsistencia con los principios constitucionales que rigen en materia penal. Esto conlleva a que no debería proceder el resultado obtenido si en verdad nuestro Tribunal Supremo tuviera el propósito de aplicar la ley.

Highton y Rosatti, en su voto conjunto, concluyen que la Ley Nro. 27.362 se encuadra dentro del marco “interpretativo” de la Ley del “Dos por Uno” y pasa el estándar que impone el “test de consistencia” por dos razones. La primera es que no modifica retroactivamente la legislación penal, sino que impone cómo debe interpretarse la ley aplicable al caso. La segunda es que solo se establece cómo se computa el tiempo recaído en prisión preventiva, por lo cual no alarga la sanción de quien ya está condenado.

El problema, como explica Rosenkrantz en su disidencia, es que la Ley Nro. 27.362 no es una norma interpretativa porque la Ley del “Dos por Uno” no recurre a ningún concepto equívoco, oscuro o dudoso. Es decir, no puede ser una ley interpretativa dado que no hay dudas que despejar sobre ningún concepto, la ley en cuestión es clara. Asimismo, como bien indica la disidencia, incluso si se tratara de una norma genuinamente interpretativa sería inaplicable porque viola el principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en el art. 18 de nuestra Ley Suprema. A esto último, se suma que, con base en este principio, no son admisibles leyes interpretativas que empeoran la situación del imputado en materia penal.

Por otro lado, Carlos Rosenkrantz expuso que, en base al debate parlamentario de la Ley Nro. 24.390, excepto por los delitos expresamente excluidos, la Ley Nro. 27.362 es aplicable a todos por igual. Concluye que el conjunto de disposiciones que garantizan el derecho a la libertad personal no prevé “restricción alguna para semejante derecho basada en el mero reproche o repulsa social que puedan tener determinadas conductas, por más graves que ellas puedan resultar”.⁶¹ En cierta medida, el ministro hace referencia a la moral en el sentido de que es la que establece lo que está bien y mal en la sociedad.

⁶¹ CSJN, “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2º párrafo —según ley 14.616—, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) — texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor”, 2018. *Fallos*: 341:1768, considerando 21.

Asimismo, es la moral la que impone distintos límites de tolerancia en relación a la gravedad de las conductas que no rigen de acuerdo a las normas morales, provocando el reproche y repulsa social.

Además, el voto conjunto de Highton y Rosatti decide que la aplicación de la ley “interpretativa” no es arbitraria porque no resulta discriminatoria en la medida en que esté dirigida a un universo de personas que se encuentran en la misma condición jurídica, condenados por delitos de lesa humanidad. Cabe aclarar que se apoyan en que se circunscribe a quienes cometieron los “delitos más aberrantes que registre el comportamiento humano”,⁶² marcando las notas distintivas de los crímenes juzgados en la causa y del régimen político dentro del cual se perpetraron. Consideramos que, si bien es cierto que los delitos juzgados son gravísimos, los jueces deben aplicar el marco normativo existente cuando es claro y, aún con más razón, cuando hay garantías constitucionales en juego. Ya vimos la importancia del derecho penal y su gravedad, es por eso que el hecho de que una ley no sea arbitraria no justifica su aplicación *per se*, menos cuando se viola la Constitución Nacional (“CN”) con su aplicación.

También los magistrados consideran que la aplicación de la Ley Nro. 27.362 no viola ningún estándar internacional en materia de derechos humanos, ya que en la determinación de la pena precedió el cumplimiento del debido proceso legal (art. 18, CN).⁶³ El problema es que el cumplimiento del conjunto de formalidades esenciales que se deben observar en cualquier procedimiento legal para defender los derechos del imputado no obsta a que con la aplicación de la ley se viole el principio de legalidad y la garantía de irretroactividad de la ley penal. Las leyes rigen para el futuro y, acorde a la ley vigente, no se trata de una garantía menor. En virtud de ello, Rosenkrantz dijo que “debemos resistir la tentación, comprensible pero en definitiva injustificada, de juzgar a los crímenes cometidos por el recurrente con normas incompatibles con las que la Constitución prevé”.⁶⁴

⁶² “PENAL | Inaplicabilidad del beneficio del 2x1 para los delitos de lesa humanidad”, Centro de Información Legislativa (CIJ), fecha de publicación: 4 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-32689-PENAL---Inaplicabilidad-del-beneficio-del-2x1-para-los-delitos-de-lesa-humanidad.html>.

⁶³ Constitución de la Nación Argentina, art. 18.

⁶⁴ CSJN, “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10 párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2º párrafo —según ley 14.616—, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía,

En línea con todo lo expuesto, en el voto conjunto de Maqueda y Lorenzetti se consideró que no es necesario tratar el planteo sobre la aplicación de la nueva ley dado a que es lesiva al principio de legalidad y a la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna. Pero, de igual manera, llegaron a la misma conclusión que el voto anterior remitiendo a sus respectivos votos en disidencia en el precedente “Muiña”.

