

La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos

Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso *Simón* ()

Ezequiel Malarino (*)

Abstract

El 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia de Argentina declaró la inconstitucionalidad de las leyes conocidas como "Punto Final" y "Obediencia Debida", que habían impedido el juicio y el castigo de la mayor parte de los responsables de violaciones sistemáticas de los derechos humanos durante la dictadura militar que gobernó el país entre 1976 y 1983. Esta decisión permitió el inicio o la reapertura de procesos penales contra cientos de ellos, tras haber transcurrido tres décadas desde la comisión de los hechos y pese a que, en la mayoría de los casos, existían ya sentencias firmes de absolución. Malarino analiza los fundamentos jurídicos de la sentencia de la Corte. En particular, intenta demostrar los graves riesgos que, en su opinión, generan dos criterios adoptados por el máximo tribunal argentino: la obligatoriedad de la aplicación por los tribunales locales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de su eventual incongruencia con el orden público argentino, y la posibilidad de juzgar y castigar con base en el derecho internacional consuetudinario.

§ 1. Introducción

I. El 14 de junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso *Simón* declaró la inconstitucionalidad e invalidez de las leyes de Punto final (1) y Obediencia debida (2) y, en consecuencia, declaró "de ningún efecto (...) cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos (...) por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina" (3). Sustentó esta conclusión, básicamente, en argumentos provenientes del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. (4) El argumento decisivo fue la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso *Barrios Altos contra Perú* del 14 de marzo de 2001. En esta sentencia, la CorteIDH había constatado la violación de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) por la promulgación y aplicación de dos leyes de amnistía y establecido que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas". (5) La CorteIDH había establecido allí, además, que las leyes de amnistía "carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (..) ni para la investigación y castigo de los responsables". (6) Con esto, la CorteIDH dejaba en claro que la cosa juzgada no podía oponerse a la reapertura de los procesos. De este modo, la CorteIDH estableció la doctrina de que la *gravedad de los hechos* (expresada con el vago concepto de 'graves violaciones de los derechos humanos' (7)) justifica la aplicación de *reglas especiales* más rigurosas (entre ellas, la imposibilidad de amnistiar, la imprescriptibilidad, la no operatividad de la cosa juzgada).

La CSJN consideró obligatoria esta jurisprudencia. Para el tribunal argentino, sin embargo, tales reglas especiales, que se apartan del régimen del derecho penal *normal*, están autorizadas frente a crímenes internacionales, en el caso concreto, frente al crimen contra la humanidad. Este 'retoque' sólo aparentemente es una mejora frente al concepto mucho más amplio e indeterminado de "graves violaciones de los derechos humanos" utilizado por la CorteIDH, porque, como veremos luego (punto XIX), la CSJN emplea el concepto de crimen contra la humanidad en un sentido no técnico, como sinónimo de 'hecho gravísimo', con lo cual las diferencias entre dichos conceptos se diluyen. Por otra parte, la CSJN también desaplicó o, al menos, debilitó enormemente el principio de legalidad penal, dado que, ante la ausencia de disposiciones legales en el ordenamiento interno, recurrió a la costumbre internacional para calificar a los hechos como crímenes contra la humanidad y, con base en este encuadre, los declaró imprescriptibles.

La sentencia plantea numerosísimos problemas o puntos abiertos a discusión. En lo siguiente analizaré sólo algunos de ellos. En primer lugar, me referiré a una serie de problemas relacionados con la aplicabilidad de la jurisprudencia de la CorteIDH en *Barrios Altos* al caso argentino (*sub* § 2). En segundo lugar, me ocuparé de ciertos problemas que causa la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad (*sub* § 3).

§ 2. Algunos problemas relacionados con la aplicación de la

jurisprudencia de la CorteIDH del caso Barrios Altos a las leyes argentinas de Punto final y Obediencia debida

II. El argumento principal de la CSJN para invalidar las leyes de Punto final y Obediencia debida y posibilitar la apertura o reapertura de los procesos se basa en la aplicación al caso argentino de la jurisprudencia sentada por la CorteIDH en el caso *Barrios Altos*, que, como hemos visto, la CSJN consideró *obligatoria*. El rol protagónico de *Barrios Altos* en el esquema argumentativo de la CSJN se aprecia en numerosos pasajes de los votos de la mayoría. Allí se señaló, por ejemplo, que la jurisprudencia de la CorteIDH es una "pauta" (8), "guía" (9) o "fuente" (10) para la interpretación, que esa jurisprudencia es de "aplicación obligada" (11) para los tribunales nacionales, que la "traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en Barrios Altos al caso argentino resulta imperativa", (12) que "es suficiente con la remisión (...) a lo resuelto en el caso "Barrios Altos" (13), que "basta recordar la mencionada jurisprudencia (...) Barrios Altos" (14); que la "clara jurisprudencia Barrios Altos exige que ningún efecto de esas leyes pueda ser operativo como obstáculo a los procesos regulares que se llevan o deban llevarse a cabo respecto de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad", (15) y también, y éste es probablemente el pasaje que mejor resume esta postura, que "la clara y terminante doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) en el caso "Barrios Altos" (...) torna imperativo que, con el fin de satisfacer el estándar allí establecido e impedir por tanto que pueda invocarse la ultractividad de la ley penal más benigna o, eventualmente, la cosa juzgada, esta Corte declare además que dichas normas carecen de cualquier efecto y que lo propio ocurre respecto de cualquier acto que, fundado en las mismas, pretendiera oponerse como impedimento al progreso de algún proceso judicial en trámite, o a su iniciación futura (...) respecto de hechos vinculados con crímenes de lesa humanidad ocurridos en el territorio nacional". (16)

La CSJN estaba en cierto modo 'obligada' a defender la obligatoriedad del precedente *Barrios Altos*, porque del derecho internacional difícilmente podía haber derivado -a pesar de la afirmación contraria, pero sin fundamento, de algunos de los jueces- una prohibición absoluta de amnistiar crímenes internacionales. (17) Como mostraré más adelante, la CorteIDH en *Barrios Altos* no constata una regla consuetudinaria sobre la prohibición de amnistiar crímenes internacionales, sino que simplemente homologa un acuerdo entre las partes del proceso internacional (el Estado peruano y la ComIDH). Además, sólo con una gran imaginación puede leerse en los arts. 1.1, 8 y 25 de la CADH, como hace la CorteIDH, una prohibición de amnistiar crímenes internacionales; como también pondré en evidencia más adelante, la pretendida "interpretación" de la CADH es, en verdad, una pura reescritura de la norma (ver el punto X).

En lo que sigue analizaré si una decisión de la CorteIDH es vinculante para los tribunales nacionales, en qué casos lo es y qué implica esa obligatoriedad. Existen dos perspectivas para analizar la cuestión. En primer lugar, analizaré si la obligatoriedad de las decisiones de la CorteIDH se deriva del derecho internacional y especialmente del derecho interamericano. En segundo lugar, investigaré si dicha obligatoriedad puede derivarse del derecho argentino.

III. La CADH establece las condiciones bajo las cuales una sentencia contenciosa de la CorteIDH es obligatoria. El art. 68.1 dispone: "Los Estados partes se comprometen a cumplir la *decisión* de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes". (18) De este modo, la decisión de la CorteIDH en un caso contencioso es obligatoria respecto a un Estado parte de la CADH, que aceptó la competencia de la CorteIDH y, además, fue *parte en el proceso internacional concreto* en el cual esa decisión fue dictada.

De acuerdo con esta normativa, la decisión de la CorteIDH en el caso *Barrios Altos* era obligatoria únicamente para Perú y lo era únicamente en el caso concreto. Es cierto que la CorteIDH asignó "efectos generales" (19) a la decisión *Barrios Altos*, ampliando, con ello, el alcance del art. 68.1; pero esta *extensión pretoriana* del alcance del carácter vinculante de la decisión se limitaba exclusivamente, según la propia CorteIDH, a otros casos en los cuales se hubieran aplicado las dos leyes de amnistía analizadas en dicha sentencia. El fundamento de dicha extensión era que la CorteIDH ya había considerado que esas leyes eran incompatibles con la CADH y, por ello, el mantenimiento de sus efectos jurídicos generaba responsabilidad internacional. Dejando de lado los reparos que puede suscitar dicha extensión (20), es seguro que la decisión de *Barrios Altos* no era obligatoria para el Estado argentino y, por ello, su falta de seguimiento no generaba responsabilidad internacional. Si Argentina no estaba obligada a cumplir, entonces no había incumplimiento, ni sanción internacional posibles (21).

IV. La CSJN ha dicho, sin embargo, que mantener los efectos jurídicos de las leyes de Punto final y Obediencia debida haría incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional. Muy claro es en este sentido el siguiente pasaje del voto del juez Zaffaroni: "Esta jurisprudencia es -sin duda- aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 [esto es, a las leyes de Punto final y Obediencia debida] y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional..." (22). Y agrega: "...la eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de derechos humanos". (23) Ya hemos visto que la CADH no avala la conclusión de que un tercer Estado (Argentina) incurre en responsabilidad internacional por no seguir lo decidido por la CorteIDH en un caso contencioso contra otro Estado (Perú). Pero con la frase recién citada la CSJN parece querer decir algo más, a saber que la aplicación del precedente *Barrios Altos* a las leyes argentinas mencionadas tiene el propósito de evitar una futura decisión de ese tribunal internacional en contra de Argentina. Este argumento no sostiene, entonces, que Argentina incurre en responsabilidad internacional por el mero hecho de no seguir la decisión *Barrios*

Altos, sino que lo haría si en el futuro la CorteIDH conociera de un caso contra Argentina en donde se cuestionara la compatibilidad con la CADH de las leyes de Punto final y Obediencia debida y declara, en ese caso, la responsabilidad internacional de nuestro país siguiendo los criterios sentados en *Barrios Altos*; y a esta eventual decisión del tribunal interamericano nuestra CSJN cree que debe anticiparse. Pero precisamente en esto reside el defecto del argumento, pues la decisión de la CorteIDH, a la cual la CSJN se anticipa, es tan sólo hipotética; y es evidente que el hecho de no evitar una responsabilidad internacional tan sólo hipotética y eventual nunca puede generar responsabilidad internacional actual. No se lesiona ningún compromiso internacional si un Estado no se anticipa a lo que él cree que un tribunal internacional presumiblemente hará en el futuro. El derecho internacional no exige a la CSJN - y a ningún otro poder del Estado- que actúe como una especie de *vidente* tratando de anticiparse a todo lo que en el futuro pudiera decidir un tribunal internacional. Por ello, tampoco la idea de la evitación de responsabilidad internacional futura y eventual puede fundar una obligación internacional de aplicar la sentencia en cuestión.

Por otra parte, hay muchos factores que pueden hacer fracasar esta anticipación del futuro. Primero, es posible que esta decisión nunca tenga lugar, por ejemplo, porque el conflicto se soluciona en el ordenamiento interno; porque los interesados no presentan el caso al sistema interamericano por falta de voluntad o por cualquier otra razón; porque se vence el plazo para interponer la demanda y el caso se considera inadmisibles (art. 46 CADH), porque el caso fue sometido anteriormente a otra instancia de protección de derechos humanos y se considera inadmisibles (art. 46 CADH); porque el caso es sustancialmente una reproducción de uno ya analizado por la ComIDH (art. 47 CADH); también es posible que el caso se someta a la ComIDH pero que finalice en una solución amistosa (arts. 48 y 49 CADH) o que ni la ComIDH, ni el Estado en cuestión decidan llevar el caso a la CorteIDH (art. 51 y 61 CADH). Puede ocurrir, además, que el caso llegue a la CorteIDH pero que en esa instancia la ComIDH desista y la CorteIDH acepte ese desistimiento (art. 53 Reglamento CorteIDH). Segundo, también puede suceder que la CorteIDH decida el nuevo caso de manera diferente al anterior, sea, porque cambie de parecer, sea porque considere que los casos no son exactamente iguales como para merecer el mismo tratamiento. Muchas imponderabilidades para considerar seguro el juego de adivinador (24).

El argumento de la evitación de una declaración futura y eventual de responsabilidad internacional proporciona, a lo sumo, una buena razón para *tomar en consideración* la jurisprudencia de la CorteIDH establecida en casos ajenos al Estado, pero no más que ello. También el principio de buena fe que domina el derecho internacional hablaría a favor de que un Estado que es parte de la CADH y que ha aceptado la competencia de la CorteIDH tenga en consideración la jurisprudencia de este tribunal internacional dictada en casos en los que no ha sido parte. Pero estos argumentos no fundan por sí mismos un *deber de aplicar las sentencias* de este tribunal en los casos en que el Estado no ha sido parte del proceso internacional, ni tampoco un *deber de interpretar la CADH* tal como lo hace el tribunal interamericano; y mucho menos estas razones son capaces de fundar un permiso para des aplicar principios constitucionales fundamentales del derecho interno, como ha hecho la CSJN en el caso en comentario. Por otra parte, la utilización de esta jurisprudencia -aunque sea como mero argumento secundario o de apoyo- requiere, como presupuesto básico, que el caso decidido por el tribunal internacional sea de tal modo análogo al que es objeto de decisión por el tribunal interno que permita, sin duda alguna, la *traslación* de las conclusiones del primero al segundo; sobre esto me ocuparé luego (punto XI).

V. En fin, tampoco del derecho internacional universal surge una obligación de cumplir las decisiones de la CorteIDH que exceda de lo establecido en la CADH. No existe una norma de derecho consuetudinario que afirme que un Estado deba cumplir las decisiones de los órganos de aplicación de un tratado emitidas en casos en los que él no ha sido parte. Además, la regla del *pacta sunt servanda* del art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV) sólo requiere que las partes cumplan de buena fe las obligaciones contraídas por un tratado y la CADH obliga a los Estados a cumplir las decisiones de la CorteIDH *únicamente* en los casos en los que fueron parte del proceso internacional.

VI. Queda todavía por analizar si la jurisprudencia de la CorteIDH es obligatoria para los tribunales argentinos de acuerdo con el *derecho interno argentino*. Aunque el derecho interamericano sólo obliga a los Estados parte de la Convención Americana a cumplir las decisiones contenciosas de la CorteIDH en los casos en que fueron parte del proceso internacional, nada impide que un Estado conceda a las sentencias de este tribunal internacional efectos vinculantes más amplios.

En Argentina se discute si *toda* la jurisprudencia de la CorteIDH, así como la de otros órganos internacionales de aplicación de tratados sobre derechos humanos, es obligatoria para los tribunales y otras autoridades nacionales por mandato de la Constitución nacional. La discusión gira en torno a la interpretación del art. 75 inc. 22 CN según la redacción que se le ha dado en la Convención constituyente de 1994; en lo que aquí interesa, esta disposición establece que una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos expresamente especificados, entre los cuales se encuentra la CADH, tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia". Esta última frase ha sido objeto de dos interpretaciones completamente distintas. Llamaré a la primera interpretación *tesis de las reservas* y a la segunda *tesis de la vigencia internacional*. Sólo esta última apoya la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CorteIDH. Veamos estas posiciones.

Según la *tesis de las reservas*, la cláusula "en las condiciones de su vigencia" significa que los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 CN se incorporan al derecho constitucional con las reservas y declaraciones que hubiere hecho el Congreso de la Nación al momento de aprobarlos. Según consta en las transcripciones de los debates de la Convención constituyente, ésta

era la interpretación de los propios constituyentes. (25).

La *tesis de la vigencia internacional* sostiene, en cambio, que la frase "en las condiciones de su vigencia" significa que los instrumentos internacionales mencionados se incorporan al derecho constitucional argentino tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando en particular la jurisprudencia de los tribunales u órganos internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De acuerdo con esta posición, cuando un órgano nacional aplica una disposición de la CADH debe guiar su interpretación en la jurisprudencia de la CorteIDH. Existiría, de este modo, una obligación constitucional de seguir la jurisprudencia de la CorteIDH. Esta teoría ha sido desarrollada por la CSJN en el caso *Giroldi* (26) y confirmada en el caso *Simón*. (27)

VII. Como he adelantado, sólo si prosperase la *tesis de la vigencia internacional* podría afirmarse la obligatoriedad general de la jurisprudencia de la CorteIDH con base en el derecho interno (que complementaría a la obligatoriedad de la decisión de la CorteIDH según el art. 68.1 CADH, esto es, sólo respecto al Estado contra el cual se dictó la decisión en el proceso ante el tribunal interamericano). Sin embargo, esta tesis se enfrenta a fuertes objeciones.

Ante todo, esta interpretación conduce en los hechos a una modificación del sistema rígido de reforma constitucional adoptado por la Constitución argentina. Por ello, quien la sostenga, también debe estar dispuesto a reconocer que el constituyente ha modificado, a través de la cláusula "en las condiciones de su vigencia", el sistema de reforma constitucional. Sin embargo, dado que la Convención constituyente de 1994 no estaba facultada para modificar el régimen de reforma constitucional, esta interpretación resulta poco persuasiva. En lo que sigue desarrollaré esta objeción.

Que la interpretación dada a la cláusula "en las condiciones de su vigencia" por la llamada *tesis de la vigencia internacional* conduciría en los hechos a una modificación del régimen de reforma constitucional establecido en la Constitución puede demostrarse con lo siguiente: si tal cláusula significase que lo que se incorpora a la Constitución es no sólo el texto del tratado -expresamente mencionado en el art. 75 inc. 22 CN-, sino también la interpretación que de ese texto haga el órgano internacional de control respectivo, entonces cada cambio en la jurisprudencia de este órgano tendría, en los hechos, el efecto de modificar la Constitución. Nótese que la *tesis de la vigencia internacional* no dice sólo que los tribunales y demás órganos nacionales deben cumplir las decisiones de los órganos internacionales de aplicación de un tratado, sino que la interpretación de estos órganos internacionales es, junto al texto del tratado, parte de la Constitución ("tienen jerarquía constitucional") (28). De este modo, según este punto de vista, la jurisprudencia del órgano internacional funcionaría en el orden interno como una *nueva norma constitucional* y por esa razón sería obligatoria. Se trataría, con todo, de una *norma constitucional derivada* en la medida que tendría que tener una conexión con el texto del tratado. (29) Así, la CSJN habría declarado la "inconstitucionalidad" de las leyes de Punto final y Obediencia debida con base en la *norma constitucional Barrios Altos*. (30)

Es evidente entonces que la interpretación que propugna la *tesis de la vigencia internacional* implica en los hechos un cambio en el sistema de reforma constitucional previsto en el art. 30 CN. Según esta disposición, una reforma de la Constitución requiere del cumplimiento de los siguientes pasos: (a) la declaración de necesidad de reforma por parte del Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros y (b) la aprobación de la reforma en una convención constituyente convocada al efecto. El Congreso Nacional cumple una función preconstituyente identificando el objeto de la Convención constituyente. Sólo los puntos cuya necesidad de reforma ha sido declarada por el Congreso Nacional pueden ser objeto de discusión y eventualmente modificación por la convención constituyente. Si el constituyente se extralimita de los puntos establecidos por el Congreso, tal reforma es inválida. (31)

Aceptar la *tesis de la vigencia internacional* implica entonces reconocer que, ahora, junto al sistema originario, extremadamente rígido, de reforma constitucional, existe uno nuevo, extremadamente flexible, que elimina la función preconstituyente del Congreso Nacional y concede el poder constituyente a jueces internacionales que no son elegidos por el pueblo al cual se aplicará la norma y que tampoco necesitan, para ser elegidos, demostrar conocimientos generales de derecho constitucional, ni especiales del derecho constitucional argentino. (32) No parece plausible que nuestros constituyentes de 1994 hayan querido compartir, desde allí en adelante, el poder constituyente con tales representantes internacionales.

Pero el argumento decisivo es otro: ¿si hubieran querido, habrían podido hacerlo? La respuesta es negativa. Como recién vimos, según el régimen constitucional de reforma de la Constitución -que rigió obviamente también la reforma de 1994- corresponde al Congreso de la Nación determinar, a través de una ley de necesidad de reforma, los puntos de la Constitución que pueden reformarse (función preconstituyente) y a la convención constituyente decidir si y, en su caso, cómo han de reformarse (función constituyente). Una ley de necesidad de reforma que se atribuya funciones constituyentes es nula, así como también lo es una reforma constitucional que exceda de los puntos abiertos a discusión por el Congreso. La competencia de la convención constituyente surge, en efecto, de la ley de necesidad de reforma y más allá de los puntos establecidos por esa ley la convención constituyente no tiene facultades. La convención constituyente de 1994 debía ceñirse, por ello, a los puntos explicitados en la ley 24.309 de 1993 (33). Esta ley declaró la necesidad de reforma *parcial* de la Constitución (art. 1) e identificó puntualmente las disposiciones que podían reformarse (arts. 2 y 3). También explicitó que la convención constituyente debía ceñirse a los puntos sobre los cuales se había declarado la necesidad de reforma (art. 4) y que cualquier modificación que se apartara de dichos puntos era nula (art. 6). En una disposición separada esta ley enfatizó que la convención constituyente no podía modificar

ninguna disposición de la primera parte de la Constitución (art. 7). La reseña de estas disposiciones pone en evidencia que la ley 24.309 no autorizaba a la convención constituyente a modificar el régimen de reforma constitucional previsto en el art. 30 de la CN. Dicho régimen se encuentra regulado, por lo demás, en la primera parte de la Constitución, cuya modificación la ley 24.309 había prohibido explícitamente. Por ello, si la cláusula "en las condiciones de su vigencia" incorporada con la reforma de 1994 fuera entendida como lo hace la *tesis de la vigencia internacional*, entonces sería inválida (34), porque el constituyente habría modificado con ella el régimen de reforma constitucional, excediendo la competencia asignada por el Congreso Nacional. La tesis de la vigencia internacional no puede entonces ser una interpretación razonable de dicha cláusula, pues no es razonable dar a una norma un sentido que conduce a afirmar su invalidez. Con ello cae la pretensión de fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CorteIDH en el derecho interno.

La *tesis de las reservas*, por el contrario, no conduce a consecuencias de este tipo. Además, es absolutamente razonable que el constituyente haya querido mantener la eficacia de las reservas y declaraciones que había efectuado nuestro país al ratificar dichos tratados (35). Así, la reforma constitucional sólo ha *elevado* a rango constitucional ciertos tratados que ya formaban parte del derecho legal argentino "en las condiciones de su vigencia", esto es, tal como esos instrumentos regían en el derecho interno argentino en virtud de las reservas hechas en los términos de los arts. 19 y siguientes de la CV. La aceptación de la *tesis de las reservas* tiene, por otra parte, una consecuencia importantísima para el caso que estamos analizando. Si ella es correcta, entonces el constituyente habría reafirmado la vigencia de un principio de legalidad fuerte también con la constitucionalización de tales instrumentos internacionales, pues el Estado argentino había objetado el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en cuanto establecía un principio de legalidad débil. (36)

VIII. ¿Quién es la corte suprema? Con esta pregunta quiero introducir otro argumento en contra de un supuesto *vínculo* de los tribunales nacionales a las decisiones de la CorteIDH. La interpretación de la cláusula "en las condiciones de su vigencia" que hace la *tesis de la vigencia internacional* tiene también el efecto de convertir a la CorteIDH en una especie de Tribunal Supremo del sistema judicial interno, al menos en cuanto a la interpretación de la CADH. Si los tribunales internos *deben* seguir la interpretación que hace la CorteIDH de las disposiciones de la CADH, entonces la subordinación de los jueces internos -también los de la CSJN- a dicho tribunal internacional es evidente. Esta consecuencia presenta, sin embargo, serios problemas principalmente desde el punto de vista del sistema constitucional argentino.

En principio, las sentencias de la CorteIDH producirían un efecto desconocido hasta ahora en el ordenamiento jurídico argentino. Si la jurisprudencia de la CorteIDH fuera *obligatoria* para todos los tribunales nacionales, dicho tribunal internacional ejercería en los hechos una suerte de control de constitucionalidad abstracto y general -aunque limitado obviamente a los instrumentos internacionales constitucionalizados respecto de los cuales ella es competente (37)-. Según nuestro sistema de control de constitucionalidad cada juez es intérprete de la Constitución (control difuso) y la decisión sobre la adecuación constitucional de una ley vale únicamente para el caso concreto (control concreto). Es cierto que la propia CSJN ha reforzado el efecto de *sus* sentencias, imponiendo a los jueces inferiores el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de aquélla y, con ello, ha acercado, por vía de derecho judicial, el sistema de control de constitucionalidad concreto a uno abstracto. Pero, así y todo, las sentencias de la CSJN no son obligatorias en un sentido estricto, porque los jueces inferiores pueden apartarse de ellas si tienen razones para hacerlo, bastando con que expliciten tales razones. (38) Si los jueces internos no pueden apartarse de lo resuelto por la CorteIDH, ellas tendrían un efecto que no tienen siquiera las sentencias de la CSJN. Si esto fuera así, entonces un aspecto importante del sistema de control de constitucionalidad argentino habría sido cambiado.

Por otro lado, concebir a la CorteIDH como una especie de Tribunal Supremo de derecho interno supone una modificación del régimen de organización judicial establecido en la Constitución. El art. 108 CN establece que el poder judicial de la nación será ejercido por una Corte Suprema y por los demás tribunales inferiores establecidos por el Congreso Nacional y el art. 116 CN dispone que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la nación y por los tratados con las naciones extranjeras. Este modelo de organización judicial establece que son los tribunales que integran el poder judicial *de la nación* los que deben decidir *todas* las cuestiones referidas a la interpretación de la Constitución, de las leyes de la nación y *también de los tratados internacionales* y sitúa en la cúspide de la estructura judicial, como último intérprete de estas cuestiones, a la CSJN; esto rige, desde luego, *exclusivamente en relación con los procesos judiciales internos*. Este modelo *constitucional* de organización judicial no estaba incluido en el temario de la ley de necesidad de reforma de 1993 y, por ello, la Convención constituyente de 1994 no tenía competencia para reformarlo. Tampoco desde este punto de vista la interpretación que hace la *tesis de la vigencia internacional* de la cláusula "en las condiciones de su vigencia" es persuasiva.

En fin, concebir o tratar a la CorteIDH como una especie de Tribunal Supremo del sistema judicial interno supone también confundir el objeto del proceso internacional con el objeto de los diferentes procesos nacionales. Es suficiente aquí con poner en evidencia las diferencias -por lo demás obvias- entre el proceso internacional ante la CorteIDH y el proceso penal interno. El primero es un proceso efectuado por la comunidad interamericana contra un Estado que presuntamente ha violado compromisos internacionales con el objeto de decidir sobre la responsabilidad internacional de ese Estado. El segundo es un proceso efectuado por el Estado contra un individuo que presuntamente ha lesionado la ley penal

con el objeto de decidir sobre la responsabilidad penal de tal individuo. Es posible que ambos procesos tengan la misma base fáctica; por ejemplo, el homicidio de una persona por parte de un agente estatal. Pero ese hecho tiene en cada proceso un sentido jurídico diferente. El distinto objeto procesal y las distintas consecuencias que pueden derivarse de ambos procesos (sanción penal a un individuo o sanción internacional a un Estado) inciden sobre las reglas de prueba (39), el régimen de la acción (40) y la participación procesal. (41) Es precisamente el distinto objeto de estos procesos -fundado en una distinta significación jurídica del hecho- lo que lleva a concluir que la CorteIDH *no revisa* como un tribunal de última instancia las decisiones de la Corte Suprema nacional (42) y que la firmeza de la decisión del tribunal nacional es completamente independiente de la decisión de la CorteIDH (43). Por ello, una interpretación -como aquella que ofrece la tesis de la vigencia internacional- que convierte a la CorteIDH en una suerte de tribunal de última instancia del orden interno no parece muy convincente. La CorteIDH sólo tiene la última palabra sobre la interpretación de la CADH *en el proceso internacional*. La Corte Suprema nacional tiene, en cambio, la última palabra sobre la interpretación de la CADH *en los procesos judiciales internos*. Desde el momento en que la CADH ha sido incorporada al derecho interno, ella forma parte del cuerpo normativo que los tribunales nacionales deben tener en cuenta para fundar sus decisiones y, como he anticipado, según la Constitución argentina, son los jueces nacionales quienes deben decidir todas las cuestiones que versen sobre la interpretación del derecho en los procesos judiciales internos. (44)

IX. Las consideraciones efectuadas en los puntos anteriores ponen de manifiesto que tampoco es persuasivo el intento de fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CorteIDH con argumentos provenientes del derecho interno argentino, como lo es la *tesis de la vigencia internacional* ideada por la CSJN.

Pero todavía se puede decir algo más en contra de la aplicación de la *tesis de la vigencia internacional* al caso concreto que debía decidir la CSJN en la sentencia en comentario. Aun cuando la cláusula "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22 CN fuera interpretada tal como lo hace la *tesis de la vigencia internacional* y, en consecuencia, se considerara que los tribunales internos y demás poderes del Estado nacional están obligados por esa norma a seguir la interpretación que la CorteIDH hace de las disposiciones de la CADH, esa obligación sólo podría nacer *a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994*. (45) Pues sólo con esa reforma la CADH tuvo rango constitucional "en las condiciones de su vigencia" y, por ello, sólo a partir de ahí la *tesis de la vigencia internacional* podría fundamentar -para quien la considere correcta- una obligación constitucional de interpretar la CADH tal como lo hace la CorteIDH. En la época de la sanción de las leyes de Punto final y Obediencia debida no existía dicha cláusula (46). Por ello, respecto al periodo que transcurre desde la sanción de las leyes de Punto final y Obediencia debida hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1994 no es posible -ni aun cuando se tuviera por buena la tesis de la vigencia internacional- fundar una *obligatoriedad* de las sentencias de la CorteIDH que vaya más allá de lo que prevé la propia CADH.

El Procurador General en su dictamen en el caso en comentario sostuvo, sin embargo, que las leyes de Obediencia debida y Punto final son inválidas porque "a la época de su sanción se hallaban vigentes en el derecho interno normas de jerarquía superior, que vedaban al Congreso la posibilidad de dictar leyes cuyo efecto fuera impedir la persecución penal de graves violaciones a los derechos humanos". (47) Llegó a esta conclusión a través de una aplicación retroactiva a la época de la incorporación de la CADH en el derecho argentino (1984) de la jurisprudencia (desfavorable) de la CorteIDH en *Barrios Altos* (2001) y de la jurisprudencia de la CSJN en *Ekmekdjian* (1992) que había reconocido a los tratados internacionales rango superior a las leyes de la Nación. De este modo, para el Procurador, la CADH prohibía el dictado de leyes como las de Obediencia debida y Punto final ya antes de que éstas fueran sancionadas (aplicación retroactiva de la sentencia *Barrios Altos*) y dicha Convención tenía, también en esa época, rango superior a las leyes -aunque inferior a la Constitución- (aplicación retroactiva de la sentencia *Ekmekdjian*), por lo cual tales leyes no podían dejar sin efecto la prohibición de amnistiar derivada de la CADH (48). Esta argumentación es retomada, aunque sin tanta claridad, en la sentencia de la CSJN. (49)

El Procurador sostuvo que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia *desfavorable* de *Barrios Altos* no afecta el principio de legalidad. Esta afirmación, en principio correcta, tiene su fundamento en que la jurisprudencia no crea derecho, sino que sólo reconoce derecho preexistente. (50) Lo contrario implicaría equipar la jurisprudencia a la ley y, con ello, cuestionar el principio de división de poderes. Sin embargo, este argumento clásico pierde fuerza cuando se reconoce un rol muy amplio al derecho judicial, esto es, a la jurisprudencia creadora de derecho. Como pondré de resalto más adelante, el caso *Barrios Altos* es un claro ejemplo de este tipo de jurisprudencia. (51) Ante este panorama debería evaluarse si la protección de la seguridad jurídica no exige extender la aplicación del principio de legalidad a la jurisprudencia. (52)

Más allá de ello, es evidente que el Procurador General consideró que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia *Barrios Altos* a la época de la aprobación de las leyes de Punto final y Obediencia debida era *obligatoria* para el Estado argentino (y, en consecuencia, que, en esa época, ya existía una norma con el contenido: "está prohibido amnistiar graves violaciones de los derechos humanos"), pues en su dictamen hizo suya la posición de la CSJN según la cual toda la jurisprudencia de la CorteIDH es vinculante para el Estado argentino en virtud de la cláusula "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22 CN (tesis de la vigencia internacional) (53) e inmediatamente luego de esa afirmación agregó un pasaje muy similar al que antes he citado: "*Como lógica consecuencia de las afirmaciones precedentes* [en donde defiende la tesis de la vigencia internacional] resulta que para la época en

que fueron sancionadas las leyes de punto final y obediencia debida, normas de jerarquía supralegal prohibían el dictado de disposiciones cuyo efecto fuera impedir la investigación y eventual sanción de graves violaciones de los derechos humanos... y que, en esa medida, ambas leyes eran, ya por ese entonces, inconstitucionales" (54).

Pero, ¿era *obligatorio* interpretar la CADH según la jurisprudencia *Barrios Altos* a la época de la sanción de las leyes de Punto final y Obediencia debida? Como ya hemos visto, la tesis de la vigencia internacional -aquí rechazada- a lo sumo podría fundamentar -si se la considera correcta- una *obligación* de interpretar la CADH según la jurisprudencia de la CorteIDH respecto a hechos ocurridos *luego de la reforma constitucional de 1994*, pues dicha teoría se basa en la interpretación de una norma introducida con esa reforma. (55) La afirmación del Procurador de que las leyes de Obediencia debida y Punto final son inválidas porque a la "época de su sanción se hallaban vigentes en el derecho interno normas (...) que vedaban al Congreso la posibilidad de dictar leyes cuyo efecto fuera impedir la persecución penal de graves violaciones a los derechos humanos" no es correcta, pues con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1994 no existía la base normativa de la cual la CSJN deriva su *tesis de la vigencia internacional* y, por ello, no es posible predicar la *obligatoriedad* de la jurisprudencia *Barrios Altos* de la CorteIDH respecto a hechos anteriores a 1994. Brevemente: era posible aplicar retroactivamente la jurisprudencia *Barrios Altos* a la época de la incorporación de la CADH en el derecho argentino (1984), pero no fundamentar que, *ya en esa época*, existía un deber de interpretar la CADH tal como lo hace la CorteIDH; esto último puede predicarse -para quien considere correcta la tesis de la vigencia internacional- sólo a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional de 1994.

Tampoco cabe, por otra parte, una aplicación retroactiva de la *cláusula* "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22 CN, pues la disposición transitoria decimosexta a la Constitución de 1994 claramente estableció, como es por lo demás la regla en nuestro ordenamiento jurídico, la vigencia a futuro de la reforma constitucional. Nótese que aquí no estamos ya ante una hipótesis de aplicación retroactiva de jurisprudencia, sino ante la aplicación retroactiva de la norma jurídica en la que se basa la jurisprudencia de la CSJN para establecer la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CorteIDH.

En conclusión, en la época en que fueron aprobadas las leyes de Punto final y Obediencia debida no existía una obligación jurídica para ningún órgano del Estado argentino de seguir la jurisprudencia de la CorteIDH. La base normativa para sostener esa obligatoriedad sólo se crea luego de la reforma constitucional de 1994. Por ello, sólo si se aplica retroactivamente la misma Constitución de 1994 a la época en que fueron sancionadas las leyes citadas es posible sostener que la CADH *debía* ser entendida, ya a esa época, tal como la entiende el tribunal interamericano y esa obligatoriedad supone, por lo demás, aceptar la problemática *tesis de la vigencia internacional*. Sin embargo, la aplicación retroactiva de la Constitución de 1994 no estaba autorizada. En consecuencia, la CSJN *no estaba obligada* a aplicar la jurisprudencia *Barrios Altos* al evaluar si las leyes de Punto final y Obediencia debida se oponían, en el momento en que fueron aprobadas, a la CADH. La CSJN, sin embargo, *podía* recurrir a esta jurisprudencia para evaluar si esas leyes contradecían, ya desde el momento de su sanción, la CADH, siempre que hubiere considerado que tal jurisprudencia era *en sí misma* persuasiva, esto es, si la hubiere estimado una razonable interpretación de la CADH. Pero aquí ya no se trata de una obligación de seguir la jurisprudencia de la CorteIDH cualquiera que fuere, sino de la posibilidad de seguirla, si ella es convincente.

X. La conclusión anterior nos lleva a la siguiente pregunta: ¿es persuasiva la interpretación de la CADH que hace la CorteIDH en el caso *Barrios Altos*? Como ya he adelantado, en *Barrios Altos* la CorteIDH no constata una regla consuetudinaria sobre la prohibición de amnistiar crímenes internacionales, (56) sino que se limita a aprobar la solución amistosa a la que habían llegado las partes del proceso internacional (el Estado peruano y la ComIDH) (57) y a proporcionar una base normativa en la CADH para esa solución.

La CorteIDH deriva la prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos de los arts. 1.1, 8.1 y 25 de la CADH. El art. 1.1 prevé la obligación general de respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y de garantizar su libre y pleno ejercicio; el art. 8.1 establece el derecho de toda persona a un proceso equitativo y justo en causas criminales y en otros procedimientos que tengan por objeto la determinación de derechos u obligaciones (*fair trial*); y el art. 25 establece el derecho de la persona a la protección judicial, esto es, a un recurso efectivo ante los tribunales competentes frente a actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la ley, la Constitución o la Convención Americana. Visto el contenido de estas disposiciones, derivar de ellas una prohibición absoluta de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos es tan persuasivo como derivar del derecho a la propiedad el derecho a no declarar contra sí mismo. (58)

Es un principio hermenéutico ampliamente aceptado que la interpretación de derecho legislado debe partir de un texto y debe poder apoyarse en ese texto. (59) También la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -tantas veces citada por la CorteIDH en otros contextos- da prioridad a la interpretación textual como método de interpretación de los tratados internacionales ("sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado", art. 31.1). La conclusión de la prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos a la que llega la CorteIDH en *Barrios Altos* no tiene ninguna conexión con las disposiciones de la CADH que cita en sustento. Esa pretendida "interpretación" no es, en verdad, más que una pura reescritura de la norma. Por ello, no puede más que causar asombro la afirmación de la CorteIDH en *Barrios Altos* de que las leyes que amnistían graves violaciones de los derechos humanos "son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana". (60) Más sincera parece ser la ComIDH cuando, en el

mismo caso *Barrios Altos*, felicita al gobierno peruano por encontrar "soluciones creativas", refiriéndose especialmente a la propuesta de dicho Estado, efectuada en la audiencia pública en donde expresó su allanamiento, de "atacar la validez" de las leyes de amnistía. (61)

Lo dicho anteriormente es más que suficiente para demostrar que la interpretación de la CorteIDH en *Barrios Altos* no es por sí misma persuasiva (62) y, por ello, un tribunal nacional sólo debería seguirla si a ello estuviera obligado. Pero, como ya hemos visto, ni del derecho internacional, ni del derecho interno puede fundarse una obligación de aplicar la jurisprudencia *Barrios Altos* a las leyes argentinas de Punto final y Obediencia debida. Llama la atención, por ello, que la CSJN se base en esa jurisprudencia que no tiene un claro sustento en el texto de la CADH para restringir no sólo la facultad de amnistiar del Congreso de la Nación establecida en la Constitución, sino especialmente derechos fundamentales constitucionales de la persona.