En resumen, el voto de ambos se basa en el argumento de que no corresponde aplicar el beneficio del “Dos por Uno” previsto en la norma porque estaba dirigido a compensar a quienes, durante su vigencia, estuvieron detenidos en prisión preventiva por más de dos años. En esta línea argumental, sostienen que la Ley del “Dos por Uno” terminó por ser derogada, ya que no obtuvo los resultados buscados, y apelaron al contexto general y a los fines de las normas.

El problema de esta fundamentación es que el art. 2.º del Código Penal es claro al establecer que debe aplicarse siempre la ley penal más benigna.⁶⁵ Alcanza con que la ley penal más benigna sea posterior al hecho, inclusive si no sigue rigiendo al momento del juzgamiento, para que se aplique. Por lo tanto, no tiene sentido que miembros de la Corte Suprema se justifiquen en que el propósito de una norma está dirigido a aplicarse solo en su vigencia cuando existe un principio rector que debe sobreponerse obligatoriamente y respecto al cual nuestro Código Penal es claro. Cabe aclarar que no debe de importar si se obtuvo o no los resultados perseguidos por la norma en cuanto no es trabajo de los operadores de justicia hacer un análisis de eficiencia normativa, menos aun cuando su contenido es claro.

Además, en el voto conjunto de Maqueda y Lorenzetti se apela a que el derecho internacional le impone al Estado el deber de perseguir delitos de lesa humanidad e imponer penas adecuadas y proporcionadas a su gravedad para impedir la impunidad. Sin embargo, el derecho internacional también tiene un marco normativo que exige la aplicación de la ley penal más benigna.⁶⁶

sustracción de menores de diez años (art. 146) — texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor”, 2018. *Fallos*: 341:1768, considerando 32.

⁶⁵ Art. 2.º, Código Penal de la Nación Argentina, “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

⁶⁶ Art. 9.º, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 24 del Estatuto de Roma; y art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Entonces, si los argumentos de la mayoría de la Corte Suprema no son convincentes, sino que son contrarios a la ley y a las garantías que impone la Constitución Nacional, nos podemos preguntar finalmente qué es lo que con franqueza aplicaron los ministros en el fallo Batalla.

Nuestra postura en este trabajo es que nuevamente estamos ante un caso, aún más notorio, de aplicabilidad de la moral de la sociedad por parte de los operadores de la justicia. Para nuestra sociedad los crímenes de lesa humanidad y la reducción de su castigo son inmorales. Un ejemplo de esto es que es inmoral para cualquier persona de “recto entendimiento” la reducción del cómputo de la pena efectiva a cumplir en prisión de personas que cometieron estos tipos de crímenes. Se trata de un hecho intolerable para la sociedad que desembocó en la decisión del fallo Batalla.

Como ya comentamos, fue notoria la reacción social y el disgusto que generó la aplicación de la Ley del “Dos por Uno” en los casos de lesa humanidad por parte de la CSJN. Hubo manifestaciones de repudio, expresiones de total desacuerdo por parte de referentes políticos, Tribunales que negaron aplicar la sentencia de la Corte y una nueva ley de “interpretación” que se dictó prácticamente de forma unánime por el Congreso de la Nación. Todo esto supone que existe una moral social y que se aplica cuando son rebalsados los límites de la tolerancia.

VI. Aclaraciones, reflexiones y conclusiones finales

Como bien vimos, Patrick Devlin sostiene que existe una moral pública común que es impuesta en el sistema jurídico a través del derecho penal como medio que tiene la sociedad de defenderse de ciertos ataques que pueden destruirla. El autor establece que existe una relación entre el derecho y la moral respecto a la cual, cuando los límites de la tolerancia por la violación de principios morales son rebalsados, se aplica esta última en el derecho penal.⁶⁷

Más allá de lo cuestionable que puede ser la postura del autor, los operadores de justicia efectivamente suelen aplicar en el derecho penal la moral de la sociedad en los casos mencionados por Devlin, es decir, cuando hay un verdadero sentimiento de repulsión. Estas ideas fueron demostradas tras el análisis de jurisprudencia propia de nuestro Tribunal Supremo. En definitiva, quienes ocupan los cargos del sistema de

⁶⁷ Devlin, *La imposición de la moral*.

administración de justicia son personas que viven en una sociedad determinada que posee una moral particular que en ciertos casos es aplicada dentro de sus funciones, más allá de que puedan compartirla o no individualmente.

En principio, nos gustaría volver a aclarar que el presente trabajo se limitó al análisis de fallos en el marco de crímenes de lesa humanidad padecidos en la última dictadura militar. Esto es así por ser los ejemplos más ilustrativos de los límites de la tolerancia y por su alta importancia en cuanto se enmarcan en el área del derecho penal.