XI. Pero, además, más allá de la cuestión de la fuerza vinculante o persuasiva de la jurisprudencia de la CorteIDH, su utilización presupone que entre el caso decidido por el tribunal internacional y el que debe decidir el tribunal interno exista tal similitud que las conclusiones del primero sean *claramente trasladables* al caso juzgado por el segundo. La CSJN debía, por ello, fundamentar cuidadosamente este punto. Las mayores referencias se encuentran en el voto del juez Petracchi. Petracchi reconoció que entre las leyes examinadas por el tribunal internacional y las que eran objeto de examen en la jurisdicción nacional existían diferencias; pero, en su opinión, tales diferencias eran "puramente anecdóticas". (63) Según su punto de vista, lo decisivo es que las leyes peruanas y las argentinas comparten la finalidad de "evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos" (64) y, por ello consideró absolutamente trasladable al caso argentino la jurisprudencia de la CorteIDH.

Sin embargo, como puso en evidencia el juez Fayt en su voto disidente, entre las leyes tenidas en mira por la CorteIDH y aquellas que eran objeto de examen por la CSJN existían diferencias tan importantes que la traslación de las conclusiones de *Barrios Altos* al caso argentino necesitaba de una fundamentación mucho más profunda. (65) Las diferencias son principalmente las siguientes. Primero, las leyes peruanas fueron dictadas a iniciativa del propio gobierno bajo cuyas órdenes se cometieron los crímenes (auto-amnistía con finalidad de auto-favorecimiento); las leyes argentinas, en cambio, fueron dictadas por el nuevo gobierno como parte de su política de pacificación del país (amnistía con finalidad de pacificación). Segundo, las leyes peruanas impidieron la persecución penal de todos los hechos cometidos durante la época por ellas comprendida (amnistía total); las leyes argentinas, en cambio, no vedaron por completo la persecución penal y, especialmente, no cubrieron a quienes habían tenido la mayor responsabilidad por los crímenes de aquel período y tampoco a aquellos que habían cometido crímenes desvinculados con los objetivos de la represión (amnistía parcial). Tercero, las leyes peruanas fueron adoptadas por el Congreso sin un previo debate público y casi sin debate parlamentario (ley sin debate público, ni parlamentario); las leyes argentinas, en cambio, fueron aprobadas por el Congreso de la Nación tras un amplio debate público y parlamentario, en donde participaron las diferentes fuerzas políticas de aquel momento (ley con debate público y parlamentario).

Por otra parte, de la argumentación de la CorteIDH en *Barrios Altos* no se concluye *necesariamente* que leyes como las argentinas debían ser valoradas de la misma manera que las peruanas. En efecto, un punto central de la argumentación de la CorteIDH reside en que las leyes peruanas eran leyes de auto-amnistía. (66) La sentencia *Barrios Altos* dejaba un margen para discutir si una ley de amnistía parcial, que no cubría a quienes habían tenido la mayor responsabilidad por los hechos, basada en motivos de pacificación, sancionada por un gobierno elegido democráticamente que no había participado en los crímenes, cumpliendo con todos los procedimientos constitucionales previstos para la sanción de una ley y en uso de una facultad explícita consagrada en la Constitución nacional, y que, además, había sido sometida al control de constitucionalidad a cargo de un poder judicial democrático e independiente (sentencia de la CSJN de 22 de junio de 1987 en el caso *Camps*), debía ser considerada inválida. Este punto requería de un estudio mucho más profundo y más cauteloso que el que le dio la CSJN, especialmente si se tiene en cuenta que la aplicación de la jurisprudencia *Barrios Altos* tenía como consecuencia dejar de lado normas fundamentales del derecho interno. La CSJN no explica por qué las diferencias entre ambos casos -que evidentemente existen- no debían jugar ningún papel en la decisión.

XII. Pero aun cuando se dejaran de lado todas las objeciones antes señaladas y se aplicara retroactivamente la jurisprudencia de los casos *Barrios Altos* y *Ekmekdjian* a la época de la incorporación de la CADH en el derecho interno, tampoco así se llegaría a la invalidez de las leyes de Obediencia debida y Punto final, pues de ese modo se podría fundar a lo sumo una regla *supra-legal* de prohibición de amnistiar graves violaciones a los derechos humanos, la cual quedaría, sin embargo, subordinada a la Constitución; (67) y el derecho constitucional argentino faculta -y también lo hacía en aquella época- al Congreso de la Nación a conceder amnistías generales *sin establecer ninguna restricción en cuanto a los delitos que pueden ser objeto de tales leyes* (art. 75 inc. 20; ex art. 67 inc.17).

Contra esto podría argumentarse que la facultad constitucional de amnistiar puede ser reglamentada. Sin embargo, una reglamentación razonable y legítima nunca podría eliminar del ámbito de aplicación de la norma constitucional los casos que constituyen su núcleo central y para los cuales esa disposición fue creada. La disposición constitucional que autoriza al Congreso de la Nación a dictar leyes de amnistía encuentra su principal razón de ser en el logro y mantenimiento de la paz social, condición indispensable para el desarrollo de cualquier forma elemental de convivencia social y, por ello, también condición esencial para que la vida en sociedad pueda desarrollarse bajo el *rule of law*. El instituto de la amnistía opera precisamente en situaciones límite de anormalidad en donde la propia supervivencia del Estado de derecho está comprometida. Su campo principal de aplicación es el de los crímenes políticos como la

persecución de la oposición política. En estos casos, el Estado resigna el objetivo de la persecución de los delitos en pos del fin más esencial de la conservación de la paz. Aunque es un instrumento en cierto modo triste, porque pone en evidencia que el Estado no puede hacer lo que debe hacer (esto es, aplicar el derecho penal frente a quien quiebra las normas penales) o puede hacerlo sólo con costos demasiado altos para un Estado liberal, la amnistía es una herramienta valiosísima para un Estado de derecho, pues protege la condición sin la cual éste no sería posible: la convivencia pacífica. (68) El logro del fin primordial del Estado como organización política (aseguración de la paz) necesita por lo general de la pena, pero a veces de la prescindencia de ella. La amnistía es, a su vez, indispensable al mismo derecho penal. Para que éste pueda cumplir su finalidad básica de asegurar la vida social pacífica, es necesario que exista un instrumento que autorice al Estado a prescindir de él cuando su utilización en lugar de asegurar la paz social, la ponga en juego. Así, es posible sostener que siempre que el derecho penal frustrate la finalidad básica que debe cumplir, entonces ya no está justificado. Por ello, una reglamentación de la facultad de amnistiar no puede frustrar ese *ratio*. La *prohibición absoluta* de dictar leyes de amnistía *en caso de graves violaciones de los derechos humanos* que la CorteIDH lee en la CADH desconoce la esencia de la regulación de la norma constitucional, pues excluye de ella los casos centrales para los que fue establecida.

XIII. Existe, en fin, otra objeción fundamental en contra de la solución a la que arriba la CSJN en *Simón*. La aplicación al caso argentino de la jurisprudencia del caso *Barrios Altos* no apoya, sin más, la conclusión a la que llega la CSJN. Que las normas de la CADH puedan o deban interpretarse según la jurisprudencia del caso *Barrios Altos* -lo que aquí se ha demostrado que es incorrecto-, *no significa que la solución final del caso deba coincidir con esa interpretación*. La CSJN también debería tener en cuenta *otras* normas de derecho interno, especialmente de rango constitucional, que podrían apoyar una solución diferente. Por ejemplo, debería analizarse si la reapertura de los procesos terminados con efectos de cosa juzgada (69) como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Punto final y Obediencia debida es posible sin afectar el *ne bis in idem* y la garantía de la cosa juzgada; en particular, debería preguntarse por la ultractividad de la *lex mitior* ilegítima. O bien, dentro del esquema de argumentación de la CSJN que hace depender la prohibición de amnistiar y otras consecuencias especiales de la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad debería evaluarse si el principio de estricta legalidad del art. 18 CN no se opone a la calificación de los hechos con base en la costumbre internacional. En fin, incluso si se considera aplicable la jurisprudencia de la CorteIDH, ella no autoriza por sí misma la desaplicación de normas constitucionales fundamentales del derecho interno. (70)

§ 3. Los problemas de la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad: la tensión entre el derecho consuetudinario y el principio de legalidad

XIV. El segundo grupo de problemas que abordaré se refiere a la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad. Como he adelantado, según la CSJN para la aplicación del *régimen jurídico especial* respecto al derecho penal normal (imposibilidad de amnistiar, imprescriptibilidad, etc.) era necesario que los hechos pudieran ser calificados como crímenes contra la humanidad. El primer problema que se presentaba a la CSJN era que el crimen contra la humanidad no estaba previsto en el derecho positivo argentino a la época de los hechos. En efecto, sólo varios años más tarde fueron ratificados por Argentina algunos tratados internacionales que contenían definiciones sobre este crimen y recién con posterioridad a la sentencia aquí comentada fue aprobada una ley interna que lo contempla. (71) Para sortear este obstáculo la CSJN recurrió a la costumbre internacional; sostuvo que el crimen contra la humanidad estaba previsto al momento del hecho en el derecho consuetudinario internacional y por ello la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad no violaba el principio de legalidad; (72) varios jueces sostuvieron, además, que el derecho de gentes en materia penal goza de rango constitucional en virtud del art. 118 CN. (73) Sin embargo, la CSJN no utilizó las disposiciones del derecho internacional consuetudinario para el *encuadre típico* de los hechos, ni para la determinación del *marco sancionatorio*. Más bien, ella efectuó una articulación normativa entre las disposiciones del derecho penal común y aquellas del derecho internacional. Las normas del derecho interno jugarían en el nivel de la tipicidad y en el sancionatorio (delitos de privación de la libertad y torturas previstos en los arts. 144 bis, inciso primero y último párrafo, 142 incisos primero y quinto y 144 ter párrafos primero y segundo, Código penal) y las del derecho internacional servirían para convertir a esos hechos en crímenes internacionales (en el caso concreto, en el crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas) y atribuirles las consecuencias que el derecho internacional establece para esta categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad, etc.). Es decir, la CSJN efectuó una *doble subsunción* de los hechos: una *subsunción primaria de tipificación y sanción* por las leyes locales y una *subsunción secundaria de cualificación* por las leyes internacionales consuetudinarias.

El razonamiento de la CSJN presenta numerosos problemas. En lo que sigue mostraré, por un lado, que, a pesar de lo que afirma la CSJN, el recurso a la costumbre internacional plantea serios problemas desde el punto de vista del principio de legalidad (punto XV) y, por el otro, que la afirmada costumbre internacional tampoco existía al momento del hecho, pues, primero, no había claridad sobre la definición del elemento de contexto del crimen contra la humanidad (punto XVI) y, segundo, el derecho internacional ni siquiera conocía en esa época el crimen de desaparición forzada de personas (punto XVII). Luego pondré de manifiesto que la CSJN ni siquiera ha intentado verificar tal costumbre, limitándose a afirmar dogmáticamente su existencia (punto XVIII). A continuación,

analizaré -y rechazaré- dos argumentos que están enunciados en la sentencia de la CSJN que, si hubieran prosperado, habrían podido obviar los problemas de legalidad que causa el recurso al derecho consuetudinario; primero, me referiré al argumento de la CSJN de que la previsión del delito de secuestro de personas en el Código penal con anterioridad al hecho es suficiente para satisfacer el principio de legalidad (punto XIX); después me ocuparé del argumento de que un tribunal interno al juzgar crímenes internacionales debe aplicar exclusivamente las reglas y principios del derecho penal internacional, sin estar vinculado a los principios del derecho constitucional argentino, y que esto es una exigencia de la Constitución argentina (punto XX). Finalmente, mencionaré dos aspectos que llaman la atención sobre el razonamiento de la CSJN respecto al principio de legalidad (punto XXI).

XV. A pesar de lo afirmado por la CSJN, la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad con base en el derecho consuetudinario es problemática para el principio de legalidad. Un principio de legalidad tan débil, concebido como mero *nullum crimen sine iure*, no satisface las exigencias del art. 18 CN. Esta disposición constitucional requiere una "ley anterior al hecho" y esa ley sólo puede ser aquella dictada por el Congreso de la Nación, que en el ordenamiento jurídico argentino es el único órgano autorizado a dictar leyes penales (art. 75 inciso 12 CN). De este modo, la misma Constitución argentina exige una ley formal del Congreso para satisfacer el principio de legalidad. Esta decisión del constituyente tiene un fundamento en el principio de división de poderes. Dado que el legislador representa la soberanía popular, el proceso de discusión y aprobación de las leyes en el Parlamento otorga a la norma legitimidad democrática. Si bien la aplicación de una norma consuetudinaria que efectivamente es sentida y practicada por la comunidad como norma vinculante de derecho podría en parte atenuar esta objeción, pues en ese caso podría argumentarse que es el pueblo quien, en cierto modo, *legisla directamente*, esto no ocurre cuando, como en el caso, se trata de una costumbre internacional, a cuya formación participan Estados y no individuos. Si es que existe algo parecido a un componente democrático en las normas creadas por prácticas de Estados -ya el nombre "democracia" como "gobierno del pueblo" no parece adecuado para describirlo-, es seguro que ello, sea lo que fuere, tiene un cariz muy diverso al de la norma consuetudinaria interna y aún más al de una norma del poder legislativo. (74) La singularidad de la sanción penal fundamenta claramente la necesidad de legitimidad democrática de la norma penal y, por ello, la necesaria intervención del parlamento. La aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en los derechos del ciudadano que la determinación de sus presupuestos de aplicación sólo puede ser efectuada por la instancia que más directamente representa al pueblo como titular del poder del Estado. (75) El reemplazo de una *ley formal del parlamento* por una *norma consuetudinaria identificada judicialmente* afecta el principio de división de poderes que es uno de los valores fundamentales que protege el principio de legalidad del art. 18 CN. Esta disposición exige un principio de legalidad fuerte y no uno débil como propone la CSJN. (76)

XVI. Por otra parte, en el momento de los hechos no existía -y posiblemente ni aún hoy exista- la claridad necesaria sobre la definición del crimen contra la humanidad como para poder afirmar que ya había una costumbre internacional. Basta echar una mirada a las diferentes formulaciones de este crimen en el derecho internacional para darse cuenta de que lo único cierto es que no hay certeza sobre cuáles son sus elementos constitutivos. Más allá de algunas variaciones en cuanto a las conductas individuales, el llamado elemento de contexto -cuyo acaecimiento convierte un crimen del derecho penal común en un crimen contra la humanidad y justifica, según el derecho internacional, el tratamiento diferencial- ha cambiado en casi todas las oportunidades en las que la comunidad internacional lo ha definido. (77) Con razón ha sido afirmado que de todas las formulaciones sobre el elemento de contexto del crimen contra la humanidad existentes a nivel internacional "el único denominador común es el hecho de que alguna clase de contexto ha sido requerido". (78) A lo sumo, se podría conceder que algo de certeza comienza a haber a partir de la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (79), pero, de todos modos, en cuanto a los hechos juzgados en la sentencia bajo análisis esta formulación no puede ser utilizada sin que se haga una aplicación retroactiva de la ley. (80) udinaria en muchos casos es la *lex certa* y no la *lex praevia*.l como es concebngun contexto!eEn resumidas cuentas, *se sabe que se requiere algo que vincule o cohesione a las conductas individuales -contexto-, pero no se sabe bien qué es lo que se requiere -qué tipo de contexto-*. Si esto es así, difícilmente pueda hablarse de costumbre internacional. En estas condiciones, sólo quien quiera asignarle al juez tareas propias de legislador y acepte un rol preponderante de este funcionario en la *creación* del derecho puede estar de acuerdo con que en el caso concreto el juez debe ocuparse de construir un tipo penal a partir de un cuadro normativo compuesto con variadas disposiciones en parte contradictorias y no siempre claras. A mi modo de ver, es un precio muy alto para la seguridad jurídica. El recurso a la costumbre internacional debería estar reservado para casos excepcionálísimos en donde ninguna duda exista acerca de la norma -con todos sus elementos- que se pretenda aplicar. La norma consuetudinaria debe ser algo evidente, algo, por decirlo de modo coloquial, que salte a la vista. Si un juez debe hacer trabajosas elucubraciones para saber cuál es la costumbre, entonces eso más bien indica que esa pretendida costumbre no existe. En otras palabras: una "norma" no escrita sólo puede ser *derecho* cuando es absolutamente cierta. (81) *No hay lugar para tipos vagos o abiertos de derecho consuetudinario, pues esa afirmación niega los presupuestos de existencia de la norma consuetudinaria*. Éste es el principal argumento en contra del recurso al derecho consuetudinario para fundar el crimen contra la humanidad. (82)

XVII. Llama la atención, por otra parte, la afirmación de la CSJN de que existía una norma consuetudinaria previa al hecho que prohibía el crimen de desaparición forzada de personas, (83) pues los primeros documentos de derecho internacional sobre este crimen son de fecha posterior a los hechos objeto del proceso aquí comentado. (84) Si los primeros rastros o elementos que pueden contribuir a

formar una costumbre internacional sobre la prohibición del crimen de desaparición forzada de personas son posteriores a noviembre de 1978, ¿cómo es posible sostener razonablemente que en esa época ya había costumbre? En verdad, la CSJN ha hecho aquí una aplicación retroactiva *in malam partem* de la norma penal.

XVIII. Pero la CSJN no ha siquiera intentado verificar tal costumbre, limitándose a hacer afirmaciones dogmáticas sobre su existencia. Son poquísimas las indicaciones en la sentencia a los elementos constitutivos del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de persona. La existencia de una costumbre internacional se tiene por verificada con la referencia a la *gravedad de los hechos* o, en el mejor de los casos, con la mención de *alguno* de los elementos requeridos por *alguna* de las diferentes tipificaciones internacionales del crimen contra la humanidad. La verificación de la costumbre es, sin embargo, un requisito insoslayable para la aplicación de la norma consuetudinaria, pues *el juez no crea derecho, sino que sólo reconoce derecho preexistente*. El juez cuando aplica derecho no escrito está obligado a demostrar exhaustivamente que la norma que invoca existe y por ello *la afirmación de que existe costumbre no puede reemplazar a su prueba*. Al no analizar con detalle *cuál* era el tipo de crimen contra la humanidad avalado por la costumbre internacional al momento del hecho, la CSJN utiliza a este concepto en un sentido no técnico como un sinónimo de hecho grave; esto es, como una *muletilla* que, con el solo hecho de ser invocada, produce el efecto mágico de derogar varios derechos fundamentales. El uso de un *concepto no técnico* de crimen contra la humanidad es, por otra parte, un rasgo saliente de la jurisprudencia argentina actual y la causa de su *desmedida expansión* a delitos que nada tienen que ver con ninguna de las definiciones que han existido en derecho internacional. (85)

XIX. La falta de verificación de la costumbre muy probablemente se deba a que, como hemos visto, en el momento del hecho no había ningún documento internacional sobre el crimen de desaparición forzada de personas y tampoco había completa claridad sobre los elementos particulares del crimen contra la humanidad. Muy probablemente también sea ésta la razón por la cual la CSJN -y en general la jurisprudencia argentina sobre este punto- recurre a la doble calificación de los hechos en normas internas -para seleccionar los requisitos del tipo y la clase y escala de la sanción- e internacionales -para cambiar el régimen penal normal por uno excepcional-.