Tal como se analizó, tanto en los fallos Camps y Simón como en Muiña y Batalla, la Corte tomó decisiones totalmente contrarias cuando el derecho aplicable era el mismo. Es decir, ante supuestos materialmente jurídicos casi totalmente iguales optaron por determinar soluciones opuestas. Frente a un análisis conjunto del contexto histórico en relación a los sucesos posteriores de los primeros casos, Camps y Muiña, comprobamos que el cambio de decisión se basa en la intolerancia social que, finalmente, influyó en lo decidido por los jueces. Por ende, lo que se aplicó en los fallos Simón y Batalla no fue el derecho, sino la moral de la sociedad argentina en un momento tal que su posible inaplicabilidad volvía totalmente intolerable optar por soluciones diferentes. Es importante aclarar que existe la posibilidad de que las resoluciones judiciales también puedan tener vinculación con factores distintos a la moral, como la presión social y política, cuestiones que requieren un mayor estudio y análisis.

En los casos analizados, alguien podría apelar a que los jueces en realidad solo aplicaron sus propias ideologías, pero hay que tener en cuenta dos cosas respecto a los últimos casos en análisis. En primer lugar, tanto Highton como Rosatti llegaron a conclusiones contrarias con una diferencia de tan solo un año, con lo cual es difícil pensar que ante casos casi análogos tuvieron pensamientos tan contrarios. Por otro lado, Rosenkrantz en su disidencia reconoce que el objetivo social de no claudicar en la persecución de delitos de lesa humanidad es un objetivo que comparte, pero no lo aplica dado que apela a la ley y a las garantías enunciadas.⁶⁸ Esto nos lleva a comprobar nuestra hipótesis: en ciertos casos los operadores de la justicia aplican la moral en el derecho

⁶⁸ CSJN, “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 10° párrafo —según ley 14.616—, inf. art. 144 ter 2° párrafo —según ley 14.616—, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de diez años (art. 146) — texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor”, 2018. *Fallos*: 341:1768, considerando 9.

penal. Tal como sostuvo Devlin, se apela a esto cuando los niveles de tolerancia se rebalsan y hay un verdadero sentimiento de reprobación que se expresa con indignación y disgusto.⁶⁹

Es cierto, como ya vimos, que Devlin se pregunta si la sociedad está autorizada a usar al derecho penal para imponer su moral y concluye que sí, en tanto y en cuanto es imprescindible para su existencia. Si bien parece que los operadores de la justicia comparten esta idea de alguna manera dado que han cedido a aplicar la moral en casos penales, no es el objetivo de este trabajo analizar sobre la justificación de esta práctica y sobre si es correcta o no.

A rasgos generales hay quienes sostienen que es correcto porque permite una mayor cohesión social o es esencial para que una sociedad exista.⁷⁰ En esta línea de ideas, la influencia de la sociedad a través de prácticas que tienen el fin de imponer su moral en casos no contemplados por la ley, junto con su posterior aplicación por parte de los jueces, es una forma de participación ciudadana en la justicia. Se trata de un canal de participación avalado por la idea de democracia. En otras palabras, la intromisión de la moral al derecho penal parece tratarse de un canal de participación ciudadana en la administración de justicia.

En contraposición, hay quienes optan por decir que

cuando la misma lógica se adopta en el ámbito jurídico, criminalizando conductas sólo porque satisfacen determinados sentimientos sociales, o saltándose las garantías del derecho penal constitucional porque son consideradas por la mayoría de la comunidad social “un lujo para las almas bellas”, el populismo político se convierte en populismo penal, un populismo mucho más peligroso y penetrante.⁷¹

Esto trae aparejado profundas lesiones a los derechos humanos y el desequilibrio del orden constitucional.

En línea con esto, se dice que estas prácticas son únicas en su género dado que se dan en un sistema jurídico que es, por definición, anti populista. Esta última característica deriva en que optó por la democracia de los límites en protección de las minorías y los principios constitucionales (fundamento primero de la creación del Poder Judicial) a la democracia del “recuento de manos levantadas”.⁷² Ejemplos de esto son los casos

⁶⁹ Devlin, *La imposición de la moral*.

⁷⁰ Devlin, *La imposición de la moral* y Durkheim *La división del trabajo social*..

⁷¹ Porciello, “Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo”, p. 239.

⁷² Porciello, “Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo”.

jurisprudenciales analizados en los que se violaron garantías constitucionales, como la irretroactividad de la ley penal, el principio de la aplicación penal más benigna y el principio de legalidad.