En varias partes de la sentencia aquí analizada se encuentra el argumento de que el principio de legalidad ya queda satisfecho con la subsunción de los hechos en las normas del Código penal vigentes al momento del hecho. (86) En otras palabras, este argumento dice que sólo la subsunción por las leyes locales (aquí llamada *subsunción primaria de tipificación y sanción*) debería respetar el principio de legalidad, no así, en cambio, la subsunción bajo el derecho internacional (aquí llamada *subsunción secundaria de cualificación*). Si este argumento prosperase, perderían fuerza las objeciones al uso de la costumbre internacional antes efectuadas. Sin embargo, esta argumentación es incorrecta porque sólo produce una legalidad incompleta.

El principio de legalidad no queda completamente satisfecho con la existencia, previa al hecho, del delito de secuestro de persona, si luego se aplica a tal hecho las consecuencias especiales más gravosas del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas. El delito de desaparición forzada de personas requiere básicamente -según la definición de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994, pues al momento del hecho, como ya vimos, su definición era incierta (87)- que se den los siguientes elementos: la privación ilegítima de la libertad de una persona (primer elemento), efectuada por agentes del Estado o por personas con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado (segundo elemento), seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona (tercer elemento). Además, para que este delito constituya un crimen contra la humanidad tiene que haber tenido lugar en un determinado contexto de comisión, sobre cuyas características concretas, como hemos visto, no hay total claridad (cuarto elemento). El tipo de secuestro de personas del Código penal no contiene, sin embargo, todos los requisitos recién mencionados. No sólo no contempla algunos elementos del crimen de desaparición forzada (claramente, el tercer elemento), sino que, en particular, no se refiere al elemento de contexto, que es el que *convierte* a los hechos en crímenes de lesa humanidad y le otorga a este crimen el desvalor especial que justifica, según el derecho internacional, el tratamiento diferencial más gravoso. Si no es posible afirmar que todos los requisitos del crimen contra la humanidad de desaparición forzada existían y estaban precisamente determinados con anterioridad al hecho, entonces las consecuencias especiales que entraña dicha calificación no pueden aplicarse. Por ello, aun cuando no se pusiera en discusión el modelo de la doble calificación (88) y se considerara que el crimen contra la humanidad cumple exclusivamente una función de *cualificación* de una conducta cuyos requisitos de *tipicidad* y *sanción* se guían por la legislación interna, el juez no estaría exento del deber de comprobar que, en el momento del hecho, este crimen -icon especificación de todos sus requisitos!- efectivamente existía en el derecho internacional. (89)

XX. En la sentencia en comentario también se afirma que los crímenes internacionales se rigen por reglas propias de derecho internacional y no están vinculados a las restricciones del derecho constitucional argentino. Una clara afirmación en este sentido puede leerse en el voto del juez Maqueda: "*El castigo a ese tipo de crímenes [crímenes internacionales] proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos*"; y enseguida agrega que esto vale, entre otras cosas, para los aspectos relacionados con la "tipicidad" (90). Este argumento no sólo predica que en casos como el de la sentencia deben aplicarse directamente los tipos penales

del derecho internacional, sino también que respecto de estos crímenes no rige -entre otras cosas- el principio de legalidad del art. 18 CN (91); a lo sumo regiría un principio de legalidad *débil* de derecho penal internacional. El recurso exclusivo a las reglas y principios del derecho penal internacional cuando se juzgan en el país *delicta iuris gentium* sería incluso, según esa posición, una exigencia del art. 118 CN que incorporaría con rango constitucional todo el derecho de gentes en materia penal. (92)

En lo siguiente analizaré, por un lado, si del art. 118 CN es posible derivar que el derecho penal internacional tiene jerarquía constitucional en el ámbito interno y, por el otro, si los tribunales nacionales al juzgar crímenes internacionales deben aplicar exclusivamente normas del derecho penal internacional, dejando de lado principios básicos del ordenamiento interno.

La ubicación sistemática y especialmente el contenido de regulación del art. 118 CN no permiten sostener plausiblemente que dicha disposición reconozca rango constitucional al derecho de gentes en materia penal. El art. 118 CN, disposición ubicada en la parte referida a las atribuciones del poder judicial, por un lado, establece el juicio por jurados como forma constitucionalmente válida de realización de los procesos criminales; y, por el otro, regula los principios con base en los cuales se determina el lugar de juzgamiento de los casos penales. Cuando el hecho sea cometido dentro del territorio nacional, el juicio "se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito" (principio del *forum commissi delicti*). Pero cuando el delito "se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio". Sólo de manera fugaz y sólo en la medida en que establece una limitación al principio del *forum commissi delicti* el artículo se refiere a los delitos contra el derecho de gentes, consagrando, por otra parte, a su respecto, el principio de jurisdicción universal. Ninguna parte de la disposición establece que los delitos contra el derecho de gentes tengan rango constitucional -y menos aún que lo tenga todo el derecho penal internacional-. Si la mera mención que hace esa disposición a los delitos contra el derecho de gentes bastara para conceder rango constitucional a esos delitos y en general al derecho penal internacional, entonces la alusión a los "delitos" que hace esa misma disposición cuando regula el principio del *forum commissi delicti* para los hechos cometidos dentro del territorio nacional también debería bastar -si se sigue el mismo criterio- para conceder tal jerarquía a los delitos comunes y al derecho penal común; una interpretación simplemente absurda. En ambos casos, la referencia a delitos cometidos dentro o fuera del país tiene por única finalidad establecer el principio que regirá el lugar de celebración del juicio. El art. 118 CN menciona a los delitos contra el derecho de gentes cuando se refiere a los delitos cometidos fuera del territorio nacional, pues sólo respecto de esos delitos se aplica el principio de jurisdicción universal. Por estas razones, la referencia a los delitos contra el derecho de gentes en el art. 118 CN no dice nada sobre el rango del derecho penal internacional. (93) De esa disposición lo único que puede derivarse es que ese derecho es aplicable por los jueces de la Nación.

Pero aun cuando se reconociera rango constitucional al derecho penal internacional a través del art. 118 CN, ello no autorizaría a no aplicar el principio de legalidad penal previsto en el art. 18 CN. En ninguna parte del art. 118 CN se establece que los tribunales nacionales cuando juzguen hechos calificables como crímenes internacionales deban utilizar exclusivamente las normas del derecho internacional o puedan dejar de lado principios básicos del ordenamiento interno. (94) En todo caso, las normas y principios del derecho penal internacional deberían compatibilizarse con los principios, derechos y garantías que ya existen en la Constitución. Si una norma de derecho interno otorga mayor protección que una internacional -como es el caso de un principio de legalidad fuerte frente a uno débil-, entonces ella debe ser aplicada. De este modo, los principios del derecho internacional deberían encontrar un límite allí donde afecten derechos fundamentales reconocidos a los individuos por el ordenamiento interno. El derecho internacional e interamericano avalan la conclusión de que una norma de derecho internacional no puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido en el ordenamiento interno. (95)

XXI. Para finalizar quiero poner de resalto dos aspectos que llaman la atención del razonamiento de la CSJN respecto al principio de legalidad penal.

Primero, es llamativo que la CSJN invoque el derecho penal internacional para afirmar un principio de legalidad muy débil (aceptación de costumbre como fuente creadora de delito) sin mencionar siquiera que el más reciente derecho penal internacional aplicado por la comunidad internacional tiende hacia un principio de legalidad más fuerte. La regulación expresa de este principio (arts. 22 a 24) y el establecimiento de un sistema de fuentes que relega a la costumbre internacional a fuente secundaria (art. 21) en el ECPI -ya vigente a la época de la decisión aquí comentada- es un claro indicador en este sentido. Que el derecho penal internacional actual, al menos el consagrado en el Estatuto de Roma, no permite juzgar crímenes internacionales con base en la costumbre, es confirmado, por otra parte, por dos recientes decisiones de la Corte Penal Internacional. La Sala de Cuestiones Preliminares I de ese tribunal en su decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007 en el caso *Lubanga Dylo* sostuvo que no se infringe el principio de legalidad si el tribunal ejercita su poder de juzgar sobre la base de una ley escrita (*lex scripta*), vigente con anterioridad al hecho (*lex praevia*), que define claramente la conducta prohibida (*lex certa*) y que no es aplicada analógicamente *in malam partem* (*lex stricta*), señalando, con ello, los cuatro componentes usualmente adscritos al principio de legalidad en el ámbito de los países de tradición romano-germánica. (96) En la decisión de 4 de marzo de 2009 sobre la petición de orden de arresto contra el presidente de Sudán *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, la Sala de Cuestiones Preliminares I señaló que la utilización de las fuentes del derecho del art. 21(1)(b) ECPI -disposición que recogería implícitamente a la costumbre internacional- procede únicamente cuando el Estatuto, los Elementos de los Crímenes, y las Reglas de Procedimiento y Prueba no regulan una materia

y puede establecerse en ese caso la existencia de una laguna y cuando esa laguna no puede llenarse con las reglas de interpretación previstas en los arts. 31 y siguientes de la Convención de Viena (97), con lo cual relegó el uso de la costumbre a casos muy excepcionales -hipótesis que no se configuraría en relación con los crímenes internacionales en atención a su regulación en el Estatuto y en los Elementos de los crímenes-. Si bien estas decisiones son posteriores a la sentencia en comentario, sus enunciados se derivan ya claramente de la letra del ECPI que sí existía al momento de esa sentencia.

Segundo, también llama la atención que la CSJN tan preocupada, como hemos visto, en seguir las decisiones de la CorteIDH haya olvidado que la propia CorteIDH en numerosas sentencias ha asignado al principio de legalidad un valor fundamental al punto de invalidar procesos seguidos en aplicación de leyes no absolutamente precisas. (98) Además, la misma CorteIDH ha señalado -en ocasión de pronunciarse sobre el alcance del principio de legalidad- que, de conformidad con el artículo 29.b CADH, si la ley de un Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud algún derecho o libertad, dicho Estado deberá aplicar la norma que brinda la mayor protección al individuo. (99)

§ 4. Consideraciones finales

XXII. La sentencia de la CSJN en el caso *Simón* es sólo un ejemplo, aunque quizás el más claro, del tinte represivo que está tomando la jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Siguiendo en gran medida criterios elaborados por la CorteIDH, la jurisprudencia argentina está creando cada vez con mayor intensidad un *derecho penal diferenciado para las violaciones de los derechos humanos*, esto es, un derecho penal que corre por carriles diferentes a los del derecho penal normal y que se caracteriza por la restricción de derechos del autor o imputado y, paralelamente, el aumento de los derechos de la víctima.

Con el pretexto de la *gravedad de los hechos*, este derecho penal diferenciado ha abandonado una buena parte de las garantías liberales que servían de límite frente al poder penal del Estado. En este derecho penal de excepción no existe la prescripción, no son admisibles las disposiciones de amnistía, los indultos y otras exenciones similares de la responsabilidad penal, no opera irrestrictamente la cosa juzgada (*ne bis in idem*) y no rige el principio de legalidad o, cuando sí lo hace, este principio es concebido de una manera tan débil que para su satisfacción basta con una norma consuetudinaria previa al hecho (*nullum crimen sine iure*). En este derecho penal paralelo se han hecho valer incluso criterios excepcionales para restringir la libertad de imputado durante el proceso. (100).

Estas consecuencias principales están acompañadas, por un lado, con un aumento de las atribuciones y posibilidades de intervención de la víctima en el proceso y, por el otro, con una expansión del concepto de víctima (admisión como parte querellante de organismos no gubernamentales o de dependencias estatales relacionadas con temas de derechos humanos, como la Secretaría de Derechos Humanos) (101). También estas consecuencias ulteriores influyen sobre los derechos del imputado. El aumento de los derechos de la víctima implica automáticamente una merma en los derechos del imputado y la multiplicación de partes querellantes -con amplios recursos económicos y de personal- es problemática al menos para el principio de la igualdad de armas.

El rumbo que está tomando la jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos es preocupante. La erosión de la legalidad penal, el sobredimensionamiento de los derechos de la víctima a costa de la posición del imputado, el debilitamiento de la cosa juzgada, la inflación de ciertos conceptos con gran fuerza expresiva o simbólica utilizados como muletillas para justificar derogaciones de derechos y, en fin, por sobre todas las cosas, el retorno, enmascarado bajo el lema de la protección de los derechos humanos, del viejo principio *in atrocissima licet iudici iura transgredi* deberían preocupar a todos quienes crean en que el poder penal debe ser un poder limitado por reglas jurídicas.

La historia del derecho nos puede advertir sobre las nefastas consecuencias a las que condujo un juez desvinculado de la ley, el desprecio del principio de legalidad y el debilitamiento de reglas básicas de garantía en razón de la gravedad del delito. No hace falta siquiera remontarnos al irracional sistema vigente en los tiempos del *ius commune*, basado en el *arbitrium iudicis*, contra el cual alzaron la voz los autores ilustrados y liberales en su lucha por la certeza del derecho. (102) Las mayores experiencias totalitarias del siglo pasado nos enseñan sobre los riesgos de confiar poco en el principio de legalidad y mucho en jueces creativos que obedecen a la razón de Estado imperante. El nazismo desconfiaba del principio de legalidad penal y por ello una de las primeras medidas de política criminal que llevó a la práctica fue la modificación del § 2 del Código penal alemán para permitir la analogía y autorizar la punibilidad de conductas no previstas en la ley penal, pero merecedoras de pena según el "sano sentimiento del pueblo" (*gesundes Volksempfinden*). (103) El recurso al "sano sentimiento del pueblo" como base para la creación judicial del derecho penal por parte del nazismo no dista mucho del uso de la "conciencia jurídica universal" por parte de los autoproclamados defensores de los derechos humanos. (104) La única diferencia entre una y otra fórmula está en que en el primer caso el juez "encuentra" el derecho en la "voluntad del pueblo nacionalsocialista caracterizada por la voluntad del *Führer*" (*Führerprinzip*) (105) y en el segundo en la ley de la humanidad no escrita en ninguna parte. La diferencia está en la ideología, no en el método. ¿Qué facultades sobrehumanas tendrán tales intérpretes que les permite ver allí donde nada hay? ¿O es que se trata de hombres elegidos por el sentimiento popular o por la propia naturaleza humana para revelar sus leyes ocultas a los demás mortales? Del "sano sentimiento del pueblo" como de la "conciencia jurídica universal" sólo se puede obtener lo que el intérprete *quiere* obtener. La seguridad jurídica se pierde en pos de una idea de justicia sustancial fundada en lo que los jueces creen que es sano para el sentir del pueblo o justo para

la humanidad. En ambos casos, el principio democrático -que da fundamento al principio de reserva de ley según el cual únicamente el Parlamento está autorizado a crear delitos y penas- cede ante un puro decisionismo judicial. La cuestión no puede plantearse en términos más claros que en una controversia entre democracia *versus* autoritarismo.

El paralelismo de métodos entre regímenes totalitarios como el nazista y el iusnaturalismo desenfrenado de quienes creen defender los derechos de la humanidad lesionando derechos esenciales del hombre (106) plantea una seria señal de alarma. Cualquiera con un poco de sentido común exclamaría al instante: *¡si esto es así, no puede estar bien!* Me es difícil entender que los jueces de tribunales de altísima jerarquía no vean esto. Me preocupa pensar que algunos prioricen la ideología o la razón de Estado a las reglas del derecho, pues ello indicaría que la historia no nos ha enseñado nada. En el título me referí a una cara represiva de la jurisprudencia argentina; no mentiría quien la llame jurisprudencia autoritaria.

A esta tendencia de la jurisprudencia argentina ha contribuido en gran medida la jurisprudencia de la CorteIDH, que, en los últimos tiempos, buscando acercar el derecho internacional de los derechos humanos al derecho penal internacional, ha terminado por convertirse en una suerte de Tribunal penal de última instancia; y por cierto, un tribunal muy amante de las soluciones penales. *Barrios Altos, Bulacio, Almonacid Arellano, La Cantuta* son ejemplos de esta jurisprudencia represiva. La CorteIDH da malas lecciones y nuestra CSJN las sigue ciegamente con el pretexto de la "aplicación obligatoria". Creo que la CSJN y los tribunales en general deberían preocuparse más en respetar la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos que en evitar el riesgo de responsabilidad internacional del Estado. Si el poder judicial es uno de los poderes del Estado, lo es precisamente para respetar las leyes y ante todo las supremas.

Ninguna razón de Estado -ni siquiera si simpatizamos con ella- debería poder derribar ciertas barreras de contención ideadas para la protección del *individuo* frente al avance del poder punitivo estatal. Un derecho penal con diferentes carriles, uno para el derecho penal normal y otro para el derecho penal internacional o de los derechos humanos, se acerca peligrosamente a un derecho penal para enemigos. Para varios tribunales argentinos, incluida la CSJN, y para la CorteIDH *la protección penal de los derechos humanos pesa más que la protección de los derechos humanos frente al derecho penal*. Y esta es una conclusión que cualquiera que realmente crea en las virtudes de un Estado de derecho no puede más que lamentar.

Soy plenamente consciente de que en este trabajo he sostenido tesis muy impopulares para los tiempos que corren en que muchos derechos humanos y constitucionales de la persona sometida al poder estatal son avasallados, paradójicamente, en nombre de los derechos humanos. Estoy absolutamente convencido, sin embargo, de hacer lo correcto. La fortaleza de un Estado liberal y constitucional de derecho reside en el respeto, sin excepción, de aquellos valores esenciales del hombre -por los que otrora tanto lucharon los pensadores iluministas- consagrados como derechos fundamentales en las constituciones. Estos derechos son consagrados, por igual, para todos los seres humanos, sin distinción de la gravedad de los hechos por éstos cometidos. Los crímenes cometidos por los funcionarios estatales durante la dictadura militar que ocupó *de facto* el poder entre los años 1976 y 1983 son, sin duda, los más repugnantes y odiosos que se hayan cometido en la República Argentina y, como tales, merecen mi más profundo repudio moral. La gravedad y atrocidad de esos hechos es indiscutible. Creo, sin embargo, que incluso estas personas deben gozar de todas las garantías previstas en la Constitución para la *legítima* aplicación del poder punitivo. Ésta es la grandeza de un Estado liberal de derecho: defender y afirmar sus postulados esenciales incluso frente a quienes son considerados enemigos, opositores o terribles delincuentes. Creo, en fin, que la creación de un derecho de excepción -anulando derechos fundamentales del ser humano garantizados en la Constitución- sólo perjudica la construcción de un verdadero Estado liberal y constitucional de derecho.

Notas

. Este trabajo fue escrito para el libro homenaje a Eberhard Struensee y está dedicado a ese queridísimo profesor.

*. Profesor de derecho procesal penal de la Universidad Torcuato Di Tella y Profesor (visitante) de derecho penal internacional y sistema interamericano de protección de derechos humanos de la Universidad de Trento, Italia.

1. Ley 23.492, publicada en el Boletín oficial el 29 de diciembre de 1986.

2. Ley 23.521, publicada en el Boletín oficial el 9 de junio de 1987.

3. La decisión fue adoptada por mayoría de siete votos contra uno. Las decisiones de la CSJN se adoptan por mayoría absoluta tanto en la solución del caso, como en los fundamentos (art. 23 decreto ley 1285/58). Dado que en el presente caso todos los jueces expresaron su opinión por voto separado y que no todos los argumentos de los jueces son exactamente iguales, sobre algunas cuestiones es difícil establecer si efectivamente hubo mayoría. Con todo, en las cuestiones fundamentales sí la hubo. La conclusión citada en el texto corresponde a los puntos 1 y 3 de la parte resolutive de los votos de los jueces Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti. El punto 1 se refiere a inconstitucionalidad de las leyes mencionadas y confirma la sentencia de la Sala II de la Cámara

Federal de la Ciudad de Buenos Aires de 9 de noviembre de 2001. El punto 3 declara que tales leyes carecen de efectos jurídicos, así como todos los actos fundados en ellas que puedan oponerse al avance de los procesos. La jueza Argibay también declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto final y Obediencia debida (punto resolutivo sin número), pero no su invalidez. El juez Boggiano declaró la inaplicabilidad de estas leyes a los hechos juzgados -los hechos, en su opinión, no caían dentro del ámbito de aplicación de dichas leyes- y sólo subsidiariamente su inconstitucionalidad parcial (parte resolutive y considerando 50); tampoco este juez declaró la invalidez de las leyes. La sentencia también declaró la validez de la ley 25.779 que había declarado insanablemente nulas a las leyes de Punto final y Obediencia debida, cfr. el punto 2 de la parte resolutive de los votos de los jueces Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti. La jueza Argibay no se refiere al asunto y el juez Boggiano consideró que no correspondía expedirse sobre el punto. El juez Fayt, en cambio, votó en disidencia y sostuvo que las leyes de Punto final y Obediencia debida son constitucionales, tal como había hecho al votar en la sentencia *Camps* de 1987 respecto de la última de las leyes mencionadas.

4. Los argumentos del derecho constitucional argentino -con esto me refiero a aquellos argumentos aparecidos en la discusión jurídica argentina a finales de la década del ochenta- jugaron un papel muy reducido o incluso ningún papel en los votos de la mayoría. El juez Petracchi, que en el caso *Camps* de 1987 había votado a favor de la constitucionalidad de la ley de Obediencia debida, se vio forzado a explicitar las razones de su cambio de postura; al respecto, el juez señaló que su cambio de parecer se debe a que con posterioridad a la decisión en *Camps* el Estado argentino asumió compromisos frente al derecho internacional que le impiden ahora renunciar a la persecución penal en caso de delitos contra la humanidad (considerandos 14 y ss). En este trabajo no me ocuparé de los posibles argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la ley de Obediencia debida fundados exclusivamente en el derecho constitucional argentino, pues ellos ya han sido ampliamente discutidos por la doctrina y la jurisprudencia. Para el análisis de estos argumentos remito, además de a la sentencia de la CSJN de 22 de junio de 1987 en el caso *Camps*, a M. Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988 y M. Sancinetti, M. Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Buenos Aires, hammurabi, 1999.

5. Parágrafo 41.

6. Parágrafo 44.

7. El criterio de las "graves violaciones de los derechos humanos" acuñado en *Barrios Altos* fue modificado en decisiones posteriores. Así, en el caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, la CorteIDH habló de meras "violaciones de derechos humanos" (parágrafo 116), en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, por el contrario, exigió el criterio más estricto de "crímenes de lesa humanidad" (parágrafos 96 ss), en el caso de la *Masacre de la Rochela contra Colombia*, sentencia del 11 de mayo de 2007, volvió al concepto de "graves violaciones de los derechos humanos" (parágrafo 292) y finalmente en el caso *Albán Cornejo contra Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, requirió "muy graves violaciones de los derechos humanos" (parágrafo 111).

8. Voto del juez Petracchi, considerando 24 (sin bastardilla en el original).

9. Voto del juez Boggiano, considerando 15 (sin bastardilla en el original).

10. Voto del juez Lorenzetti, considerando 17 (sin bastardilla en el original).

11. Voto del juez Zaffaroni, considerando 14 (sin bastardilla en el original).

12. Voto del juez Petracchi, considerando 24 (sin bastardilla en el original).

13. Voto del juez Lorenzetti, considerando 23 (sin bastardilla en el original).

14. Voto del juez Zaffaroni, considerando 26 (sin bastardilla en el original).

15. Voto del juez Zaffaroni, considerando 14 (sin bastardilla en el original) y voto del juez Lorenzetti, considerando 25 (sin bastardilla en el original).

16. Voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 29 (sin bastardilla en el original).

17. Categórico sobre una prohibición de derecho internacional de dictar leyes de amnistía en caso de crímenes internacionales, aunque no documenta esta afirmación, es el juez Zaffaroni: "...es claro que las leyes que se pretenden anular chocan frontalmente con la ley internacional. Pueden citarse varios textos incorporados a nuestra Constitución en función del inc. 22 del art. 75, pero basta recordar la mencionada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 14 de marzo de 2001 ..." (considerando 26). Sin embargo, hasta donde pude investigar ningún tratado incorporado a la Constitución argentina por medio del art. 75 inc. 22 CN a los que hace referencia el juez Zaffaroni prohíbe el dictado de amnistías. En el derecho internacional contractual, el art. 6.5 del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 establece incluso que después de cesado el conflicto armado interno las autoridades en el poder procuren conceder una "amnistía lo más amplia posible". Por otra parte, tampoco el derecho consuetudinario internacional contiene una regla que prohíba el dictado de leyes de amnistía en caso de crímenes de derecho internacional. En particular, la práctica de los Estados, uno de los requisitos indispensables para la afirmación de una norma consuetudinaria, no puede considerarse verificada más allá de toda duda. Elementos para la afirmación de una regla en tal sentido comienzan, sin embargo, a aparecer en el terreno internacional; así,

especialmente en la jurisprudencia de la ComIDH (por ejemplo, en el Informe 28/92 respecto de Argentina), de la CorteIDH (en el caso *Barrios Altos* ya citado y otros posteriores), del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY, *Prosecutor v. Furindzija*, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrafo 155 -referido exclusivamente al crimen de tortura-), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el caso *Abdülşamet Yaman v. Turkey*, sentencia del 2 de noviembre de 2004, párrafo 55 -referido exclusivamente al crimen de tortura-) y también de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL, *Prosecutor v. Callón and Kamara*, decisión de 13 de marzo de 2004, párrafos 84, 71, 73, 88). Este último Tribunal se basó en el art. 10 del Estatuto que regula su actuación, el cual prohíbe expresamente amnistiar crímenes internacionales. Pero estos primeros elementos todavía no se han consolidado en una regla consuetudinaria, especialmente porque en numerosos conflictos actuales la amnistía sigue jugando un papel importante, en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales está prevista y en muchísimos Estados las amnistías aplicadas no han sido cuestionadas. Por otro lado, la misma Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha tomado parte en los últimos años en varias negociaciones de paz que culminaron con una amnistía. Pero, dejando de lado la cuestión de si es posible afirmar hoy una regla consuetudinaria en tal sentido, es seguro que ningún elemento indica su existencia en el momento en que las leyes de Punto final y Obediencia debida fueron dictadas.

[18.](#) Sin bastardilla en el original.

[19.](#) Cfr. el párrafo 44 y el punto 4 de la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo de 14 de marzo de 2001 y también el párrafo 18 y el punto 2 de la parte resolutive de la sentencia interpretativa de 3 de septiembre de 2001, ambas en el caso *Barrios Altos*.

[20.](#) Al extender los efectos de la decisión más allá del caso concreto la CorteIDH se atribuye el juzgamiento de casos sin que estén dados los requisitos que habilitan su jurisdicción y, al hacer eso, lesiona el art. 61 de la CADH. Resumidamente, para que un caso pueda arribar a la CorteIDH es necesario que, con anterioridad, una petición o comunicación haya sido presentada ante la ComIDH cumpliendo con todos los requisitos de admisibilidad señalados en los arts. 46 y 47 CADH, que se haya culminado el procedimiento ante la ComIDH sin una solución amistosa y que la ComIDH o el Estado en cuestión hayan decidido presentar el caso ante la CorteIDH. Por otra parte, -y ésta es una objeción general a la sentencia- la CorteIDH también ha excedido su jurisdicción al declarar que las leyes analizadas carecen de efectos jurídicos en el derecho interno peruano, pues ella sólo está habilitada para declarar la incompatibilidad de leyes o prácticas con la CADH. De acuerdo con el art. 62.1 de la CADH la competencia de la CorteIDH se extiende únicamente a la interpretación y aplicación de la CADH.

Por otra parte, al sostener esa posición la CorteIDH deja de lado su opinión anterior según la cuál los órganos del sistema interamericano no tienen facultades para declarar que una ley nacional no tiene efectos jurídicos en el ámbito interno, pudiendo solamente constatar si dicha ley lesiona compromisos internacionales. Así, en la Opinión Consultiva 13/93 de 16 de julio de 1993 - solicitada por la República Argentina y la República Oriental del Uruguay- sobre "Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" la CorteIDH señaló: "Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para "formular recomendaciones [. . .] a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales" (art. 41.b) (destacado de la Corte) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención "con arreglo a sus procedimientos constitucionales" (art. 2) (destacado de la Corte), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas". (párrafo 29). Al decidir la cuestión planteada la CorteIDH dijo: "la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella, pero no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado..." (punto 1 de la decisión). Posteriormente, en la Opinión Consultiva 14/94 de 9 de diciembre de 1994 -solicitada por la ComIDH- sobre "Responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" la CorteIDH tuvo que decidir cuáles son los efectos jurídicos de una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la CADH. Allí la Corte dijo: "Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas [se refiere a las medidas que debe tomar un Estado para hacer efectivos los derechos consagrados en la CADH según el art. 2 de esa Convención], con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención" (párrafo 33). Y enseguida agregó: "La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho" (párrafo 34). Cfr. también la nota 43.

[21.](#) El art. art. 68.1 CADH es claro en cuanto a que las sentencias contenciosas de la CorteIDH son obligatorias únicamente con el alcance limitado señalado en el texto; esto es, ellas sólo son obligatorias para el Estado que intervino en el proceso internacional en el cual se dictó la decisión y sólo en ese caso concreto. La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) contiene una disposición casi idéntica a la americana. El art. 46.1 CEDH establece: "Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar

las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". Esta disposición es interpretada por los tribunales constitucionales de países europeos en el sentido de que una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sólo obliga al Estado involucrado en el caso concreto en que se dictó la decisión. Cfr., tan sólo, la importantísima sentencia del 14 de octubre de 2004 del segundo senado del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, 2 BvR 1481/04) que negó cualquier efecto jurídico vinculante a las sentencias del TEDH dictadas en casos en que el Estado alemán no fue parte del proceso internacional, apoyándose en el claro texto de la CEDH. En consecuencia, no existe un deber general de cumplir una sentencia de la CorteIDH que vaya más allá de lo acordado por los Estados en la CADH. De otro modo: de la CADH no surge que los Estados se hayan comprometido a seguir la jurisprudencia de la CorteIDH dictada en cada una de sus sentencias. Por otra parte, la obligación de acatar las decisiones de un tribunal regional de derechos humanos -la CorteIDH o el TEDH- en los casos en que el Estado ha sido parte del proceso internacional concreto no es, por otra parte, ilimitada, cfr. al respecto las consideraciones efectuadas en la nota 43 y en el texto correspondiente.

Tampoco las recomendaciones de la ComIDH efectuadas en los informes de los arts. 50 o 51 CADH son obligatorias para los Estados. El término "recomendaciones" -contenido en los artículos 50.3 y 51.2 CADH- no implica, según su sentido corriente, la obligación de seguir el consejo y de conformidad con el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV) los términos de un tratado deben interpretarse, ante todo, según su sentido corriente. La jurisprudencia de la CorteIDH ha confirmado esta posición (cfr., entre otras, la sentencia de fondo de 8 de diciembre de 1995 en el caso *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*, parágrafo 67). En decisiones más recientes, la CorteIDH ha establecido que los Estados deben considerar o tener en cuenta ("*atender*") y esforzarse por aplicar y cumplir ("*realizar los mejores esfuerzos*") tales recomendaciones (cfr. entre otras, la sentencia de fondo de 17 de septiembre de 1997 en el caso *Loayza Tamayo contra Perú*, parágrafo 81), pero nunca ha afirmado un deber de acatar tales recomendaciones, esto es, que ellas tengan efecto vinculante. Esta última jurisprudencia parece fundamentar un 'deber de considerar' una recomendación de la ComIDH, lo que, obviamente, es algo muy distinto a un 'deber de acatar' tal recomendación. Que las recomendaciones de la ComIDH carecen de efecto vinculante lo confirma claramente un argumento que surge de la propia sistemática de la CADH. Si las recomendaciones de la Comisión fueran obligatorias para los Estados parte, entonces ningún sentido tendría el art. 51.1 CADH en cuanto permite a la ComIDH someter un caso ante la CorteIDH: ¿qué sentido tendría que la ComIDH pudiera someter un caso a conocimiento de la CorteIDH si sus recomendaciones ya tuvieran los mismos efectos vinculantes que las sentencias contenciosas de este tribunal? Una interpretación que pretendiera asignar efecto vinculante a las recomendaciones de la ComIDH emitidas en un informe en los términos de los arts. 50 y 51 CADH vaciaría de sentido a la disposición que permite a la ComIDH someter un caso a conocimiento de la CorteIDH, convirtiendo, en los hechos, a la instancia frente al Tribunal interamericano en una suerte de etapa recursiva para el Estado en caso de una decisión adversa de la ComIDH. Por esta razón, tampoco es vinculante la recomendación relacionada con las leyes de Punto final y Obediencia debida que la ComIDH efectuara al Estado argentino en el Informe 28/92 de 2 de octubre de 1992 (Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311). En este Informe, la ComIDH consideró que las leyes de Punto final y Obediencia debida y el decreto 1002/89 eran incompatibles con la CADH y, en consecuencia, recomendó al Estado argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar" (puntos 1 y 3 de la parte resolutive). En cuanto a este informe lo que habría que preguntarse es: ¿por qué la ComIDH ante la falta de reacción del Estado argentino no sometió el caso ante la CorteIDH con el fin de lograr una solución, ésta sí vinculante, de ese órgano internacional? La respuesta, al menos por mi parte, sólo puede basarse en conjeturas: o bien no le pareció a la ComIDH un caso digno de ser sometido ante la CorteIDH o bien -y esto me parece más probable- no se atrevió a poner en discusión una cuestión que, en ese tiempo, no era para nada clara, evitando, de este modo, el riesgo de una decisión adversa de la CorteIDH.

[22.](#) Voto del juez Zaffaroni, considerando 26, también ver el considerando 30. Cfr. también las afirmaciones citadas al comienzo del apartado II de este trabajo y las notas 8 a 16.

[23.](#) Voto del juez Zaffaroni, considerando 26 (sin bastardilla en el original).

[24.](#) En el caso concreto, independientemente del argumento -formal- de que los recursos internos puedan considerarse agotados ya con la sentencia *Camps* de 1987 con la consecuencia de que el plazo de admisibilidad del art. 46.1.b CADH de seis meses habría expirado hace rato, hay dos puntos que no pueden ser perdidos de vista. Primero, que la ComIDH ya se expidió sobre la compatibilidad de las leyes de Punto final y Obediencia debida en las peticiones que dieron lugar al Informe 28/92 de 2 de octubre de 1992 -consideró que esas leyes violaban la CADH, pero no sometió el caso a la CorteIDH- y, en consecuencia, una nueva petición sobre el asunto sería una reproducción de un caso ya analizado que, según el art. 47 CADH, la ComIDH debería declarar ("*declarará*") inadmisibles. Segundo, es controvertible que el caso de las leyes peruanas y el de las leyes argentinas fueran en tal medida similares como para ser resueltos de la misma manera (sobre esto enseguida en el texto y con mayor profundidad en el punto XI).

[25.](#) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995, t: V pp. 5184 y 5325. En la doctrina siguen esta posición H. Quiroga Lavié, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3º ed., Buenos Aires, Zavallá, 2000, p. 483; G. Badeni, "El caso 'Simón' y la supremacía constitucional", en *La Ley*, 2005-D, pp. 643 ss.

26. CSJN, *Giroldi*, sentencia de 7 de abril de 1995 (Fallos 318:554), considerando 11: "Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5^a) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2º, esto es, *tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales* en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)" (sin bastardilla en el original). Aunque la palabra "guía" no sea del todo precisa, la interpretación que la CSJN hace de la frase "en las condiciones de su vigencia" parece no dejar dudas en cuanto a que la jurisprudencia de los órganos de aplicación de los tratados mencionados en el art. 75 inc. 22 CN es considerada *obligatoria*. Pues, si los tratados internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 CN tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (premisa mayor) y si, según la CSJN, en las condiciones de su vigencia significa tal como esos tratados son interpretados por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (premisa menor), entonces dichos instrumentos internacionales tienen jerarquía constitucional tal como son interpretados por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (conclusión). Que la CSJN considera que la jurisprudencia de la CorteIDH es obligatoria, está fuera de discusión al menos en el caso *Simón* (cfr., además de las citas a *Giroldi* en la nota siguiente, las explícitas referencias a dicha obligatoriedad ya expuestas en el punto II). Por otra parte, comparten esta posición en la doctrina constitucionalista, entre otros, M. A. Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV (arts. 42 a 86), Buenos Aires, Depalma-Lexis Nexis, 2001, p. 623 (número 624); C. Pizzolo, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal", en *La Ley*, 2006-D, p. 1029.

27. Ver, en especial, el voto del juez Boggiano, considerandos 9, 13, 14 y 15.

28. Véase la nota 26.

29. Ello por cuanto la "nueva norma" jurídica nacería de una "interpretación" del tratado. En este sentido, los jueces internacionales sólo podrían crear normas derivadas a partir de normas originarias de la CADH, pero no podrían crear normas autónomas. Los límites estarían dados, por ello, por las reglas de la hermenéutica. En el derecho internacional, por las reglas de interpretación establecidas en los arts. 31 y ss de la CV. Quien acepte la teoría de la vigencia internacional debería reconocer que sólo dentro de los límites recién expuestos una decisión de la CorteIDH puede ser obligatoria. Como luego veremos, tampoco existe tal conexión con la norma convencional en la sentencia *Barrios Altos* (punto X).

30. En varios pasajes de la sentencia en comentario se aprecia que la CSJN recurre a la jurisprudencia de la CorteIDH como una suerte de norma de rango constitucional obligatoria que modifica el texto de la Constitución. La siguiente frase de Petracchi es ilustradora: "...el caso "Barrios Altos" estableció severos límites a la facultad [constitucional] del Congreso para amnistiar" (voto del juez Petracchi, considerando 26). Si la facultad del Congreso de la Nación para dictar leyes de amnistía establecida en el art. 75 inc. 20 de la CN puede ser limitada por la jurisprudencia de la CorteIDH, entonces ella opera como una norma constitucional especial que restringe a la norma constitucional general.

31. Cfr., entre otros, G. Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 147 ss, en particular p. 160.

32. Cfr. los requisitos para la elección de jueces de la CorteIDH establecidos en los arts. 51 y ss de la CADH.

33. Publicada en el Boletín Oficial el 31 de diciembre de 1993.

34. Sería inválida -y no sólo inconstitucional- por falta de competencia de la convención constituyente para producir la norma. También la CSJN ha sostenido que una reforma constitucional que se excede de la ley de necesidad de reforma es inválida (caso *Fayt*, sentencia del 19 de agosto de 1999).

35. Entre esas reservas se hallaba una de vital importancia política, establecida en el art. 3 de la ley 23.313: "La República Argentina rechaza la extensión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 - a las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur que fue notificada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Secretario General de las Naciones Unidas el 20 de mayo de 1976 y reafirma sus derechos de soberanía sobre los mencionados archipiélagos que forman parte integrante de su territorio nacional".

36. La reserva, establecida en el art. 4 de la ley 23.313, es la siguiente: "El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución nacional" (principio de legalidad).