Finalizando este trabajo podemos decir que, una vez demostrado que fácticamente lo desarrollado por Patrick Devlin es aplicable en nuestro derecho interno, solo queda debatir sobre la corrección o incorrección de la aplicación de la moral en el derecho penal, cuestión que sobrepasa el objeto de este trabajo.

VII. Bibliografía

- Albaigès, José María. *Un siglo de citas*. Barcelona: Planeta, 1997.
- Ansolabehere, Karina. “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”. *Isonomía* 22 (2005): pp. 39-63.
- Cajica Lozada, Gustavo. “Algunos conceptos, distinciones y aspectos interesantes en la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”. *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla* 3, pp. 121-134.
- Carrel, Alexis y Gil, Joaquín. *La incógnita del hombre*. Chile: Ercilla, 1936.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). “El fallo “Muiña” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. 2017. Disponible en: https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/07/fallo-Mui%C3%B1a_CSJN.pdf.
- Centro de Información Legislativa (CIJ). “PENAL | Inaplicabilidad del beneficio del 2x1 para los delitos de lesa humanidad”. Fecha de publicación: 4 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-32689-PENAL---Inaplicabilidad-del-beneficio-del-2x1-para-los-delitos-de-lesa-humanidad.html>.
- Cifré, Juan Pablo. “Despido discriminatorio.” *La Ley* 2007-F, 10, 12 de noviembre de 2007.
- Devlin, Patrick. *La imposición de la moral*. Madrid: Dykinson, 2010. Disponible en: <https://elibro.net/es/ereader/udesa/63058?page=1>.
- Devlin, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University Press.
- Devlin, Patrick. *The judge*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

- Durkheim, Émile. *La divisione del lavoro sociale*. Milán: Edizioni di Comunità, 1962.
- Dworkin, Ronald. "Lord Devlin and the Enforcement of Morals". *The Yale Law Journal* 75 (6) (1966).
- Elizalde, Lorena Vanesa. "Análisis de la Aplicación de la ley 2x1 en referencia al caso. Bignone y Batalla de la Corte Suprema de la República Argentina (Parte I)". *DPI Cuántico. Derecho Para Innovar*. 15 de mayo de 2019. Disponible en: https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-penal-nro-234-17-05-2019/.
- Feld, Claudia. "Aquellos ojos que contemplaron el límite: la puesta en escena en escena televisiva de testimonios sobre la desaparición". En *El pasado que miramos*. Editado por C. Feld y J. Stites Mor, pp. 77-109. Buenos Aires: Paidós, 2009.
- Gorra, Daniel y Serrano, Manuel Francisco. "Análisis del fallo «Muiña». Los problemas de interpretación en los crímenes de lesa humanidad". *Revista Jurídica Región Cuyo* 4 (2018). Disponible en: https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=0af294285af9d206bc23f385c37f8400&hash_t=120ef1ee55e0e3ab33b204ce2b304b27#indice_10.
- Guthmann, Yanina. *El Caso Simón. Discurso Jurídico, legitimidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Teseo, 2015.
- Kostenwein, Ezequiel. "Sociología de la justicia penal: Precisiones teóricas y distinciones prácticas." *Delito y sociedad* 27 (46) (2018): pp. 33-72.
- Malem, Jorge. "La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart". *Debate Feminista* (1998).
- Manzanos Bilbao, César. "Factores sociales y decisiones judiciales". *Revista de pensamiento social* 5 (2004).
- Montuschi, Luisa. "Ética privada vs. ética pública". Serie Documentos de Trabajo. *Universidad del CEMA* 548 (octubre 2014). Disponible en: <https://anceargentina.org/site/trabajos/LUISA%20MONTUSCHI.pdf>.
- Porciello, Andrea. 2022. "Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56 (2022): pp. 217-244.

Razonamiento y Decisión Judicial. *La justificación de decisiones judiciales en las democracias constitucionales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2017.

Rusca, Bruno. “En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño”. *Polít. Crim.* 15 (30) (diciembre 2020): pp. 811-839. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000200811.

Sesma, Victoria Iturralde. 2012. “Acotaciones sobre el principio de unidad del razonamiento práctico”. *Anuario de filosofía del derecho* 28 (2012): pp. 79-96.

Terricone, Manuel y Martínez, Lucia. “Qué pasó en la Justicia después del fallo de la Corte por el «2x1»”. *Chequeado*. Fecha de publicación: 10 de mayo de 2017. Disponible en: <https://chequeado.com/el-explicador/que-paso-en-la-justicia-despues-del-fallo-de-la-corte-por-el-2x1/>.

Von Jhering, Rudolf. *La lucha por el derecho*. 2019. Disponible en <http://www.alestuariodelplata.com.ar/Ihering.pdf>.

Yaylali, Mustafa. “El principio del daño: El equilibrio del progreso social en la filosofía política de John Stuart Mill”. *Foro interno* 19 (2019): pp. 77-92.