37. De los instrumentos internacionales a los cuales la reforma constitucional de 1994 asignó rango constitucional, sólo la CADH y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) son de la competencia de la CorteIDH. Respecto de la primera, la CorteIDH tiene competencia contenciosa y consultiva (arts. 62 y 64 CADH); respecto de la segunda, sólo tiene

competencia consultiva (art. 64 CADH). Para la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones de la CorteIDH según el derecho argentino no hay diferencia entre casos contenciosos y consultivos. Esta diferencia existe, en cambio, para la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones de la CorteIDH según el derecho interamericano (arts. 68 y 64 CADH). Por otra parte, en la Opinión consultiva 10/89 sobre "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", de 14 de julio de 1989 la CorteIDH afirmó que, al interpretar la CADH en uso de su competencia consultiva, ella puede también interpretar la Declaración Americana de Derechos Humanos en virtud de la cláusula del art. 29.d CADH.

38. Cfr. la sentencia de la CSJN de 4 de julio de 1985 en el caso *Cerámica San Lorenzo* en donde expresó: "...no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (...). De esa doctrina, (...) emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia" (considerando 2). En algunas decisiones, sin embargo, la CSJN ha asignado a sus sentencias efectos más amplios, incluso *erga omnes*, particularmente cuando la decisión concernía intereses difusos o de un sector amplio de la población, cfr. las sentencias de 26 de diciembre de 1996 en el caso *Monges* y de 11 de agosto de 2009 en el caso *Defensor del Pueblo de la Nación*.

39. Desde sus primeras decisiones la CorteIDH estableció que los criterios de prueba en el proceso internacional son diferentes a los del proceso penal interno. En el proceso internacional, la defensa del Estado no puede basarse en que el demandante no adjuntó prueba, siendo admisible en ciertos casos una inversión de la carga de la prueba; el Estado debe cooperar en la producción de la prueba del denunciante, pues es él quien tiene el control sobre los medios para aclarar los hechos ocurridos en su territorio; el silencio del Estado puede valorarse como reconocimiento de responsabilidad; no es necesario probar los elementos subjetivos de los delitos (cfr., entre otros, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo de 29 de julio de 1988, parágrafos 135 ss). En ciertas ocasiones, por otra parte, la CorteIDH al reconstruir los hechos en la sentencia no tomó en consideración prueba que había sido aportada por el Estado -y que tendía a desvirtuarlos-, con el argumento de que ese Estado con posterioridad a la presentación de la prueba había aceptado su responsabilidad internacional (cfr. *Bulacio contra Argentina*, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 18 de septiembre de 2003, parágrafo 59). Como es bien sabido, un proceso penal contiene reglas bien diversas a las recién señaladas.

40. En el proceso internacional es posible la composición del litigio a través de una "solución amistosa" (arts. 48.1 letra f) y 49 CADH). También es posible el allanamiento de la parte demandada o el desistimiento de la parte demandante (art. 53 Reglamento de la CorteIDH). Si bien la CorteIDH ha sostenido en algunas ocasiones que, si la protección de los derechos humanos así lo exige, puede continuar el procedimiento a pesar de la existencia de una solución amistosa o de un allanamiento del Estado, el principio es que si no hay controversia entre las partes, no hay caso a decidir. En este sentido, el proceso internacional tiene una estructura más cercana -aunque no idéntica- a la de un proceso de derecho privado, que a la de un proceso penal. En este último, no hay tal margen de disponibilidad de la acción y rige el principio de legalidad procesal.

41. El proceso internacional es una contienda entre una parte demandante (la ComIDH y la víctima o eventualmente un Estado) y una parte demandada (siempre un Estado). La persona individual que presuntamente ha lesionado un derecho garantizado en la CADH no participa en el proceso internacional, pues este proceso no está encaminado a establecer su responsabilidad en el hecho, ni a imponerle una sanción. Al sistema interamericano no le interesa determinar si el policía A es quien torturó al ciudadano B, sino que le basta con determinar que fue un agente de un Estado parte quien lo hizo.

42. El requisito del agotamiento de los recursos internos para que el afectado pueda recurrir al sistema interamericano (establecido en el art. 46.1 letra (a) CADH) no significa que la CorteIDH sea un tribunal superior de los tribunales nacionales; este requisito sólo pretende que la protección del derecho se intente primero en la jurisdicción nacional. Es por ello que la CADH admite tres excepciones a este requisito en casos en que dicha protección no puede obtenerse en el derecho interno (art. 46.2 letras (a) a (c) CADH). En este mismo sentido, cfr. ComIDH, Informe 39/96, Caso 11.673 (Marzióni contra Argentina) de 15 de octubre de 1996, parágrafo 49; cfr. también la Opinión consultiva 11/90 de la CorteIDH del 10 de agosto de 1990 donde se prevén otras excepciones.

43. El hecho de que la legislación procesal penal de algún Estado prevea la posibilidad de revisar un proceso interno en el caso de que la CorteIDH haya constatado una violación de la CADH en el proceso internacional sobre los mismos hechos tampoco altera la esencia diferente de los dos procesos. La decisión de si un ordenamiento procesal admite la revisión de una decisión definitiva interna a fin de tener en cuenta una decisión posterior de una corte regional de derechos humanos es privativa de cada Estado, así como también lo es aquella de la extensión de esta revisión. Algunos Estados, como Argentina o Italia, no han previsto esta causal de revisión, otros, como Colombia o Alemania, sí lo han hecho. En Colombia se permite la revisión de la sentencia *absolutoria* opuesta a una sentencia posterior de la CorteIDH, esto es, se permite la revisión *in malam partem*. El art. 192 apartado 4 del CPP (ley 906 de 2004) autoriza la revisión en el caso de que "después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos,

respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones" y agrega que "[e]n este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates". En Alemania, en cambio, el § 359 apartado 6 de la Ordenanza Procesal Penal (OPP) permite la revisión a favor del condenado de un proceso terminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada "cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha constatado una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos o de sus protocolos y la sentencia alemana se basa en esa violación". Sólo la revisión de la sentencia condenatoria (revisión favorable) es admisible con base en esta causal. En efecto, el art. 362 OPP no incluye esta hipótesis entre los casos de revisión de la sentencia absolutoria (revisión desfavorable). Por otra parte, no es admisible la revisión de una sentencia definitiva no penal opuesta a una sentencia del TEDH posterior y el Tribunal Federal Constitucional alemán ha confirmado este punto de vista en su sentencia de 14 de octubre de 2004 (Segundo Senado, sentencia BvR 1481/04). En esa misma decisión, por otra parte, el Tribunal Federal Constitucional alemán ha aclarado cuál es la verdadera naturaleza de las sentencias del TEDH y negado cualquier eficacia casatoria: "... el Tribunal [TEDH] emite una sentencia de constatación; con la decisión determina que el Estado parte en cuestión -en relación con el objeto procesal concreto- ha respetado la Convención o la ha contradicho; por el contrario, no emite una decisión casatoria, que directamente revocaría la medida cuestionada del Estado parte" (traducción del autor). Estas conclusiones son perfectamente trasladables al caso de las sentencias de la CorteIDH, pues en este punto no existen diferencias entre los sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. Es interesante señalar también una muy reciente decisión de la Corte Constitucional italiana sobre este punto, la sentencia nº 129 de 30 de abril de 2008 en el famoso caso *Dorigo*. En esta decisión, la Corte Constitucional italiana consideró infundado un planteo de ilegitimidad constitucional del art. 630, apartado 1, letra a) CPP -disposición que regula el recurso de revisión en materia penal- en la parte en que no prevé como supuesto de revisión el caso de que la sentencia penal definitiva sea irreconciliable con una sentencia posterior del TEDH y, con ello, descartó que pueda reabrirse un proceso terminado con sentencia definitiva -en el caso, condenatoria- a fin de tener en cuenta una sentencia del TEDH dictada posteriormente.

En conclusión, la decisión de cuándo una sentencia interna adquiere el carácter de cosa juzgada y cuándo esa cosa juzgada puede ser controvertida es de exclusiva competencia del legislador interno y la decisión de si, en el caso concreto, están cumplidos los requisitos *legales* para revisar una sentencia interna corresponde exclusivamente a las autoridades judiciales nacionales. Por esta razón, la CorteIDH no debería entrometerse en el proceso interno, ordenando, por ejemplo, la reapertura de un proceso terminado con sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada (sea a favor de la persona o en contra de ella) o modificando, de cualquier otro modo, la intangibilidad de la *res iudicata* (por ejemplo, ordenando la libertad de una persona condenada por un tribunal nacional o la anulación del pago de una indemnización o multa impuesta por un tribunal interno). Si la CorteIDH decide sobre el proceso interno, extralimita la competencia para la cual ha sido creada y su decisión sobre este punto no debería ser considerada como válida. Por esta razón, un tribunal nacional no debería cumplir una decisión de la CorteIDH con este contenido, aun cuando ella hubiese sido dictada en un proceso contencioso referido a los mismos hechos juzgados en el proceso interno. El art. 68.1 CADH no fundamenta un deber de seguir una decisión de la CorteIDH que fue dictada en exceso de su competencia, desviándose del objeto procesal que ese tribunal está llamado a decidir y usurpando la competencia de los tribunales nacionales. Con la ratificación de la CADH los Estados pactaron en instituir órganos internacionales para controlar si un Estado parte cumple los compromisos internacionales asumidos, pero claramente no acordaron crear un tribunal competente para decidir los pleitos internos. Como ya se adelantó en el texto, -y esto es, por lo demás, una obviedad- un mismo hecho (por ejemplo, 'el policía P tortura a la víctima V') puede tener significaciones jurídicas diferentes que darán lugar a procesos judiciales con objetos diferentes. Contra P se seguirá un proceso penal por el delito de tortura con el objeto de determinar si él es responsable penalmente del hecho (el caso será "Fiscalía contra P" o, como solemos decir en nuestro medio, "P s/tortura"). Contra P también se podrá iniciar un proceso disciplinario cuyo objeto es determinar si él debe ser sancionado o destituido por el hecho, pues el Estado no quiere entre sus filas a policías torturadores (el proceso será "Administración Pública contra P"). Muy probablemente, V decida iniciar un proceso civil contra P con el objeto de obtener la reparación de los daños y las indemnizaciones correspondientes (aquí el proceso será "V contra P s/reparación e indemnización"). Y también ese mismo hecho podrá dar lugar a un proceso ante la CorteIDH con el objeto de determinar si Argentina es responsable internacionalmente por el hecho de que uno de sus agentes -que sea P u otro es indiferente- violó un derecho consagrado en la CADH (aquí el caso será "ComIDH contra Argentina"). Cada uno de estos tribunales (penal, disciplinario, civil e interamericano) está autorizado para decidir autónomamente y sin interferencias sobre el objeto procesal de su incumbencia y ninguno lo está para resolver los objetos procesales de procesos diferentes (salvo las excepciones *legales* expresas como, por ejemplo, la prohibición del juez civil de alterar la condena o la absolución decidida en sede penal según los arts. 1102 y 1103 del Código Civil o la prohibición del juez penal de alterar lo resuelto en sede civil en cuanto a la validez o nulidad del matrimonio o a la calificación de las quiebras de los comerciantes según el art. 1104 del Código Civil, disposiciones éstas que establecen limitaciones parciales al poder de decisión del juez civil y el juez penal, respectivamente, en ciertas cuestiones consideradas de orden público y con el fin de evitar contradicciones escandalosas). Así, pues, del mismo modo que el tribunal civil que juzga sobre la reparación del daño no puede ordenar al tribunal penal una medida que altere la cosa juzgada *penal* por considerar que ésta es la única forma de reparar el daño a la víctima, tampoco la CorteIDH podría hacerlo. Por ejemplo, un tribunal civil no podría ordenar la reapertura de un proceso

penal terminado con sentencia definitiva a consecuencia de una ley de amnistía al decidir sobre la indemnización y la reparación del daño en sede civil (según el art. 61 del Código Penal la amnistía extingue la acción penal, pero no la civil) por considerar que una adecuada reparación a la víctima requiere la investigación y, en su caso, sanción de los responsables. Si así lo hiciera, el tribunal civil extralimitaría su competencia y la decisión sería inválida. Lo mismo ocurre cuando la CorteIDH decide sobre un aspecto del proceso penal (o civil) interno, confundiendo responsabilidad internacional del Estado con responsabilidad penal individual (o con responsabilidad civil).

Que la CorteIDH no tiene facultades para decidir, como un tribunal de última instancia, los procesos judiciales nacionales, pues ello implicaría confundir su competencia para declarar responsabilidad internacional del Estado con la competencia de los tribunales nacionales para establecer la responsabilidad penal, civil, etc., lo tenía muy claro el tribunal interamericano en sus primeras decisiones. En el famoso caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (sentencia de fondo del 29 de julio de 1988) la CorteIDH constató que el Estado había incumplido el deber de *perseguir y sancionar* graves violaciones a los derechos humanos derivado del deber de garantía del art. 1.1. CADH debido a que el proceso penal interno no había arrojado resultados positivos (había finalizado en sobreseimiento); sin embargo, la constatación del incumplimiento del deber de perseguir y sancionar tuvo como efecto la sanción internacional del Estado y no la reapertura del proceso judicial interno. En el caso *Niños de la calle contra Guatemala* (sentencia de excepciones preliminares de 11 de septiembre de 1997) el Estado guatemalteco había objetado la competencia de la CorteIDH para conocer como "cuarta instancia" de la sentencia absolutoria definitiva dictada por la corte suprema de ese país. La CorteIDH rechazó la excepción preliminar con el argumento de que su decisión no pretendía revisar el fallo de la Corte Suprema de Guatemala, sino evaluar si existía responsabilidad internacional del Estado por la violación de preceptos de la CADH. Finalmente, en la Opinión consultiva 14/94 (ya mencionada en la nota 20) "sobre responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención" de 9 de diciembre de 1994, la CorteIDH debió establecer cuáles eran los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viola las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la CADH. La CorteIDH, luego de establecer que un Estado tiene el deber de no adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención, aclaró: "La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho." (parágrafo 34).

Sin embargo, esta clara distinción entre el proceso internacional y el proceso interno se fue perdiendo con el tiempo. En decisiones más recientes, la CorteIDH ha ordenado a los Estados tomar medidas que significaban, en los hechos, decidir sobre un proceso interno, en algunos casos pendiente y en otros terminado con sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Por ejemplo, la CorteIDH ordenó la libertad de una persona condenada por tribunales nacionales (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de fondo de 17 de noviembre de 1997), la anulación de una sentencia firme condenatoria y la realización de un nuevo juicio (caso *Castillo Petruzzi vs Perú*, sentencia de fondo y reparaciones de 30 de julio de 1999), la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada a raíz de una ley de amnistía (casos *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001 y *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 26 de septiembre de 2006), la modificación de una sentencia de un tribunal supremo nacional que había impuesto el pago de multa y costas procesales (caso *Cantos contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 28 de noviembre de 2002), la continuación de la investigación de un delito a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción previsto en la ley nacional (caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 18 de septiembre de 2003), la anulación de una sentencia que condenaba a pena de prisión y al pago de una indemnización y la supresión de los antecedentes penales (caso *Kimel contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 2 de mayo de 2008), la reintegración en sus cargos a jueces destituidos por un tribunal nacional (caso *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 5 de agosto de 2008). La arrogación de funciones propias de un juez nacional ha sido posible gracias a una interpretación desmesuradamente extensa de la condena a 'reparaciones no pecuniarias' (art. 63 CADH).

Lo que la CorteIDH sí puede hacer es constatar que un proceso o una sentencia nacionales (o una ley o la ausencia de ella) viola la CADH y, en consecuencia, declarar la responsabilidad internacional del Estado, pero no puede, en cambio, ordenar a ese Estado que anule un proceso o no respete una sentencia de un tribunal nacional (ni tampoco que derogue o dicte una ley). Es claro que la constatación de responsabilidad internacional implica, en los hechos, una *invitación* al Estado en cuestión a que elimine la causal que la genera. La sentencia de la CorteIDH que constata una violación de la CADH funciona de estímulo para que el Estado evalúe la conveniencia de prever un mecanismo para anular los efectos de una sentencia que es contradicha por una decisión del tribunal interamericano (o bien para replantearse si conviene derogar o dictar una ley). Pero de esto a que la CorteIDH pueda ordenar a una autoridad judicial nacional decidir en determinado sentido (o a un Parlamento, votar una ley con determinado contenido) hay una distancia enorme, precisamente la distancia que media entre no confundir la función de un tribunal internacional de derechos humanos con la función de un tribunal nacional (o otro poder nacional) y la de hacerlo.

La confusión de la CorteIDH entre proceso internacional y proceso interno ha confundido en algunas ocasiones también a nuestros tribunales. El caso más llamativo es la sentencia de la CSJN de 23 de diciembre de 2004 en el caso *Espósito*, en donde la CSJN entendió que debía continuar la investigación

de un delito a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción, a fin de cumplir con una "orden" de la CorteIDH (dada en el citado caso *Bulacio contra Argentina*), aun cuando admitió que el cumplimiento de esa orden implicaba desconocer derechos fundamentales del imputado garantizados por la Constitución nacional (derecho de defensa del imputado, al ser perjudicado por una decisión en la que no pudo siquiera exponer sus razones; principio de legalidad, al extenderse, de hecho, *ex post facto* el plazo de la prescripción, duración razonable del proceso). Ésta es sin duda alguna una de las sentencias más absurdas de la CSJN de los últimos años. Sólo un pequeño comentario: independientemente de la confusión de la CorteIDH, que a veces ordena más de lo que está autorizada a ordenar, un tribunal nacional no debería cumplir con lo establecido en una sentencia de la CorteIDH -aun cuando ella se refiriera a los mismos hechos juzgados en el proceso interno-, si ello implica desatender normas fundamentales del ordenamiento interno; tampoco está *obligado* a cumplir una decisión de la CorteIDH que decide una cuestión del proceso interno, salvo que considere que ésta es la solución adecuada según el derecho interno. En el caso *Espósito*, la CSJN rompió su deber de administrar justicia "legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución", deber que incluso había jurado respetar (art. 112 CN). Lo interesante del caso es que la CSJN reconoció explícitamente en su sentencia que no respetaba varias normas constitucionales.

44. Los jueces de la CorteIDH, por otra parte, no están sometidos a ningún mecanismo de control en caso de mal desempeño, como sí lo están los jueces del poder judicial de la Nación. También desde este punto de vista sería cuestionable conceder a este tribunal un poder de decisión de procesos nacionales.

45. Y esto depende, a su vez, de que no se considere que la misma atribución de rango constitucional a la CADH y a los otros instrumentos internacionales señalados explícitamente en el art. 75 inc. 22 CN hecha por la reforma constitucional de 1994 es inválida. A favor de la invalidez de la reforma constitucional en cuanto elevó a jerarquía constitucional a esos instrumentos internacionales existen razones de peso. Si bien la ley de necesidad de reforma de 1993 habilitaba a la convención constituyente a discutir sobre la "integración y jerarquía de los tratados internacionales" (art. 3), ella no autorizaba a modificar los arts. 27 y 31 CN que establecen la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales. Por ello, es posible entender que la referencia a la "integración y jerarquía de los tratados internacionales" en la ley de necesidad de reforma solamente permitía modificar la relación jerárquica entre los tratados internacionales y las leyes de la nación, pero no la relación entre los primeros y la Constitución; cfr. en este sentido Badeni, *El caso "Simón"* cit., pp. 642 ss. La reforma constitucional de 1994 plantea otro problema importante relacionado con la jerarquía de los tratados internacionales. El último párrafo del art. 75 inc. 22 CN -introducido con dicha reforma- faculta al Congreso de la Nación a elevar a rango constitucional *otros* tratados sobre derechos humanos diferentes a los mencionados explícitamente en el segundo párrafo de ese artículo. Esta disposición es difícil de compatibilizar con el art. 30 CN que, como hemos visto, exige que las reformas de la Constitución deben ser aprobadas en el marco de una convención constituyente habilitada por el Congreso Nacional a través de una ley de necesidad de reforma. Como también hemos visto (punto VII), la ley de necesidad de reforma de 1993 no autorizaba a modificar el régimen de reforma constitucional previsto en el art. 30 CN y, por ello, esa facultad concedida al Congreso es nula. El Congreso de la Nación ha utilizado esta "facultad" para otorgar jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP, ley 24.820, publicada en el Boletín Oficial del 29 de mayo de 1997) y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGyLH, ley 25.778, publicada en el Boletín Oficial del 3 de septiembre de 2003). De ambas convenciones se sirve con frecuencia la CSJN en el caso *Simón*.

46. Y, además, en esa época la CADH tenía rango legal en el derecho interno. Sólo en 1992 esta situación cambió cuando la CSJN, en la sentencia *Ekmekdjian contra Sofovich* de 7 de julio de 1992 (Fallos, 315:1492), estableció la primacía de los tratados internacionales frente a las leyes de la Nación, reafirmando, sin embargo, la primacía de la Constitución frente a los primeros.

47. Dictamen del Procurador General, Esteban Righi, apartado IV (sin bastardilla en el original); ver también los apartados V y VI.

48. Pues una ley posterior inferior no puede derogar a una ley anterior superior.

49. Cfr. el considerando 21 del voto del juez Lorenzetti.

50. Cfr. tan sólo, C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage, Beck, München, 1994, § 5, nm. 59.

51. Cfr. *infra* en el punto XX. Nuestra Corte Suprema y muchos tribunales inferiores también van por este camino cuando afirman la existencia de normas de derecho consuetudinario sin la necesaria verificación; sobre esto cfr. el punto XVIII.

52. Esto debería evaluarse seriamente al menos en los casos de cambio de jurisprudencia muy consolidada o en aquellos en que la nueva jurisprudencia se apoya en alguna circunstancia que no existía en el momento del hecho al cual se pretende aplicarla retroactivamente.

53. El Procurador General fue claro al respecto: "... la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para el Estado argentino cuando interpreta la Convención, pues el constituyente le ha conferido jerarquía constitucional 'en las condiciones de su vigencia' (artículo 75, inciso 22), es decir, tal como la Convención rige efectivamente en el ámbito internacional considerando la interpretación que hace de sus normas el órgano internacional encargado de su aplicación" (Dictamen, apartado V; sin bastardilla en el original).

54. Dictamen del Procurador General, apartado V (sin bastardilla en el original). Llama la atención, por otra parte, que en el pasaje recién citado el Procurador General concluya que las leyes de Punto final y Obediencia debida eran "inconstitucionales" ya en el momento de su sanción, pues la CADH obtuvo jerarquía constitucional recién con la reforma constitucional de 1994 (esta afirmación es hecha en la parte del dictamen en donde analiza la aplicación de la jurisprudencia *Barrios Altos* y no cuando estudia posibles objeciones basadas exclusivamente en el derecho constitucional argentino -me refiero a aquellas objeciones que ya habían aparecido en la discusión jurídica argentina en los años ochenta). Y aún más llama la atención esta calificación si se tiene en cuenta que el mismo Procurador General aplicó retroactivamente la jurisprudencia de la CSJN en el caso *Ekmekdjian* para sostener que dichas leyes eran contrarias a la CADH, tratado al que esa jurisprudencia reconoció rango supralegal, pero no constitucional. En este punto falta algo de claridad. Aunque algunas partes del dictamen indican que el Procurador General no quiso aplicar retroactivamente el art. 75 inc. 22 de la CN en cuanto eleva a la CADH a rango constitucional "en las condiciones de su vigencia" (de lo contrario no habría considerado necesario aplicar retroactivamente la jurisprudencia de la CSJN en el caso *Ekmekdjian*), otras sugieren lo contrario (no sólo la afirmación de que las leyes de Punto final y Obediencia debida eran "inconstitucionales" ya en el momento de su aprobación, sino también la consideración, como obligatoria, de la jurisprudencia *Barrios Altos* ya a la época de la sanción de las leyes de Punto final y Obediencia debida con base en la doctrina de la CSJN sentada en el caso *Giroldi*, doctrina que aquí llamamos *tesis de la vigencia internacional* y que, como bien sabemos, se basa en la interpretación de una norma que recién fue incorporada a la Constitución en 1994).

55. Para las objeciones a la atribución de jerarquía constitucional a los tratados internacionales por parte de la reforma de 1994, cfr. la nota 45.

56. Sobre la inexistencia de una norma consuetudinaria con tal contenido, ver la nota 17.

57. En la audiencia pública celebrada el 14 de marzo de 2001 el representante del Estado peruano había afirmado: "[E]l Estado reitera su disposición de poder iniciar un diálogo directo para llegar a una solución eficaz ... para atacar la validez de los obstáculos procesales que impiden la investigación y sanción de aquéllos que resulten responsables en el caso materia de la presente audiencia, en particular me refiero a las denominadas leyes de amnistía", cfr. CorteIDH, *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, parágrafo 35 (sin bastardilla en el original). El hecho de que la solución de atacar la validez de las leyes de amnistía naciera de las negociaciones, en el marco del proceso *Barrios Altos*, entre el Estado peruano y la ComIDH que concluyeron en el acuerdo de solución amistosa - y no, en cambio, de la verificación por parte de la CorteIDH de una costumbre internacional con tal contenido, explica que la CorteIDH no haya decidido casos anteriores referidos a las mismas leyes de amnistías en el sentido en que lo hizo en *Barrios Altos*. En efecto, el caso *Castillo Paez contra Perú* planteaba el mismo problema que *Barrios Altos*: Perú no había investigado graves violaciones de los derechos humanos en virtud de las mismas leyes de amnistía que impidieron también la investigación de los hechos de *Barrios Altos*. Sin embargo, en la sentencia de fondo de 3 de noviembre de 1997 en el caso *Castillo Paez* no se encuentra ninguna afirmación sobre una prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos. En tal caso, la CorteIDH sostuvo: "...la Corte considera que el Estado peruano está obligado a investigar los hechos que las produjeron. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos. Corresponde por tanto al Estado, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance" (parágrafo 90). Estas "dificultades del orden interno" de las que habla la CorteIDH eran las leyes de amnistía. La doctrina de la CorteIDH en *Castillo Paez* es: Perú debe investigar, pero si circunstancias de orden interno impiden esta investigación, entonces, al menos, debe, con los medios a su alcance, averiguar el destino de las víctimas y, en su caso, el lugar en donde se encuentran sus restos. En ninguna parte de esa sentencia se dice que está prohibido amnistiar graves violaciones de los derechos humanos o que una ley con tal contenido carece de efectos jurídicos. Es preciso hacer notar que, a diferencia del caso *Barrios Altos*, en *Castillo Paez* el gobierno peruano no llegó a una solución amistosa con la ComIDH en donde se comprometiera a invalidar las leyes de amnistía. En fin, la doctrina de la CorteIDH sentada en *Barrios Altos* fue posible solamente por el cambio notable de la situación política en Perú, esto es, porque el nuevo gobierno de Valentín Paniagua estaba decidido a tomar todas las medidas a su alcance para posibilitar la investigación y el juzgamiento de los horribles hechos cometidos por el gobierno de Fuyimori. Ésta puede ser una buena decisión de gobierno, pero con seguridad no es suficiente para crear una norma consuetudinaria.

58. En todo caso, no hay en la decisión de la CorteIDH un camino de argumentación claro que permita derivar razonablemente de esas normas generales de la CADH la norma específica "está prohibido amnistiar graves violaciones de los derechos humanos".

59. A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 5º ed., traducción de G. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 108; K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2º ed. española, traducción de la cuarta edición alemana por Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, p. 316.

60. CorteIDH, *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, parágrafo 43 (sin bastardilla en el original).

61. Véanse los alegatos del gobierno peruano y de la ComIDH en la sentencia *Barrios Altos* de la CorteIDH de 14 de marzo de 2001, párrafos 35 y 36, respectivamente. Un breve extracto del alegato del gobierno peruano está reproducido en la nota 57.

62. Pero, además, si de los arts. 1.1, 8.1 y 25 de la CADH se pudiera derivar -como hace la CorteIDH- una regla que prohíbe el dictado de leyes de amnistías, ella debería abarcar a todo delito establecido en protección de derechos garantizados en la CADH y no solamente a las graves violaciones de los derechos humanos, pues las disposiciones citadas en sustento de la prohibición de amnistiar no hacen ningún distinción a este respecto; ellas protegen, en efecto, a las personas frente a *cualquier* lesión de derechos humanos protegidos en la CADH y no sólo frente a lesiones graves.

63. Voto del juez Petracchi, considerando 24.

64. Voto del juez Petracchi, considerando 24.

65. Voto del juez Fayt, considerandos 78 a 85. Un análisis sobre este punto ofrece L. Filippini, "Tres problemas en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el fallo 'Simón'", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (2006), 3, pp. 436 ss.

66. Cfr. especialmente los párrafos 42 a 44 de la sentencia *Barrios Altos* de 14 de marzo de 2001 y los votos concurrentes de los jueces Cançado Trindade (párrafos 5 ss) y García Ramírez (párrafos 10 y 11). El juez Petracchi se basó especialmente en un pasaje del voto concurrente del juez García Ramírez para concluir que la jurisprudencia de *Barrios Altos* era trasladable al caso argentino. El juez García Ramírez, luego de afirmar la necesidad de distinguir entre las leyes de auto-amnistía que "son expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos" y las de amnistía "que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en la contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos" y de reconocer "la alta conveniencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación", señaló que las leyes de amnistía "no pueden poner al cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos" (párrafos 10 y 11). De esta última frase se valió Petracchi para aplicar las conclusiones de *Barrios Altos* al caso *Simón*. Sobre la posición de García Ramírez es preciso efectuar tres advertencias. En primer lugar, debe tenerse presente que se trata de una posición sostenida en un voto individual, aunque concurrente, y no de la posición de la entera CorteIDH. En segundo lugar, que también el juez García Ramírez marca una clara diferencia entre las leyes de auto-amnistía que, en su opinión, serían en todos los casos inadmisibles y las de amnistía que, bajo ciertas condiciones, no lo serían y que el concepto de este juez sobre lo que podríamos llamar "amnistías válidas" describe casi a la perfección lo ocurrido en Argentina. Por último, la imposibilidad de amnistiar las "más severas violaciones a los derechos humanos", a las que alude este juez, no necesariamente lleva a considerar inválidas a las leyes argentinas. Creo que todavía queda un margen para analizar si el criterio de las "más severas violaciones a los derechos humanos" -por lo demás, completamente impreciso- no puede considerarse ya cumplido con la persecución y sanción del grupo de personas que tenían la mayor responsabilidad por los crímenes de la dictadura. El derecho penal internacional -desde la experiencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg hasta la actual Corte Penal Internacional- se ha interesado siempre especialmente de los "crímenes más graves" cometidos por los "autores mayormente responsables" y ha entendido siempre que la mayor responsabilidad cae sobre los mandos jerárquicos. Una interpretación de este tipo, por otra parte, no sólo habría tenido en cuenta que las leyes argentinas buscaban un compromiso entre las exigencias de punición y la necesidad de pacificación y, con ello, tenían en cuenta también el art. 6.5 del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra, sino también habría evitado desaprobar derechos *constitucionales* básicos (cosa juzgada, etc.) y vaciar de contenido a la facultad *constitucional* del Congreso de la Nación de conceder amnistías, que encuentra su razón más profunda en el bien básico y por ello supremo de la paz social. Como luego veremos, una prohibición *absoluta* de amnistiar toda violación grave de los derechos humanos impide la aplicación de la norma constitucional que autoriza al Congreso a dictar leyes de amnistía (art. 75 inc. 20 CN) precisamente respecto a los casos que conforman su *núcleo* de aplicación (punto XII).

67. La CADH obtuvo jerarquía constitucional recién con la reforma constitucional de 1994 (ver las dudas sobre la validez de la reforma constitucional de 1994 en este punto en la nota 45). En el momento de su incorporación al derecho interno argentino en 1984 gozaba de rango de ley. La CSJN en el caso *Ekmekdjian* de 1992 estableció la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes de la nación, pero no cuestionó la supremacía de la Constitución. Por ello, la aplicación retroactiva de esta jurisprudencia concede a la CADH rango supra-legal, pero infra-constitucional.

68. En situaciones normales el Estado debe perseguir los delitos y por esta razón el ordenamiento jurídico penal argentino se asienta en el principio de legalidad procesal. Por ello, sí podría ser razonable una reglamentación de la facultad constitucional de amnistiar que excluya de su ámbito de aplicación a delitos comunes tales como el homicidio, el robo, etc., porque ellos no representan riesgo alguno para la paz social. Un Estado no peca porque existan ladrones o asesinos. Si no están dadas las condiciones excepcionales para el dictado de una amnistía, entonces el Estado no tiene ninguna necesidad de ceder en la persecución de los delitos. Para una crítica general a la posición que anatematiza toda amnistía, cfr. E. Malarino, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas", en K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (editores), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, KAS, 2009, pp. 407 ss, especialmente pp. 414 ss.

69. Tal era el efecto que preveía la ley de obediencia debida (art. 3).

70. Esta conclusión está avalada por la misma CADH que en su art. 29 letra b), como norma de

interpretación, establece que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes ...". Igual disposición contiene el art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En relación con esta cuestión, la propia CorteIDH ha sostenido que "[d]e conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos". Es importante hacer notar que la CorteIDH pronunció esas palabras precisamente al discutir el alcance del principio de legalidad (cfr. CorteIDH, *Canese contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2004, parágrafo 180).

[71.](#) Los hechos sobre los que versa el proceso aquí analizado se remontan a 1978. El crimen contra la humanidad fue incorporado en el derecho interno argentino en los arts. 2 y 9 de la ley 26.200, aprobada el 13 de diciembre de 2006 y publicada en el Boletín oficial el 9 de enero de 2007. Es decir, esta ley entró en vigor casi treinta años más tarde de los hechos de la causa y casi dos años después de la sentencia de la CSJN aquí comentada.

[72.](#) Cfr. los votos de los jueces Maqueda (considerandos 83, 84 y 88 y también 56 y 57), Boggiano (considerandos 42 y 49), Highton de Nolasco (considerandos 31 y 32); Lorenzetti (considerando 30). La jueza Argibay dijo que la calificación que ha dado la Cámara Federal como crimen de lesa humanidad según el derecho consuetudinario es "en principio plausible" (considerando 10).

[73.](#) Muy claro en este sentido es el juez Maqueda: "... la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, (...) estaba prevista en el derecho internacional -incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional- ..." (considerando 83). Cfr. también los votos de los jueces Lorenzetti (considerando 18) y Highton de Nolasco (considerando 31).

[74.](#) A diferencia de los tratados internacionales, la costumbre internacional tampoco gana legitimidad democrática mediante su aprobación como ley por el Congreso Nacional.

[75.](#) Roxin, *Strafrecht*, cit. § 5, nm. 20.

[76.](#) Más adelante explicaré por qué un juez nacional no puede desaplicar este principio, ni reemplazarlo por un principio de legalidad débil cuando juzga crímenes internacionales (punto XX).

[77.](#) Cfr. los diferentes conceptos del crimen contra la humanidad en los siguientes tratados o documentos internacionales: art. 6 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (ETMIN) del 8 de agosto de 1945; art. II.1 (c) de la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado del 20 de diciembre 1945; art. 5 de la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (ETMILO) de 1946; resolución nº 3 (I) de la Asamblea General de la ONU del 13 de febrero de 1946; resolución nº 95 (I) de la Asamblea General de la ONU del 11 de diciembre de 1946; Principio VI de los Principios de Núremberg formulados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU a pedido de la Asamblea General en 1946; resolución nº 488 (V) de la Asamblea General de la ONU de 12 de diciembre de 1950, que aprueba los "Principios de Núremberg" elaborados por la CDI; art. 2 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1954; art. 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre de 1968; art. I de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid del 30 de noviembre de 1973; art. 21 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1991; art. 5 del Estatuto del TPIY aprobado por la resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU de 25 de mayo de 1993; párrafo sexto del preámbulo de la CIDFP del 9 de junio de 1994; art. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda aprobado por la resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU de 8 de noviembre de 1994; art. 20 del Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional elaborado por la CDI de la ONU de 1994; art. 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1996; art. 7 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (ECPI) de 17 de julio de 1998; art. 5 de la regulación 2000/15 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET) del 15 de junio de 2000; art. 2 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) establecida por un Acuerdo entre el Consejo de Seguridad de la ONU y el Gobierno de Sierra Leona el 4 de octubre de 2000; art. 9 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al juzgamiento según el derecho de Camboya de crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática aprobado por la Asamblea General de la ONU con resolución 57/228 B de 22 de mayo de 2003 y el preámbulo y el art. 5 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDCF) de 20 de diciembre de 2006.

[78.](#) K. Ambos, S. Wirth, "The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000", en *Criminal Law Forum*, 13 (2002), p. 12. Cfr. también D. Luban, "A theory of crimes against humanity", en *Yale Journal of International Law*, 29 (2004), 1, pp. 85 ss., especialmente p. 161, donde, luego de mencionar que todos los instrumentos internacionales definen de manera diferente al crimen contra la humanidad, expresa: "The concept is still in the childhood of its legal development" ("el concepto está aún en la infancia de su desarrollo jurídico"). También la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su comentario al Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional de 1994 señaló, respecto al crimen contra la humanidad, que "there are unresolved issues about the definition of the crime" (hay cuestiones no resueltas acerca de la definición del crimen); cfr. el

comentario al *Draft Statute* de 1994 en *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth sesión*, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, Vol. II, Part two).

79. Aunque a nivel internacional siguen existiendo algunos puntos no claros, como lo demuestra la definición de este crimen en la sección 5 de la Regulación 15/2000 de la UNTAET que difiere en varios aspectos del ECPI.

80. La sentencia aquí comentada no recurre al ECPI. En una sentencia posterior (caso *Derecho* del 11 de julio de 2007), la CSJN recurrió al concepto de crimen contra la humanidad del ECPI, aunque no se hizo cargo de que ese Estatuto no existía a la época de los hechos juzgados en tal proceso. De todas formas, la CSJN negó, con razón, en dicho caso la existencia de un crimen contra la humanidad.

81. La escritura de la norma jurídica es el mejor medio -aunque no siempre uno bueno- para lograr la certeza del derecho y por ello el requisito de la ley escrita ayuda a que la ley sea cierta.

82. En el derecho penal internacional tampoco hay absoluta certeza acerca de las sanciones que deben ser aplicadas a los autores de crímenes contra la humanidad. Las principales experiencias existentes con anterioridad a la época de los hechos juzgados en el caso *Simón* autorizaron la pena de muerte, con lo cual la pretendida superioridad axiológica del derecho penal internacional puede ser puesta en duda. Esta pena fue aplicada, por ejemplo, por el TMI de Núremberg (art. 27 ETMIN), de Tokio (art. 17 ETMILO) y en varios procesos seguidos contra miembros del partido nacionalsocialista en la Alemania ocupada de post-guerra con base en la ley 10 del Consejo de Control Aliado (art. II.3.a); también fue aplicada en procesos nacionales fuera de Alemania, como, por ejemplo, el proceso contra Eichmann ante la Corte de Distrito de Jerusalén. Los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia (art. 24) y para Ruanda (art. 23), en cambio, sólo autorizan a imponer la pena de prisión, aunque no determinan expresamente su duración. El ECPI autoriza la prisión a perpetuidad sólo en casos especialmente graves y para los casos "normales" prevé una pena de privación de la libertad limitada, aunque el marco penal sigue siendo demasiado amplio. En fin, varios tratados internacionales que se refieren al crimen contra la humanidad no aluden siquiera a las penas a aplicar.

83. Cfr., por ejemplo, los votos de los jueces Highton de Nolasco (considerando 31); Maqueda (considerando 85) y Boggiano (considerando 41).

84. Los hechos imputados habrían ocurrido en noviembre de 1978. La primera referencia de relieve sobre el crimen de desaparición forzada en un documento internacional es de diciembre de ese año (resolución 33/173 de la Asamblea General de la ONU de 20 de diciembre de 1978), pero sólo muchos años más tarde comienza a existir algo de consenso sobre este crimen. En el ámbito interamericano, debe destacarse la decisión de la CorteIDH en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo de 29 de julio de 1988, y principalmente la CIDFP de 9 de junio de 1994. En el ámbito internacional, el crimen aparece definido en instrumentos internacionales posteriores; por ejemplo, en el art. 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la CDI de la ONU (1996), en el art. 7 del ECPI (1998) y en la CIPPCDF (2006). Es interesante, a este respecto, citar un pasaje del comentario al art. 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad aprobado en 1996 por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. La CDI allí expresó: "Forced disappearance was not included as a crime against humanity in the previous instruments. Although this type of criminal conduct is a relatively recent phenomenon, the Code proposes its inclusion as a crime against humanity because of its extreme cruelty and gravity" (la desaparición forzada no estaba incluida como un crimen contra la humanidad en los instrumentos anteriores. Aunque este tipo de conducta criminal es un fenómeno relativamente reciente, el Código propone su inclusión como crimen contra la humanidad a causa de su extrema gravedad y crueldad). Recién en el año 1996 el organismo de Naciones Unidas encargado de proyectar la codificación del derecho penal internacional propone la inclusión del crimen de desaparición forzada como un crimen internacional. Los "instrumentos anteriores" a los que se refiere la CDI son sus proyectos de Código de 1954 y 1991 y de Estatuto de 1994 (cfr. el comentario al *Draft Code* de 1996 en *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth sesión*, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. II, Part two). Un detalle de las primeras referencias a este crimen en el ámbito internacional e interamericano, desde la resolución 33/173 ya mencionada hasta 1988, ofrece la citada sentencia de la CorteIDH en el caso *Velásquez Rodríguez*, párrafos 150 s.

85. La jurisprudencia argentina ha calificado como crimen contra la humanidad y atribuido sus consecuencias especiales (imprescriptibilidad, etc.) a hechos que típicamente pertenecen al derecho penal común por la sola circunstancia de haber estado *relacionados* de alguna manera en el caso concreto con la comisión de crímenes de esa naturaleza. No sólo el delito de asociación ilícita fue considerado un crimen contra la humanidad (así la CSJN en el caso *Arancibia Clavel*, sentencia del 24 de agosto de 2004), sino también los delitos de sustracción y ocultación de un menor (Cámara Federal de Buenos Aires, decisión del 9 de septiembre de 1999 en el caso *Videla*), falsificación ideológica de documento público, apropiación extorsiva de bienes, asociación ilícita y robo (Cámara Nacional de Casación Penal, decisión del 14 de marzo de 2006 en el caso *Pazo*), robo de bienes muebles y de un automotor del domicilio de una persona que había sido secuestrada el día anterior (Cámara Federal de Buenos Aires, decisión del 18 de julio de 2006 en el caso *García Velasco*) y encubrimiento y sustracción de documentos destinados a servir de prueba -en el caso, se trató de la destrucción de pruebas sobre la suerte de personas desaparecidas ocurrida en 1986, esto es, varios años después de reestablecida la democracia- (Cámara Federal de La Plata, decisión del 30 de abril de 2003 en el caso *Navarro*). Los criterios para asignar a estos delitos comunes las consecuencias de los crímenes de lesa humanidad son

tan disímiles y amplios que parece que es suficiente cualquier tipo de conexión. No puedo aquí demostrar en cada uno de estos casos por qué esta extensión es completamente incorrecta. Es suficiente señalar, por un lado, que, salvo la pertenencia a una asociación ilícita (en rigor, la *conspiracy*), ninguno de esos delitos estuvo previsto en un texto de derecho penal internacional, y que el delito de asociación ilícita no está incluido en las codificaciones más recientes. Además de ello, estos delitos protegen bienes jurídicos diversos al del crimen contra la humanidad (salvo la asociación ilícita para cometer crímenes contra la humanidad si se acepta la tesis del adelantamiento, pero esta posición no es la más difundida, cfr. P. Ziffer, *El delito de asociación ilícita*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2005, pp. 37 ss.) y considerarlos como tal a fin de aplicarles sus consecuencias no es otra cosa que hacer una especie de analogía in *malam partem* sin estar dados siquiera los requisitos para la analogía. Con un solo ejemplo: quien da refugio a un homicida, no se convierte en homicida. Ya Montesquieu en su famoso *De l'Esprit de lois* (Ginebra, 1748) advertía de los problemas de la expansión penal de ciertos conceptos. Refiriéndose a ciertas leyes romanas que extendían el concepto de crimen de lesa majestad a delitos comunes, decía: "¿Pero no es esto confundir las cosas? Darle a otro delito el nombre de lesa majestad, ¿no es disminuir el horror del crimen de lesa majestad?"; y sentenciaba: "Es un violento abuso dar el nombre de crimen de lesa majestad a un acto que no lo sea." (citado según la traducción castellana de Nicolás Estévanez; Charles-Louis de Secondat Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*, Libro XII, Cap VIII, México, Porrúa, 1973, pp. 128 ss.)

86. Cfr. los votos de los jueces Zaffaroni (considerando 14), Maqueda (considerando 83) y Lorenzetti (considerando 30).

87. A nivel internacional incluso hoy no hay completo acuerdo sobre el concepto del crimen de desaparición forzada. La definición de la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas* (CIDFP, 1994) es similar, en líneas generales, a la de la *Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (CIPPDF, 2006), pero ambas difieren de la del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (ECPI, 1998). Según la definición del art. 7.1, letra i del ECPI el sujeto activo, además de un agente estatal o vinculado al Estado, también puede ser un miembro de una "organización política" diferente al Estado y, además, debe actuar con una intención especial ("...con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un tiempo prolongado"). En cambio, tanto el art. II de la CIDFP, como el art. 2 de la CIPPDF, por un lado, restringen el círculo de autores a agentes estatales o vinculados al Estado y, por el otro, no exigen dicha intención especial. En ambas convenciones el requisito de impedir el uso de los recursos legales está contemplado de modo objetivo, como una consecuencia del elemento de no dar información (CIDFP: "... con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes."; CIPPDF: "...sustrayéndola a la protección de la ley.").

88. El recurso a una doble calificación de los hechos es incomprensible dentro del esquema de argumentación de la propia CSJN. Si la Corte considera que existe una norma consuetudinaria que prohíbe el crimen contra la humanidad, que esa norma tiene rango constitucional en el ámbito interno y que los hechos del caso se subsumen en ella, entonces no hay razón alguna para recurrir adicionalmente a un tipo penal de la legislación interna menos específico. Como ya he dejado entrever en el texto, la CSJN no puede ser consecuente con su punto de vista, porque no existía al momento del hecho -a pesar de su afirmación contraria- una norma consuetudinaria que definiera con precisión los elementos típicos y las sanciones del crimen contra la humanidad. Ella recurre a los tipos penales del derecho interno para *sortear* estos problemas. Por otra parte, por medio de la calificación de los hechos con base en dos normas penales diferentes la CSJN construye, en definitiva, una *nueva figura penal*, lo que no parece estar dentro de las atribuciones del poder judicial. Esta objeción había sido formulada por el juez Petracchi en la sentencia de extradición del 2 de noviembre de 1995 en el caso *Priebke*; allí dijo que a través de la combinación de una norma del derecho interno con otra del derecho penal internacional "se estaría inventando una tercera categoría", que llamó "mixta", "lo que, obviamente, no está dentro de las facultades de los jueces de la República" (considerando 6 de su voto en disidencia). Parece que también en este punto Petracchi cambió de opinión. Otro cambio brusco de opinión protagonizó el juez Petracchi en dos decisiones emitidas el mismo día, que siguieron rumbos diferentes a pesar de que el problema era similar (una de estas decisiones mucho tiene que ver con la sentencia que aquí se está comentando). El 21 de agosto de 2003, en el caso *Cantos* la CSJN resolvió que una sentencia de la CorteIDH (*Cantos contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 28 de noviembre de 2002), que había condenado a nuestro país, entre otras cosas, a abstenerse de dar cumplimiento a ciertos puntos de una sentencia de la CSJN (el tribunal interamericano había ordenado no cobrar el importe de la tasa de justicia y de una multa y reducir los honorarios regulados a ciertos profesionales establecidos por la CSJN), no podía cumplirse pues ello importaría desconocer normas constitucionales fundamentales (derecho a la propiedad y derecho de defensa). El juez Petracchi decidió en el sentido de la mayoría, pero su argumento se centró en la lesión de la cosa juzgada: "...esta Corte carece de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados por el atributo de la cosa juzgada..." (el voto es en conjunto con el juez López). *Ese mismo día* -no sabemos si antes o después, pues las sentencias de la CSJN no indican el momento exacto de su pronunciamiento- la CSJN resolvió un incidente de cosa juzgada y falta de jurisdicción en el caso *Videla*. En su voto separado, también coincidente con la mayoría, Petracchi sostuvo: "Que a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Barrios Altos', del 14 de marzo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal de conductas como las que se le atribuyen a Jorge Rafael Videla" (considerando 12 de su voto) y, en consecuencia, rechazó la excepción de cosa juzgada. Veamos más claramente el cambio.

En *Cantos*, Petracchi sostuvo que no podía cumplirse una sentencia de la CorteIDH dictada contra nuestro país (que según el art. 68.1 CADH es *obligatoria*), porque a ello se oponía la cosa juzgada en un caso que no concernía la materia penal. En *Videla*, en cambio, Petracchi sostuvo que debía seguirse la jurisprudencia de la CorteIDH establecida en un caso contra un tercer Estado (que según el art. 68.1 CADH *no es obligatoria*), aunque ello importe la restricción de la cosa juzgada en un caso que sí concernía la materia penal. Petracchi no explicó a qué se debió su cambio de posición. Si los jueces inferiores deben explicar las razones por las cuales se apartan de una doctrina anterior de la CSJN (cfr. la nota 38), entonces también deberían hacerlo los mismos jueces de la CSJN. Probablemente el cambio era inexplicable o, al menos, yo no le veo explicación, a no ser que ahora la cosa juzgada penal valga menos que la no penal o que una sentencia de la CorteIDH contra nuestro Estado requiera menos atención por parte de nuestras autoridades que la jurisprudencia establecida por ese tribunal en casos contra terceros Estados. A propósito, el caso que tenía relación con la sentencia en comentario es el caso *Videla*, donde Petracchi -y también Maqueda- anticiparon lo que irían a decidir en *Simón*.

89. En tal caso, el crimen contra la humanidad operaría de manera similar a un elemento agravante, el cual, para su aplicación, también requiere que el supuesto de hecho esté definido claramente y se cumpla en el caso concreto. Por otra parte, e independientemente de la existencia de la norma al momento del hecho, la posición de la CSJN también tendría consecuencias en el plano probatorio, pues la verificación del delito de secuestro de personas requiere mucho menos que la del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas.

90. Voto del juez Maqueda, considerando 49 (sin bastardilla en el original).

91. Una posición de este tipo ya había sido sostenida en la doctrina y jurisprudencia argentinas con el argumento de que los tribunales nacionales al juzgar crímenes internacionales actuarían en cierto modo como representantes de la comunidad internacional y, por ello, deberían aplicar el derecho penal internacional tal como rige en el ámbito internacional. También la doctrina y jurisprudencia habían defendido la inaplicabilidad del principio de legalidad al juzgar crímenes internacionales con base en las finalidades de este principio; cfr. al respecto, Marcelo Ferrante, en M. Sancinetti, M. Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, cit., pp. 434 ss y 451; L. Schiffrin, "Ius Gentium y concepción estatista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y jurisprudencia argentina", en J. Méndez, M. Abregú, J. Mariezcurrena (editores), *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Estudios Legales y Sociales, p. 415 y L. Schiffrin, "La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino", en M. Abregú, Ch. Courtis (editores), *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, pp. 115 ss. En la jurisprudencia, véase el voto del juez Schiffrin en la sentencia de extradición de la Sala III de la Cámara Feder.al de La Plata en el caso *Schwammberger* de 30 de agosto de 1989 (ED, t. 135, p. 323 y ss.). Para un análisis crítico de esta posición véase E. Malarino, "Informe de Argentina", en K. Ambos, E. Malarino (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, KAS, 2003, especialmente pp. 51 ss.

92. Algunos autores fundamentan la aplicación exclusiva de los principios y reglas del derecho penal internacional vigentes en el ámbito internacional al juzgar este tipo de hechos en el ámbito interno recurriendo a una primacía "lógica y axiológica" del derecho internacional sobre el derecho interno (así, Schiffrin, "Ius Gentium", cit., p. 415). No advierto, sin embargo, qué reglas de la lógica ordenan tal conclusión. La afirmación de una primacía axiológica del derecho internacional también habría necesitado, a mi entender, mayor reflexión; piénsese solamente en que el derecho internacional se ha servido frecuentemente de la condena a muerte o de juicios en ausencia. Por otra parte, utilizar el argumento axiológico para restringir garantías fundamentales de la persona causa cierta perplejidad. La decisión de sí, cómo y con qué rango el derecho internacional ingresa en el ordenamiento jurídico interno corresponde a cada Estado. Un Estado puede obligarse internacionalmente y puede incorporar reglas de derecho internacional como derecho interno, pero no está obligado a hacerlo. Por ello, una primacía natural o automática del derecho internacional sobre el interno no tiene sustento alguno.

93. Con esto abandono la opinión por mí sostenida anteriormente en *Informe de Argentina* cit., pp. 47 a 51.

94. Tampoco el art. 18 CN excluye de su ámbito de aplicación a los crímenes internacionales. Esta disposición simplemente establece que "[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ..." (sin bastardilla en el original).

95. Así, el art. 5 PIDCP y el art. 29 CADH.

96. Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the confirmation of the charges*, en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (situación de República Democrática de El Congo), ICC-01/04-01/06, de 29 de enero de 2007, parágrafo 303.

97. Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, en el caso *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (situación de Darfur, Sudán), ICC-02/05-01/09-21, de 4 de marzo de 2009, parágrafo 44.

98. Cfr., entre muchas otras, CorteIDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de fondo de 17 de septiembre de 1997, parágrafo 68; CorteIDH, *Castillo Petrucci contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 30 de mayo de 1999, párrafos 119 ss; CorteIDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia de fondo de 18 de agosto de 2000, párrafos 155 ss, especialmente 155 y 157. Sólo después de la sentencia aquí comentada, la CorteIDH en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*,

sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 26 de septiembre de 2006 admitió la restricción del principio de legalidad en su aspecto de irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes contra la humanidad (parágrafo 151). Doctrina reiterada en el caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 29 de noviembre de 2006, parágrafo 226. La CADH, por su parte, enuncia al principio de legalidad como uno de aquellos que no autorizan su suspensión ni siquiera en casos de guerra o emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado (art. 27.2).

99. Cfr. CorteIDH, *Canese contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2004, parágrafo 180, cuyo texto está reproducido en la nota 70.

100. Cfr. tan sólo el dictamen del Procurador Fiscal de 25 de septiembre de 2007 y la sentencia de la CSJN de 18 de diciembre de 2007 en el caso *Mulhall*. En este caso, la defensa había solicitado la libertad de una persona detenida en prisión preventiva argumentando, por un lado, la violación del art. 7.5 CADH por haberse superado con creces el plazo máximo de encarcelamiento preventivo previsto en la ley 24.390 y, por el otro, la inexistencia actual de riesgo de fuga, dada la enfermedad que padecía el imputado. El dictamen del Procurador Fiscal, al cual adhirieron algunos jueces de la CSJN, rechazó las alegaciones basándose simplemente en la gravedad de los hechos: "Teniendo en cuenta las graves transgresiones a los derechos humanos que se atribuyen al imputado, no parece violatorio de sus garantías fundamentales que continúe cumpliendo la prisión preventiva...". Esta posición parece contradecir la más reciente jurisprudencia de la ComIDH que en el Informe 35/07 de 1 de mayo de 2007 señaló: "[s]i la privación de la libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos, entonces, la severidad de una eventual condena [claramente, debido a la gravedad del hecho] no necesariamente deberá importar una prisión preventiva más duradera" (parágrafo 140). En dicho informe, la ComIDH también señaló que, en virtud del principio *pro homine*, "en aquellos Estados en los que se ha establecido un límite objetivo a la actividad procesal, si la legislación interna concede un mayor goce de los derechos [esto es, un plazo máximo de duración de la prisión preventiva menor del que resultaría de aplicar el art. 7.5 CADH, interpretado según los criterios establecidos por los órganos del sistema interamericano] se debe aplicar aquélla" (parágrafo 137). También la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional consideró en una reciente decisión que la gravedad de los hechos no es un criterio que justifique por sí mismo la privación de libertad de una persona durante el proceso; en el caso concreto, la Sala consideró que no se cumplía ninguna de las causales establecidas en el Estatuto de Roma para privar de la libertad a una persona durante el proceso y, en consecuencia, dispuso la libertad del imputado, cfr. Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic, and the Republic of South Africa*, en el caso *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (situación de la República Centroafricana), de 14 de agosto de 2009, párrafos 32 ss.

101. Respecto a los organismos estatales, el art. 4 de la ley 17.516 autoriza su intervención como parte querellante, pero únicamente respecto a ciertos delitos: "...el Estado podrá asumir la función de querellante cuando se cometan delitos contra la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional, la administración pública y el patrimonio o rentas fiscales".

102. Sobre el instituto del *arbitrium*, véase tan sólo el estupendo libro de M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

103. Cfr. el art. 1 de la Ley para la reforma del Código Penal del 28 de junio de 1935.

104. Paradigmática en este sentido es la opinión del juez Cançado Trindade de la CorteIDH en la sentencia *Barrios Altos*. Allí expresó: "(...) en el campo de la ciencia del derecho, no veo cómo dejar de afirmar la existencia de una conciencia jurídica universal (correspondiente a la *opinio juris communis*), que constituye, en mi entender, la fuente material por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual" (parágrafo 15; esa posición ya había sido sostenida en el caso *Bamaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de fondo del 25 de noviembre de 2000, parágrafo 16 del voto de este mismo juez). La invocación de la conciencia jurídica universal también es recurrente en la sentencia *Simón* de la CSJN, cfr., por ejemplo, los votos de los jueces Boggiano (considerandos 27, 38 y 43) y Maqueda (considerandos 46, 52 y 54).

105. Cfr. C. Schmitz-Berning, *Vokabular des Nationalsozialismus*, Berlin - New Cork, Walter de Gruyter, 2000, pp. 270 ss.

106. No puedo dejar de mencionar, en este contexto, la insólita y autoritaria [propuesta](#) de algunos organismos defensores de los derechos humanos tendente a invertir la carga de la prueba en materia penal, desconociendo por completo el principio liberal constitucional de inocencia.

Extraído de: Jura Gentium, Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/malarino.htm>